



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

Processo nº 17546.000746/2007-33
Recurso nº 156.062 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.269 -- 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de outubro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JR - ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2004 a 31/05/2005

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - PROCEDIMENTO FISCAL - GRUPO ECONÔMICO DE FATO - CONFIGURAÇÃO

Constatados os elementos necessários à caracterização de Grupo Econômico de fato, deverá a autoridade fiscal assim proceder, atribuindo a responsabilidade pelo crédito previdenciário a todas as empresas integrantes daquele Grupo, de maneira a oferecer segurança e certeza no pagamento dos tributos efetivamente devidos pela contribuinte, conforme preceitos contidos

na legislação de regência, notadamente no artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - CONTRIBUIÇÕES SEGURADO EMPREGADO - OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO

Nos termos do artigo 30, inciso I, alíneas "a" e "b", da Lei nº 8.212/91, a empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço, descontando-as das respectivas remunerações e recolher o produto no prazo contemplado na legislação de regência.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, para não acolher às preliminares suscitadas, e, **NO MÉRITO**, por maioria de votos em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencida a conselheira Núbia Moreira Barros Mazza.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza, Marthius Sávio Cavalcante Lobato, Marcelo Magalhães Peixoto e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente). Ausente o Conselheiro Ivacir Júlio de Souza.



Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário**, fls. 180 a 1859, apresentado contra **Acórdão nº 05-19.742-7ª**. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, fls. 139 a 158, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.036.180-6**, no montante de R\$ 1.263,10 (um mil, duzentos e sessenta e três reais e dez centavos).

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 29 a 38, o lançamento refere-se a as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social relacionadas à cobrança de contribuições previdenciárias de segurados empregados arrecadadas e não repassadas pelo contribuinte à Previdência Social.

Ou seja, este débito refere-se à contribuições previdenciárias incidentes sobre remuneração de segurado empregado, relativa a parte descontada do empregado sem o respectivo repasse aos cofres da previdência social, verificado em folhas de pagamento e conta corrente da empresa para estas competências.

Observa ainda o Relatório Fiscal, às fls. 29 a 38, que a recorrente deixou de apresentar, Livro Caixa e Inventário, exigência legal, para empresas optantes pelo SIMPLES, na falta do livro caixa, obrigatoriamente lavra-se AI por falta de apresentação do Livro Diário, como de fato foi lavrado, junto com outras faltas, recebendo o número DEBCAD 37.036.173-3.

Ainda segundo o Relatório Fiscal, às fls. 29 a 38, na ação fiscal, da qual resultou a NFLD, em análise, a Auditoria-Fiscal estabeleceu, com base no inciso IX do art. 30 da Lei nº. 8.212, de 24/07/1991 e art. 222 do Decreto nº. 3.048/1999, a responsabilidade solidária entre as empresas, indicadas a seguir, e o contribuinte, sobre valores apurados no conjunto dos lançamentos fiscais realizados (dentre os quais o que ora se encontra em análise), já que considerou presentes os motivos e os requisitos legais, adiante analisados, suficientes para caracterizar a existência de um "grupo econômico de fato":

Empresas integrantes do grupo econômico de fato:

- **FRIGOVALPA COMÉRCIO E INDÚSTRIA DE CARNE LTDA.**

CNPJ: 60.213.154/0001-93

QUADRO SOCIETÁRIO

- Gilberto Teixeira Brunato - sócio

- Sidnei Fernando e Silva - sócio

- Milton Reinel - sócio-gerente

- Germano José Remelt - sócio-gerente



- Izilda C. Reinelt Marques - sócio-gerente

- **FRIGOSEF FRIGORIFICO SEF DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS LTDA**

CNPJ: 00.295 146/0001-01

QUADRO SOCIETÁRIO:

- João Raymundo Costa - sócio-gerente

- André Luiz Nogueira - sócio-gerente

- **FRIGORÍFICO MANTIQUEIRA LTDA**

CNPJ: 02.728 484/0001-15

QUADRO SOCIETÁRIO:

- Tânia Pereira Lopes - sócia-gerente - saída em: 28.08.1998

- João Raymundo Costa - sócio-gerente - saída em: 18.05.1999

- Rosana M. Pereira Lopes - sócia-gerente - saída em: 24.09.1998

- Afonso Cerqueira - sócio - saída em: 12.01.2001

- Eloina Ap. Nogueira - sócia - saída em: 11.03.2002

- Benedito Carlos Americano - sócio - saída em: 12.05.2004

- Ivan Rodrigues de Araújo - administrador

- André Luiz Nogueira - sócio-gerente

FRIGORIFICO CAMPOS DE SÃO JOSÉ LTDA - O
Frigorífico Mantiqueira Ltda foi considerado como tendo sido
sucedido pelo Frigorífico Campos de São José Ltda

CNPJ: 05.644.477/0001-23

QUADRO SOCIETÁRIO:

- Benedito Carlos Americano - sócio

- André Luiz Nogueira - sócio-gerente

ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JÚNIOR - ME

CNPJ: 06.067.485/0001-17



QUADRO SOCIETÁRIO:

- André Luiz Nogueira – titular

TÂNIA PEREIRA LOPES — ME

CNPJ: 07.138.768/0001-75

QUADRO SOCIETÁRIO:

- Tânia Pereira Lopes – titular

MONALISA PEREIRA LOPES NOGUEIRA — ME

CNPJ: 07.198.040/0001-39

QUADRO SOCIETÁRIO:

- Monalisa Pereira Lopes Nogueira – titular

DA MOTIVAÇÃO DA AUDITORIA-FISCAL.

