



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

Processo n° 15504.012728/2009-27
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-002.819 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de junho de 2012
Matéria REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO
Recorrente MERCANTIL DO BRASIL FINANCEIRA S/A CREDITO FIN E INVEST
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2005 a 31/12/2006

LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA. MULTA PUNITIVA. IMPOSSIBILIDADE. JUROS DE MORA.

Não é cabível a imposição de penalidade quando o auto de infração é lavrado para prevenir a decadência de tributos com exigibilidade suspensa em virtude de depósitos judiciais.

GRUPO ECONÔMICO. COMUNHÃO SOCIETÁRIA. CRITÉRIO INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAÇÃO.

A simples comunhão societária, com a presença de sócios em comum em entidades distintas, não é suficiente para configurar o grupo econômico. A caracterização do grupo econômico depende da comprovação de que há unicidade de comando estratégico entre as empresas, e que as empresas se confundem em questões administrativas, contábeis, operacionais e recursos humanos, além de estarem subordinadas a um mesmo comando.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ARGUIÇÕES DE ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é órgão competente para afastar a incidência da lei em razão de ilegalidade/inconstitucionalidade, salvo nos casos previstos no art. 103-A da CF/88 e no art. 62 do Regimento Interno do CARF.

Recursos Voluntários Providos em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso a fim de que sejam excluídos do lançamento os juros e multa de mora incidentes sobre as bases de cálculo a partir do depósito judicial integral e descaracterização do grupo econômico. Nesta parte, os conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, Ana Maria Bandeira e Julio Cesar Vieira Gomes acompanharam o relator pelas conclusões.

Julio César Vieira Gomes - Presidente.

Nereu Miguel Ribeiro Domingues - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Thiago Taborda Simões, Ana Maria Bandeira, Igor Araujo Soares, Ronaldo de Lima Macedo e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se da NFLD n.º 37.218.854-0, lavrada em 15/07/2009, para exigir contribuições previdenciárias incidentes sobre remuneração de segurados empregados e segurados contribuintes individuais, no período de 01/11/2005 a 31/12/2006, inclusive na competência 13/2006.

No Relatório Fiscal (fls. 22/28), a autoridade fiscal informou que este lançamento tem o objetivo de prevenir a decadência no lançamento do débito, pelo fato de que estas obrigações estão sendo discutidas e depositadas judicialmente através do Mandado de Segurança n.º 2000.38.00.013153-7, que tramita perante a 7ª Vara Federal de Minas Gerais.

A autoridade tributária lavrou os termos de sujeição passiva solidária em face das empresas Banco Mercantil de Investimentos S/A, Mercantil do Brasil Corretora S/A Câmbio Tits e Vhrs Mobiliários, Mercantil do Brasil Distribuidora S/A Tit e Val. Mobiliários, Banco Mercantil do Brasil S/A, Mercantil do Brasil Leasing S/A - Arrendamento Mercantil, Mercantil do Brasil Imobiliária S/A, Eletrodados Corretora de Seguros e Previdência Privada S/A, Mercantil Administração e Corretagem de Seguros S/A, Mercantil do Brasil Administradora e Corretora de Seguros e Negócios S/A e SANSA Serviços Administrativos de Negócios S/A, sob a justificativa de que integram um grupo econômico.

A autoridade tributária lavrou os termos de sujeição passiva solidária em face das empresas Banco Mercantil de Investimentos S/A, Mercantil do Brasil Corretora S/A Câmbio Tits e Vhrs Mobiliários, Mercantil do Brasil Distribuidora S/A Tit e Val. Mobiliários, Banco Mercantil do Brasil S/A, Mercantil do Brasil Leasing S/A - Arrendamento Mercantil, Mercantil do Brasil Imobiliária S/A, Eletrodados Corretora de Seguros e Previdência Privada S/A, Mercantil Administração e Corretagem de Seguros S/A, Mercantil do Brasil Administradora e Corretora de Seguros e Negócios S/A e SANSA Serviços Administrativos de Negócios S/A, sob a justificativa de que integram um grupo econômico.

A Recorrente interpôs impugnação (fls. 75/133) requerendo a total improcedência do lançamento.

As demais empresas do grupo também apresentaram impugnações (fls. 136/197, 199/264, 266/327, 329/395, 397/461, 463/523, 525/585, 587/660, 662/729 e 731/792), pleiteando pela improcedência do lançamento solidário.

A d. Delegacia da Receita Federal de Julgamento de Belo Horizonte – MG, ao analisar o presente caso (fls. 801/808) julgou o lançamento procedente, entendendo que (i) quando a matéria estiver sob discussão judicial, o crédito previdenciária deverá ser lançado com o objetivo de evitar que os valores sejam atingidos pela decadência; (ii) o depósito judicial do valor integral discutido, dentro do prazo legal, descaracteriza a mora; (iii) as informações contidas no REPLEG e no anexo VÍNCULOS são inapropriadas para imputar responsabilidade tributária aos administradores; e (iv) a responsabilidade solidária pelas contribuições previdenciárias entre as empresas do mesmo grupo econômico configura modalidade de solidariedade prevista no CTN.

A Recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 850/860) argumentando que: (i) o débito em referência encontra-se com a exigibilidade suspensa em razão do depósito judicial realizado no Mandado de Segurança nº 2000.38.00.013153-7, sendo indevida a incidência de multa e juros moratórios; e (ii) deve ser aplicada a multa moratória trazida pela Lei nº 11.941/2009, por ser mais benéfica.

As demais empresas solidárias interpuseram recurso voluntário (fls. 861/869) argumentando que: (i) não ficou demonstrado que possuíam interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal; (ii) não ficou demonstrado que ocorreu o abuso da personalidade jurídica; e (iii) as normas de responsabilidade tributária prescindem de lei complementar.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Relator

Primeiramente, cabe mencionar que os presentes recursos são tempestivos e preenchem a todos os requisitos de admissibilidade. Portanto, deles tomo conhecimento.

Começando pelo recurso apresentado pela autuada, conforme se pode verificar no Relatório Fiscal (fls. 22/28), o presente lançamento foi lavrado com o objetivo de prevenir a decadência no lançamento do débito, pelo fato de que estas obrigações estão sendo discutidas e depositadas judicialmente através do Mandado de Segurança nº 2000.38.00.013153-7, que tramita perante a 7ª Vara Federal de Minas Gerais.

Não obstante o que foi exposto acima, verifica-se que, em que pese o lançamento ter sido efetuado para se prevenir a decadência, houve a imposição de penalidade.

Como é cediço, não há que se falar na imposição de penalidade quando o crédito tributário já se encontra com a exigibilidade suspensa em discussão judicial iniciada antes do início de qualquer procedimento de ofício.

Veja-se o que determina o art. 63 da Lei nº 9.430/1996:

*“ Art.63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, **não caberá lançamento de multa de ofício.** (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.158-35, de 2001)*

§ 1º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

Vale dizer que o contribuinte que vem arcando com suas obrigações legais, discutindo-as judicialmente (inclusive com suspensão de exigibilidade), antes mesmo do início do procedimento de fiscalização, não pode ser compelido a pagar multa de caráter punitivo, tampouco juros.

Neste contexto, entendo que a penalidade e os juros impostos neste processo devem ser baixados nos casos em que o valor se encontrar devidamente depositado em conta vinculada ao processo judicial paradigma, após a verificação da autoridade competente.

Ainda, a Recorrente alega que deve ser aplicada a multa moratória trazida pela Lei nº 11.941/2009, por ser mais benéfica.

Como mencionado acima, tal multa deverá ser excluída do lançamento, por ser indevida, nos casos em que o valor exigido se encontrar devidamente depositado, após a verificação da autoridade competente.

Contudo, caso a autoridade competente verifique que há valores que não foram devidamente depositados, importante se fazer mencionar que a multa que está sendo exigida na presente demanda (multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, antes da redação dada pela Lei nº 11.941/09), é uma multa de ofício, tendo em vista ter sido aplicada em decorrência de um lançamento de ofício.

Entretanto, em que pese a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91 (antes da alteração promovida pela Lei nº 11.941/2009) ser mais benéfica na atual situação em que se encontra a presente autuação, caso esta venha a ser executada judicialmente, poderá ser reajustada para o patamar de até 100% do valor principal.

Neste caso, considerando que a multa prevista pelo art. 44 da Lei nº 9.430/96 limita-se ao percentual de 75% do valor principal, deve esta ser aplicada caso a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91 (antes da alteração promovida pela Lei nº 11.941/2009) supere o seu patamar.

Por sua vez, as demais empresas supostamente solidárias apresentaram recurso voluntário alegando que (i) não ficou demonstrado que possuíam interesse comum na situação que constituiu o fato gerador da obrigação principal; (ii) não ficou demonstrado que ocorreu o abuso da personalidade jurídica; e (iii) as normas de responsabilidade tributária prescindem de lei complementar.

Primeiramente, não há que se falar em abuso da personalidade jurídica, haja vista que a autoridade fiscal não pretendeu responsabilizar os sócios ou administradores da Recorrente, mas sim demonstrar a existência de grupo econômico, conforme previsto no art. 30, inc. IX, da Lei nº 8.212/91.

Por sua vez, para atribuir a responsabilidade pelo descumprimento de uma obrigação tributária para outra empresa, é necessário que estas efetivamente integrem um grupo econômico, seja ele de fato ou de direito.

Neste sentido, a Instrução Normativa RFB nº 971/2009, em seu artigo 494, define grupo econômico nestes termos:

“Art. 494. Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (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”.

Ainda, o art. 243 da Lei 6.404/76, regulamenta a questão acerca da formação do grupo econômico, através da figura das sociedades coligadas, controladoras e controladas, *in verbis*:

“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.

§ 1 São coligadas as sociedades nas quais a investidora tenha influência significativa. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 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”.

Ou seja, não basta a mera participação societária para que esteja configurado um grupo econômico, mas sim, conforme preceitua o art. 243, § 1º da Lei nº 6.404/76, haja a flagrante influência no processo decisório e estratégico que uma empresa exerce sobre outra.