O Relatório Fiscal, às fls. 29 a 38, aponta o motivo da Auditoria-Fiscal:

Na auditoria fiscal impetrada no Frigorífico Campos de São José Ltda - 05.644477/0001-23, Sucessor do Frigorífico Mantiqueira Ltda - CNPJ 02.728.484/0001-15, integrantes de grupo econômico com FRIGOSEF Frigorífico SEF e São José dos Campos Ltda - CNPJ 00.295.146/0001-01 e FRIGOVALPA Com e Ind. De Carnes Ltda - CNPJ. 60.213.154/0001-93, verificou-se a existência de outras empresas, que corroboram com o empreendimento, na venda de carne direta ao consumidor, e são controladas por este grupo, dentre estas encontramos a presente.

Constituídas em nome de pessoas com parentesco de primeiro grau com o Sr. André Luiz Nogueira, assina inclusive documentos destas empresas, consta como sócio-gerente dos frigoríficos, citados anteriormente, e que o mesmo participa financeiramente e controla estas outras componentes do grupo, com ramo de atividade "açougue -, vendem carne bovina e suína fornecidas exclusivamente por aqueles frigoríficos. Nas fachadas destes estabelecimentos identificam-se como "DISTRIBUIDORA MANTIQUEIRA".

Nesta empresa, verificou-se a falta de recolhimentos de contribuições previdenciárias e registro de segurados.

Diante dos indícios de atos, que em tese, configuram crime de sonegação contra a previdência social, iniciou-se auditoria fiscal

DA CARACTERIZAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

Em relação à caracterização do grupo econômico, o Relatório Fiscal, às fls. 29 a 38, aponta:



Esta empresa encontra-se sob o domínio do grupo econômico formado pelos frigoríficos citados no preâmbulo deste relatório, pelos seguintes motivos:

- o Sr. André Luiz Nogueira Junior, é empregado do Frigorífico Campos de São José Ltda – Sucessor do Frigorífico Mantiqueira Ltda, como Verificado no livro registro de empregados e folhas de pagamento.
- o Sr. André Luiz Nogueira, faz pagamentos de verbas rescisórias com cheque de sua conta corrente, da empresa ANDRE, LUIZ NOGUEIRA JUNIOR.
- o Sr. André Luiz Nogueira Junior, verifica também o estabelecimento de Monalisa Pereira Lopes Nogueira.
- o escritório contábil que cuida dos documentos é o mesmo para as empresas Mona lisa Pereira Lopes Nogueira e Tânia Pereira Lopes, quem constituiu estas sociedades nos órgãos públicos foi o mesmo contador
- utilizam o nome fantasia "Distribuidora Mantiqueira I", aparece no site do Frigorífico Mantiqueira e na Fachada do estabelecimento.
- Aquisição de carne bovina e suma é exclusiva do Frigorífico Campos de São José Ltda.
- Entrega GFIP somente na rescisão do funcionário

Portanto, temos certo que o controlador e sócio do negócio é o Sr. André Luiz Nogueira.

Em continuidade, temos ainda que, a empresa jamais poderia ter sido enquadrada no SIMPLES, por fazer parte de um grupo econômico, onde o Sr André Luiz Nogueira, participa em percentual superior ao estabelecido pela Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, por deixar de apresentar os Livros obrigatórios, Caixa e Inventário, fatos que serão comunicados à Receita Federal, para as providências cabíveis:

Lei 9.317 de 05 de dezembro de 1996

Art. 9 —Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica:

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art 2º.

E, por formarem um GRUPO ECONÔMICO DE FATO, todas respondem solidariamente aos débitos das contribuições previdenciárias, como previsto na Lei abaixo descrita:

Lei 8212 de 24 de julho de 1991

Art. 30



Inciso IX: as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei.

DA AUDITORIA FISCAL REALIZADA NAS DEPENDÊNCIAS DO ESTABELECIMENTO DO RECORRENTE ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JÚNIOR — ME

Em relação à Auditoria-Fiscal na Recorrente, ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JÚNIOR — ME, o Relatório Fiscal às fls. 30:

Em verificação física, realizada em 19/05/06 (através de Diligência Fiscal), as pessoas que trabalhavam neste local, eram:

1) Nelson Alves dos Santos — açougueiro

Admitido em 15/04/2003 — Salário por volta de R\$ 800,00

Horário de trabalho 8:00 às 20:00 horas

Registrado em 01/04/2004

2) Karina Aparecida de Castilho - caixa

Admitida em 04/11/2005 — salário R\$ 600,00 por mês

horário de Trabalho: 9:00 às 18:00 horas

3) Luciano Rodrigues Santos — açougueiro

Admitido em 01/01/2005 - salário por volta de R\$ 800,00

Horário de Trabalho: 8:00 às 20:00 horas

DA BASE DE CÁLCULO

Foi efetuado um levantamento, conforme se depreende do Relatório RL – Relatório de Lançamentos, às fls. 09 a 10:

Levantamento: GF1 - DESCONTO SEGURADO

DA NFLD

DO PERÍODO DO DÉBITO, DA CIÊNCIA DO MPF E DA CIÊNCIA

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal Complementar – MPF-C nº 09326966C01, foi de 04/2003 a 07/2006, às fls. 19.

O **período do débito**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 06 a 07, é de **08/2004 a 05/2005**.

O Recorrente, teve **ciência da NFLD** no dia **30.10.2006**, conforme Aviso de Recebimento – AR nº SQ 838620805BR, às fls. 47.

Os demais componentes do grupo econômico de fato também tiveram ciência da NFLD, conforme fls. 58 a 72.

IMPUGNAÇÕES.

O Recorrente apresentou impugnação, às fls. 49 a 53.

A empresa FRIGOVALPA COM. IND. DE CARNE LTDA. apresentou impugnação tempestiva, às fls. 73 a 96.

A empresa FRIGOSEF - FRIGORÍFICO SEF DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS LTDA, apresentou impugnação tempestiva, às fls. 97 a 100.

A empresa FRIGORÍFICO CAMPOS DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS LTDA. apresentou impugnação tempestiva, às fls. 101 a 103.

A empresa MONALISA PEREIRA LOPES NOGUEIRA — ME apresentou impugnação tempestiva, às fls. 104 a 108.

A empresa TÂNIA PEREIRA LOPES — ME apresentou impugnação tempestiva, às fls. 138 a 142.

A Recorrida, Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, fls. 139 a 158, analisou a autuação e a impugnação e **emitiu o Acórdão nº 05-19.742-7ª. Turma julgando procedente em parte a autuação,** com a conseqüente:

(1) exclusão de Frigovalpa Comércio e Indústria de Carnes Ltda. do "grupo econômico".

Segue a Ementa do Acórdão nº 05-19.742-7ª. Turma:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOCIAIS

Período de apuração: 01/04/2003 a 31/12/2003

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS DE SEGURADOS EMPREGADOS E NÃO REPASSADAS À PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Constatada a existência de um "grupo econômico de fato" impõe-se a responsabilização tributária por solidariedade, nos termos do inciso LX do art. 30 da Lei nº. 8.212, de 24/07/1991, cujo dispositivo está em consonância com os incisos I e II do art. 124 do CTN.

Não obstante a falta de apresentação dos livros contábeis e respectivos documentos fiscais, foram documentalmente identificadas operações que evidenciam a prática de atos típicos de "grupos econômicos", inclusive com a caracterização de "confusão patrimonial", assim como foi identificada, também, a existência de "controlador" do "grupo econômico".

Entretanto, por não terem sido contatadas ou evidenciadas efetivas relações entre uma das empresas consideradas

integrantes do "grupo econômico" e as demais, decide-se pela sua exclusão do "grupo", mantidas todas as demais.

Irrelevantes os argumentos relativos à inviabilidade legal de exclusão do contribuinte do regime denominado "SIMPLES", instituído originariamente pela Lei nº 9.317/1996 (revogada pela Lei Complementar 123, de 14/12/2006) uma vez que o lançamento fiscal versa somente sobre contribuições de segurados empregados, que devem ser obrigatoriamente arrecadas e recolhidas em favor da previdência Social, inclusive pelas empresas optantes desse regime de tributação, ressalvando-se que, no presente caso, os descontos de contribuições foram declarados em GFIP e não recolhidos

Lançamento Procedente

Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar *PROCEDENTE* a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD nº 37.036.180-6, lavrado em 10/10/2006, com retificação do pólo passivo.

Intime-se o contribuinte e demais empresas consideradas integrantes do "grupo econômico" para pagamento do crédito mantido, no prazo de trinta dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário, em igual prazo, nos termos legais e promova-se a exclusão de Frigovalpa Comércio e Indústria de Carnes Ltda. do "grupo econômico" (assim considerado), pelas razões de fato e de direito aduzidas neste acórdão.

RECURSOS VOLUNTÁRIOS

Inconformada com a decisão da Recorrida, **o Recorrente, ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JÚNIOR — ME, apresentou Recurso Voluntário**, fls. 180 a 185, onde alega, em apertada síntese:

(a) Da inexistência de motivação.

A decisão também deixou de fundamentar devidamente os motivos pelo entenderam que o recorrente deveria permanecer no pólo passivo no que tange a responsabilidade do débito; salientamos que as decisões ainda que não judiciais devem ser devidamente fundamentadas, não podendo ser obscuras ou omissas, sob pena de reforma.

Com a simples leitura do relato da decisão ora impugnada, podemos notar que os r. julgadores, em momento algum se referem ao ora recorrente, se quer apresentando elementos capazes de minimamente, levar a crer que possa ter participação na alegada formação do grupo econômico de fato.

(b) Da vinculação do recorrente no alegado grupo econômico

Não existem elementos que demonstrem que o comando da empresa recorrente, fosse exercido por outra empresa quanto mais pelo Frigorífico Campos de São José ou Frigorífico Mantiqueira, ou mesmo qualquer outro citado no processo; salientamos que o único e exclusivo administrador da empresa recorrente é seu proprietário André Luiz Nogueira Junior.



(c) Da impossibilidade de aplicação da Lei 6.404/1976

Nos exatos termos da Lei 6404/76, que rege indiretamente a caracterização dos grupos econômicos, notamos que sua aplicação ao caso é impossível, pelo que se segue.