Assim, conforme prescreve o art. 142 do CTN, compete à autoridade fiscal, por ocasião do lançamento, verificar se de fato há essa influência no processo decisório e estratégico.

Analisando o entendimento deste CARF no voto condutor do processo 11474.000151/2007-92¹, verifica-se que:

“No presente caso, ao contrário do entendimento da recorrente, inúmeros fatos levaram à fiscalização a concluir pela existência de Grupo Econômico de fato, conforme restou circunstanciadamente demonstrado no Relatório da Notificação Fiscal, corroborado pela decisão recorrida, de onde vênia para transcrever excerto por bem resumir a situação contemplada nos autos, especialmente quando a peça recursal da contribuinte traz em seu bojo os mesmos argumentos da impugnação, in verbis:

Ademais, em relação às alegações da notificada de que a fiscalização não apresentou provas suficientes para comprovar a sua tese de simulação, temos que, os elementos trazidos aos autos pela fiscalização, tais como: a empresa possui sócios em comum e são membros da mesma família; as empresas funcionam no mesmo endereço; a prestação de serviços se dá "exclusivamente" a Engecass; as máquinas e equipamentos utilizados pelas prestadoras de serviços (empresas B e C), encontram-se escriturado apenas no ativo imobilizado da empresa A, mesmo após a terceirização da atividade industrial desta; as elétricas, águas e esgoto das três, também são lançadas, somente, na "conta despesa" da empresa A,

confirmam que se trata simulação ou constituição de empresas por interpostas pessoas, as quais ao contrário do que argumenta a impugnante não são autônomas e independentes entre si.

Verifica-se, portanto, que o fisco previdenciário não se fundamentou simplesmente no fato de as empresas terem os mesmos sócios, ao caracteriza-las como Grupo Econômico, apesar de também ter contribuído para tal conclusão. Como se observa, além do outros fatos, já devidamente elencados acima, as atividades desenvolvidas por todas empresas integrantes do Grupo Econômico se relacionam e interligam”.

Desta forma, para que seja configurada a existência de um grupo econômico, é necessário que a autoridade tributária, especialmente por ocasião do relatório, demonstre que efetivamente há unicidade de comando estratégico entre as empresas, e que as empresas se confundem em questões administrativas, contábeis, operacionais e recursos humanos, além de estarem subordinadas a um mesmo comando, caso contrário não estaria configurada a existência de um grupo econômico.

Neste sentido, em outra situação este CARF novamente se posicionou que não basta a presença de sócios em comum para que seja caracterizada a formação de um grupo econômico, *in verbis*:

“(…) GRUPO ECONÔMICO. COMUNHÃO SOCIETÁRIA. CRITÉRIO INSUFICIENTE PARA CARACTERIZAÇÃO. A simples comunhão societária não é suficiente para configurar o grupo de fato. A presença de sócios em comum em entidades distintas não é suficiente para caracterizar grupo econômico, pois o que caracteriza é que uma das empresas controle a outra; fato que não restou evidenciado nos autos. A demonstração da existência de grupo econômico depende de prova contábil, como empréstimos de uma sociedade a outra, assunção de despesas por uma das empresas, investimentos na coligada ou controlada”. (Processo 10920.002446/2007-25, Rel. Conselheiro Marco André Vieira Ramos, Sessão de 05.07.2010, acórdão 2302-00.512)

Assim, considerando que o fiscal não verificou se de fato havia a formação de um grupo econômico, limitando-se a afirmar que a empresa teria informado isso a ele, sem contudo, trazer maiores justificativas sobre esta alegação, não há que se falar na formação de um grupo econômico.

Por fim, as demais empresas autuadas alegam que as normas de responsabilidade tributária prescindem de lei complementar.

Todavia, impende ressaltar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não é órgão competente para afastar a aplicação da lei com base na sua suposta ilegalidade e inconstitucionalidade, com exceção dos casos previstos no art. 103-A da CF/88 e no art. 62, parágrafo único do Regimento Interno do CARF.

Diante do exposto, voto pelo **CONHECIMENTO** dos recursos voluntários para **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso apresentado pela empresa autuada, para excluir a penalidade e os juros impostos neste processo, nos casos em que o valor se encontrar devidamente depositado em conta vinculada ao processo judicial paradigma, após a verificação da autoridade competente, mantendo-se, ainda, nos casos em que não for verificada a

Processo nº 15504.012728/2009-27
Acórdão n.º **2402-002.819**

S2-C4T2
Fl. 884

ocorrência de depósito judicial, a multa de que trata o art. 35 da Lei nº 8.212/91 (antes da redação dada pela Lei nº 11.941/09), sob o limite máximo de 75%, previsto no art. 44 da Lei nº 9.430/96, e **DAR PROVIMENTO** ao recurso das empresas tidas como responsáveis solidárias, para que seja descaracterizada a responsabilidade solidária decorrente de suposto grupo econômico.

É o voto.

Nereu Miguel Ribeiro Domingues