Os Grupos Econômicos ou Concentração Econômica de Empresas estão previstas somente nas Sociedades Anônimas, o que demonstra a sua não aplicação nos demais tipos de sociedade permitidos no país.

Evidente que a legislação reguladora dos Grupos Econômicos é a Lei 6.404/76 (Lei da Sociedade Anônima), sendo que esta não menciona em momento algum sua aplicação, ou seja, formação de grupo econômico com empresa individual "ME", como é o caso da impugnante.

Os entendimentos dos estudiosos do direito empresarial, defendem a tese, que frisemos é pacífica nos tribunais de que, o empresário individual jamais poderá integrar ou ter a empresa integrada em qualquer tipo de grupo econômico.

(d) Da não participação do recorrente na formação de grupo econômico, quando da análise do inciso IX, artigo 30 da Lei 8212/91, combinado com o artigo 124 do CTN.

No mesmo sentido segue nosso entendimento da não participação do recorrente na formação de grupo econômico, quando da análise do inciso IX, artigo 30 da Lei 8212/91, combinado com o artigo 124 do CTN, pois o Recorrente não tem qualquer interesse comum com as demais empresas citadas no relatório fiscal, quanto a situação fiscal que possa constituir fato gerador de obrigação tributária, sendo totalmente independente em seus atos e responsabilidades fiscais, afastando assim completamente a aplicação dos dispositivos legais acima citados.

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda., apresentou Recurso Voluntário, às fls. 187 a 190, onde alega, em síntese:

(a) Preliminarmente, pela desnecessidade do depósito prévio.

(b) Da inexistência de grupo econômico e participação.

Inicialmente não ocorreu qualquer atuação concomitante entre as empresas, nos termos explicados em impugnação, tanto que o relato da decisão declara em fls. retro, que as empresas foram constituídas sucessivamente e não concomitantemente; assim, latente a ilegalidade na decisão afrontando as determinações legais, deturpando entendimentos entre sucessão e formação de grupo econômico.

O próprio relatório reconhece também que a empresa FRIGOSEF entregou as declarações de IR 2003 e 2004, como inativa, assim como poderia pertencer a grupo econômico de fato se encontra-se em inatividade?

A decisão relata e demonstra que o Frigorífico Mantiqueira, está estabelecido em outra cidade e sob a administração de pessoa diversa do sócio proprietário do recorrente

(c) Do não exercício de atividade concomitante

Ainda comprova que Frigosef, Mantiqueira, Frigovalpa e o recorrente não exerceram atividades concomitantes.

Não podemos se quer falar em sucessão de empresas, pois jamais ocorreu transferência do fundo de comércio, lembrando que os equipamentos e o local são arrendados

O próprio relatório aduz tratar-se de possível sucessão de empresas, assim, se uma sucedeu a outra não poderiam de forma alguma formar grupo econômico de fato, ante a não existência concomitante.

(d) Da não ocorrência de confusão patrimonial

Quanto a confusão patrimonial, também não existiu, pois cada uma das empresas tem sua personalidade e obrigações tributárias próprias.

(e) Da caracterização do grupo econômico

Outra ilegalidade observada na r. decisão, foi a de para caracterização do grupo econômico o Sr. Relator, considerou que o fato de os filhos do representante da recorrente trabalharem na empresa leva a crer que trata-se de grupo econômico.

Ora, o fato de um empregado laborar em uma empresa e ser proprietário de outra no mesmo ramo, não pode ensejar na formação de grupo econômico, sob pena de ferir o direito ao livre emprego do cidadão, sem contar que a legislação nada dispõe em contrário.

(f) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 179 da IN 3 com alteração de redação posterior

A primeira irregularidade ocorreu quando o Sr. Relator citou o artigo 179 da INSRP nº 03, com alteração de redação por outra Instrução Normativa Posterior editada posteriormente a finalização do procedimento fiscal e início do contencioso, o que reflete evidente ilegalidade, eis que novas disposições legais ou normativa, somente podem retroagir em caso de trazer benefício nunca para prejudicar; o aludido artigo somente foi citado para tentar justificar o ato da fiscal, que foi ilegal e sem embasamento legal.

(g) da inconstitucionalidade de se aplicar a IN 3

Assevere ser impossível legislar por instrução normativa, nos termos da constituição federal.

(h) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 124, CTN

Segundo, ao aplicar o artigo 124 do CTN, sob fundamento do inciso I e II, alegando que as empresas têm interesse comum na situação do fato gerador, o faz de forma equivocada distorcendo o verdadeiro sentido do dispositivo legal; sendo que jamais ocorreu interesse comum em fato gerador tributário, e mais, esse interesse comum a que se refere o art. 124 do CTN, não reflete na formação de grupo econômico ou confusão patrimonial, como entendeu a decisão.

Após ainda mencionando o aludido artigo se refere as pessoas designadas por lei, e, destaca instrução normativa, tentando caracterizar a aplicação do inciso II do art 124 do CTN; ora, é notório que as instruções normativas não são consideradas leis, portanto, inaplicáveis a título de fundamentação do inciso II do art 124 do CTN, que deixa claro "designadas por lei", lembramos que é impossível legislar por instrução normativa, nos termos da constituição federal.

(i) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 2º, § 2º, CLT

Quarto, faz alusão a legislação trabalhista, só que se esquece que o final do artigo 2º em seu §20 da CLT, diz "serão para os efeitos da relação de emprego...", o que não é o caso por tratar-se de questão tributária; o próprio relator, tece entendimento no sentido de ser para cobrança de direitos trabalhistas.

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda., apresentou Recurso Voluntário, às fls. 194 a 197, onde alega, em síntese:

(a) Preliminarmente, pela desnecessidade do depósito prévio.

(b) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 179 da IN 3 com alteração de redação posterior

Ao aplicar instrução normativa, o Sr. Julgador cometeu equívocos tais como: aplicou norma posterior a fato anterior; ou seja, utilizou entendimento da IN nº 3, com alteração dada no ano de 2007, em fato relatada e constatado no ano de 2006, conforme relatório fiscal, o que é defeso por lei ante ao princípio da irretroatividade.

(c) Da inconstitucionalidade - As disposições da Lei 6.404/1976 devem prevalecer sobre a IN 3

Ainda na seara das instruções normativas, notamos que não foi respeitada a "hierarquia das Leis", pois o Sr. Julgador, aplicou IN nº 3, deixando de atentar-se para as disposições da Lei 6404/76 (S/A), ferindo assim o grau de aplicação da lei, sendo que se uma lei superior dispor algo diferente da inferior, está se renderá aquela sob pena de nulidade do ato.

Portanto as disposições da Lei 6404/76 devem prevalecer sobre o que dispõe a IN nº 3; levando ao entendimento pela impossibilidade de formação do grupo econômico.

(d) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 2º, § 2º, CLT

Quarto, faz alusão a legislação trabalhista, só que se esquece que o final do artigo 2º em seu §2º. da CLT, diz "serão para os efeitos da relação de emprego...", o que não é o caso por tratar-se de questão tributária; o próprio relator, tece entendimento no sentido de ser para cobrança de direitos trabalhistas.

(e) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 124, CTN

O artigo 124 do CTN trata de solidariedade e não formação de grupo econômico, exigindo alguns requisitos para aplicação da solidariedade, o que no caso não ocorre. Não existe interesse do recorrente no fato gerador da obrigação tributária das demais empresas citadas no processo; não existe a chamada solidariedade natural.

Também não existe a solidariedade determinada por lei, visto que a decisão apresentou instrução normativa como embasamento legal; no entanto, o artigo 124 do CTN é claro ao expressar que deve ser por lei, e, instrução normativa não é lei o que caracteriza ilegalidade.

Com o acima explicado fica afastada a aplicação do artigo 30 da Lei 8112/91, até mesmo pela já explicada falta de apreciação da lei 6404/76. Assim, não incide a caracterização de grupo econômico ou mesmo solidariedade.

(f) Da inexistência de grupo econômico e participação.

Inicialmente não ocorreu qualquer atuação concomitante entre as empresas, nos termos explicados em impugnação, tanto que o relato da decisão declara em fls. retro, que as empresas foram constituídas sucessivamente e não concomitantemente, assim, latente a ilegalidade na decisão afrontando as determinações legais, deturpando entendimentos entre sucessão e formação de grupo econômico.

O próprio relatório reconhece também que a empresa FRIGOSEF entregou as declarações de IR 2003 e 2004, como inativa, assim como poderia pertencer a grupo econômico de fato se encontra-se em inatividade?

A decisão relata e demonstra que o Frigorífico Mantiqueira, está estabelecido em outra cidade e sob a administração de pessoa diversa do sócio proprietário do recorrente.

(g) Do não exercício de atividade concomitante

Ainda comprova que Frigosef, Mantiqueira, Frigovalpa e o recorrente não exerceram atividades concomitantes.

Não podemos se quer falar em sucessão de empresas, pois jamais ocorreu transferência do fundo de comércio, lembrando que os equipamentos e o local são arrendados.

O próprio relatório aduz tratar-se de possível sucessão de empresas, assim, se uma sucedeu a outra não poderiam de forma

alguma formar grupo econômico de fato, ante a não existência concomitante.

fls. 200.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,

É o relatório.



Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 200.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das Preliminares e ao seguir ao Mérito.

DAS PRELIMINARES

DA NULIDADE DA NFLD POR PRETERIÇÃO AOS DIREITOS DE DEFESA

Analisemos.

Foi realizada auditoria-fiscal com o objetivo de efetuar a cobrança das contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social relacionadas à cobrança de contribuições previdenciárias de segurados empregados arrecadadas e não repassadas pelo contribuinte à Previdência Social.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.036.180-6** que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 35.566.705-3)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.



IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal,

De plano nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F e Complementar, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, 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;*

- a. IPC - Instruções para o Contribuinte*
- b. DAD- Discriminativo Analítico do Débito*
- c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito*
- d. RL - Relatório de Lançamentos*
- e. RDA - Relatório de Documentos Apresentados*
- f. FLD- Fundamentos Legais do Débito*
- g. CORESP - Relatório de Co-Responsáveis do Débito*
- h. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos*
- i. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal e DEPM - Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF*
- j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos*
- k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal*



1. REFISC – Relatório Fiscal

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

"Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Analisando-se a NFLD nº 37.036.180-6 seus anexos, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes

Desta forma, **o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade** por cerceamento por preterição aos direitos de defesa, pela imprecisão e erros de capitulação da infração e da multa.

DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA – FACE À HIERARQUIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Não assiste razão na alegação de inconstitucionalidade em face da hierarquia do ordenamento jurídico pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

"Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar

de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gr).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Superado o exame das Questões Preliminares atinentes às argumentações dos Recursos Voluntários impetrados, passemos ao exame do Mérito.

DO MÉRITO

Como primeiro ponto, analisemos a questão central dos argumentos dos Recursos Voluntários situada na configuração do grupo econômico de fato.

I. CONFIGURAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO DE FATO

I.1 Aspectos gerais



Nas alegações dos Recursos Voluntários, pretendem os contribuintes que seja afastada a co-responsabilização das empresas do Grupo Econômico de fato, assim caracterizado pela autoridade lançadora, sob o argumento de que inexistente qualquer situação fática ou jurídica capaz de suportar tal entendimento, mormente quando a legislação de regência não permite a caracterização ex officio de Grupo Econômico pelo simples fato de as empresas terem os mesmos sócios, exigindo outros requisitos ausentes na hipótese vertente.

Nesse compasso, asseveram ser equivocada, no caso concreto, a aplicação do artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, não podendo servir como fundamento à pretensão fiscal, eis que referida matéria exige que seja apreciada anteriormente a Lei 6.404/1976, o que não se vislumbra na hipótese dos autos, impondo a decretação da insubsistência do feito.

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: (Redação dada pela Lei nº 8.620, de 5.1.93)

(...)

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

Anota-se que o art. 222 do Decreto 3.048/1999 também trata da matéria acerca de grupo econômico:

Decreto 3.048/1999 - Art. 222. As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, bem como os produtores rurais integrantes do consórcio simplificado de que trata o art. 200-A, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes do disposto neste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001) (gn)

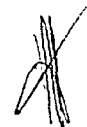
A corroborar tal entendimento, as empresas Recorrentes traçam histórico societário das empresas formadoras do grupo econômico, inferindo que os fatos elencados em sua peça recursal rechaçam de plano a pretensão fiscal, uma vez que referidas pessoas jurídicas não se vinculam ao fato gerador, sendo empresas absolutamente independentes e autônomas, inobstante terem possuído o mesmo controle em um determinado período.

Em que pesem as razões de fato e de direito ofertadas pelos contribuintes nas peças recursais, seus entendimentos não têm o condão de macular a exigência fiscal, senão vejamos.

Conforme restou devidamente demonstrado no Relatório Fiscal da Notificação, às fls. 29 a 38, e, bem assim, na Decisão Recorrida, às fls. 139 a 158, as empresas ali arroladas fazem parte efetivamente de Grupo Econômico de fato, respondendo solidariamente pelo crédito previdenciário que se contesta.

Ressalva-se neste ponto que a Decisão Recorrida, Acórdão nº 05-19.742-7ª. Turma, julgou procedente em parte a autuação e determinou a exclusão do lançamento fiscal o levantamento "CI — CONTRIBUINTE INDIVIDUAL"; e a exclusão de Frigovalpa Comércio e Indústria de Carnes Ltda. do "grupo econômico".

I.2 Aplicação dos artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional



Como se sabe, a **solidariedade previdenciária é legal** e obriga os sujeitos passivos do fato gerador da contribuição da seguridade social, desde que suas regras sejam corretamente aplicadas e o procedimento fiscal regularmente conduzido.

Nesse sentido, os artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional, assim prescrevem:

“ Art 121 - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária

Parágrafo Único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art.124 - São solidariamente obrigadas:

I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo Único - A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

Art.128 - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.” (gn)

I.3 Aplicação dos artigos da Lei 6.404/1976

Por sua vez, a **Lei nº 6.404/76**, igualmente, oferece proteção ao entendimento da autoridade fiscal, ao conceituar Grupo Econômico em seus artigos 116, 265 e 267, como segue:

“Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que:

a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e

b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia



Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.

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.

Art. 267 - O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".

Parágrafo Único - Somente os grupos organizados de acordo com este Capítulo poderão usar designação com as palavras "grupo" ou "grupo de sociedade".

Entretanto, tem sido cada vez mais freqüente a constatação da existência de empresas controladas direta ou indiretamente pela(s) mesma(s) pessoa(s), sem que estejam formalmente revestidas da condição (nem com os mesmos objetivos) do grupo econômico de que trata a Lei 6 404/76. Estes são os que se podem denominar "grupos econômicos de fato".

I.4 Aplicação da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005

Por outro lado, a Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005 trata o grupo econômico nos artigos 179, 748 e 749, na redação vigente à época da lavratura da **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.036.180-6**, a seguir:

Art. 179. São responsáveis solidários pelo cumprimento da obrigação previdenciária principal:

I - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, entre si; (Redação original)

I - as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, entre si, conforme previsto no inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991; (Nova redação dada pela IN MPS SRP nº 20, de 11/01/2007)

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. (gn)

Art. 749. Quando do lançamento de crédito previdenciário de responsabilidade de empresa integrante de grupo econômico, as

demais empresas do grupo, responsáveis solidárias entre si pelo cumprimento das obrigações previdenciárias na forma do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212, de 1991, serão cientificadas da ocorrência.

Não vincula, portanto, a existência de "grupo econômico" ao cumprimento das formalidades da Lei 6.404/76, do que se infere, evidentemente, que a Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005 não se refere apenas e necessariamente aos grupos formalmente constituídos, mas à hipótese geral de "quando duas ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas".

Para a caracterização e identificação de "grupo econômico", importa, portanto, investigar a situação real (verificação dos vínculos entre as empresas e das circunstâncias em que se constituíram e realizam suas atividades) **e não apenas a situação meramente formal (de estarem ou não constituídas como "grupo econômico" da forma da Lei 6.404/76).**

I.5 Aplicação do o artigo 2º, § 2º, da CLT

Em outra via, o artigo 2º, § 2º, da CLT, ao tratar da matéria, estabelece o seguinte:

"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.

§ 1º [...]

§ 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." (gr)

Resta evidente que o artigo 2º, § 2º, da CLT não faz qualquer distinção entre "grupo econômico de fato ou de direito", o que, aliás, pode ser facilmente constatado pelos reiterados julgados da Justiça do Trabalho, vinculando invariavelmente as demais empresas de um grupo econômico, ainda que não formalmente constituído, à reclamatória trabalhista, desde que demonstrada a relação, mesmo informal, entre o empregador direto e demais empresas vinculadas.

Assim, a possibilidade (ou mesmo a determinação) legal da vinculação por solidariedade dos integrantes de "grupos econômicos", sejam eles formais ou informais, se justifica em ambos os casos — cobrança de direitos trabalhistas ou de contribuições previdenciárias — pelo relevante interesse social que os casos envolvem.

I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato

Com mais especificidade, **em relação aos procedimentos a serem observados pelos Auditores fiscais da RFB ao promoverem o lançamento**, notadamente quando tratar-se de caracterização de Grupo Econômico, o artigo 30, inciso IX, da Lei nº



8.212/91, não deixa dúvida quanto a matéria posta nos autos, recomendando a manutenção do feito, *in verbis*:

" Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas.

[...]

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

Anota-se que o art. 222 do Decreto 3.048/1999 também trata da matéria acerca de grupo econômico:

Decreto 3.048/1999 - Art. 222. As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, bem como os produtores rurais integrantes do consórcio simplificado de que trata o art. 200-A, respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes do disposto neste Regulamento (Redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 2001) (gn)

No presente caso concreto, **ao contrário do entendimento dos Recorrentes, inúmeros fatos levaram à fiscalização a concluir pela existência de Grupo Econômico de fato.** Somente a título elucidativo, para não restar dúvidas a propósito do tema, **transcreveremos abaixo a síntese das razões que levaram a fiscalização concluir pela existência de Grupo Econômico de Fato** entre as empresas retromencionadas, identificadas no **Relatório Fiscal às fls. 29 a 38**, onde o Auditor-Fiscal autuante, com muita propriedade/especificidade, demonstrou e comprovou os argumentos da pretensão fiscal, senão vejamos:

(a) Da motivação da Auditoria-Fiscal.

Na auditoria fiscal impetrada no Frigorífico Campos de São José Ltda - 05.644477/0001-23, Sucessor do Frigorífico Mantiqueira Ltda - CNPJ 02.728.484/0001-15, integrantes de grupo econômico com FRIGOSEF Frigorífico SEF e São José dos Campos Ltda - CNPJ 00.295.146/0001-01 e FRIGOVALPA Com e Ind. De Carnes Ltda - CNPJ. 60.213.154/0001-93, verificou-se a existência de outras empresas, que corroboram com o empreendimento, na venda de carne direta ao consumidor, e são controladas por este grupo, dentre estas encontramos a presente

Constituídas em nome de pessoas com parentesco de primeiro grau com o Sr. André Luiz Nogueira, assina inclusive documentos destas empresas, consta como sócio-gerente dos frigoríficos, citados anteriormente, e que o mesmo participa financeiramente e controla estas outras componentes do grupo, com ramo de atividade "açougue -, vendem carne bovina e suína fornecidas exclusivamente por aqueles frigoríficos. Nas fachadas destes estabelecimentos identificam-se como "DISTRIBUIDORA MANTIQUEIRA".

Nesta empresa, verificou-se a falta de recolhimentos de contribuições previdenciárias e registro de segurados.



Diante dos indícios de atos, que em tese, configuram crime de sonegação contra a previdência social, iniciou-se auditoria fiscal.

(b) Da caracterização do grupo econômico.

Esta empresa encontra-se sob o domínio do grupo econômico formado pelos frigoríficos citados no preâmbulo deste relatório, pelos seguintes motivos:

- o Sr. André Luiz Nogueira Junior, é empregado do Frigorífico Campos de São José Ltda – Sucessor do Frigorífico Mantiqueira Ltda, como Verificado no livro registro de empregados e folhas de pagamento.

- o Sr. André Luiz Nogueira, faz pagamentos de verbas rescisórias com cheque de sua conta corrente, da empresa ANDRE, LUIZ NOGUEIRA JUNIOR.

- o Sr. André Luiz Nogueira Junior, verifica também o estabelecimento de Monalisa Pereira Lopes Nogueira.

- o escritório contábil que cuida dos documentos é o mesmo para as empresas Mona lisa Pereira Lopes Nogueira e Tânia Pereira Lopes, quem constituiu estas sociedades nos órgãos públicos foi o mesmo contador

- utilizam o nome fantasia "Distribuidora Mantiqueira I", aparece no site do Frigorífico Mantiqueira e na Fachada do estabelecimento.

- Aquisição de carne bovina e suma é exclusiva do Frigorífico Campos de São José Ltda.

- Entrega GFIP somente na rescisão do funcionário

Portanto, temos certo que o controlador e sócio do negócio é o Sr. André Luiz Nogueira.

Em continuidade, temos ainda que, a empresa jamais poderia ter sido enquadrada no SIMPLES, por fazer parte de um grupo econômico, onde o Sr. André Luiz Nogueira, participa em percentual superior ao estabelecido pela Lei 9.317, de 05 de dezembro de 1996, por deixar de apresentar os Livros obrigatórios, Caixa e Inventário, fatos que serão comunicados à Receita Federal, para as providências cabíveis.

Lei 9.317 de 05 de dezembro de 1996

Art. 9 — Não poderá optar pelo SIMPLES a pessoa jurídica:

IX - cujo titular ou sócio participe com mais de 10% (dez por cento) do capital de outra empresa, desde que a receita bruta global ultrapasse o limite de que trata o inciso II do art. 2º



E, por formarem um GRUPO ECONÔMICO DE FATO, todas respondem solidariamente aos débitos das contribuições previdenciárias, como previsto na Lei abaixo descrita.

Lei 8212 de 24 de julho de 1991

Art. 30

Inciso IX: as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta lei.

Anota-se que o Relatório Fiscal, às fls. 29 a 38, apresenta ainda mais evidências reais da existência de um grupo econômico de fato:

- *Consta que foi detectada a existência do documento fiscal nº 7.296, emitido em 08/07/2003, valor de R\$ 5.550,00, por Geraldo Salaroli, relativo à venda de animais, em favor de Frigorífico Mantiqueira Ltda. e registrado no livro de registro de entradas do Frigorífico Campos de São José Ltda (em 08/2003).*

- *Tanto o Frigorífico Mantiqueira Ltda., quanto o Frigorífico Campos de São José Ltda adotam o "nome fantasia" de "Frigorífico Mantiqueira", sem que haja prova da alegada e suposta "cessão de direitos".*

- *Os titulares das respectivas firmas individuais, André Luiz Nogueira Junior — MF e Monalisa Pereira Lopes Nogueira — ME são empregados do Frigorífico Campos de São José Ltda., sendo que:*

- 1 André Luiz Nogueira Junior é filho de André Luiz Nogueira (que consta ser o real controlador de todo o empreendimento);*

- 2 Tânia Pereira Lopes é esposa do mesmo André Luiz Nogueira;*

- 3 Monalisa Pereira Lopes Nogueira é filha de André Luiz Nogueira e de Tânia Pereira Lopes.*

- *Os açougues (correspondentes às aludidas firmas individuais) adquirem carne exclusivamente do mesmo frigorífico (atualmente Frigorífico Campos de São José Ltda., que adota exatamente o nome fantasia de "Frigorífico Mantiqueira") e utilizam o nome fantasia "Distribuidora de Carnes Mantiqueira", que é colocado com destaque nas fachadas dos estabelecimentos, sendo (segundo registra os dados cadastrais extraídos do sistema informatizado da Previdência Social — "CONEST — CONSULTA*

DADOS DO ESTABELECIMENTO"):

- 1. Distribuidora de Carnes Mantiqueira I: André Luiz Nogueira Junior — ME (matriz).*

- 2. Distribuidora de Carnes Mantiqueira II: Tânia Pereira Lopes — ME.*



3. Distribuidora de Carnes Mantiqueira III: Monalisa Pereira Lopes Nogueira — ME (matriz).

▪ 4. Distribuidora de Carnes Mantiqueira IV: André Luiz Nogueira Junior — ME (filial 2).

5. Distribuidora de Carnes Mantiqueira IV: Monalisa Pereira Lopes Nogueira — ME (filial 2).

Ademais, no presente caso concreto, em que ao contrário do entendimento dos Recorrentes, inúmeros fatos levaram à fiscalização a concluir pela existência de Grupo Econômico de fato, tem-se a Decisão Recorrida, as quais pedimos vênha para nos reportar, como se aqui estivessem escritas, eis que a peça recursal da contribuinte traz em seu bojo os mesmos argumentos da impugnação.

Ainda a respeito do Grupo Econômico de Fato, caracterizado pela autoridade lançadora, impende transcrever excerto da Decisão da Recorrida, às fls. 139 a 158, a partir da análise do Relatório Fiscal às fls. 29 a 38, de maneira a rechazar de uma vez por todas qualquer dúvida quanto a matéria em comento, in verbis:

Consta que no mesmo endereço, Rodovia São José dos Campos — Campos do Jordão s/nº, km 100, Bairro Buquirinha, em São José dos Campos/SP, foram constituídas, sucessivamente, as seguintes empresas:

- Frigovalpa Comércio e Indústria de Carne Ltda: constituída em 1972. Consta que, presentemente, tem sede na Avenida Perseu, nº 108, sala 1, Jd. Satélite, S. J. dos Campos/SP,
- Frigosef Frigorífico Sef de São José dos Campos Ltda: constituída em 1994. Consta que estaria "inapta" (deixou de entregar declarações de imposto de renda para os anos-calendário de 1998 a 2002);
- Frigorífico Mantiqueira Ltda: constituída em 1998. Consta que, presentemente, tem sede na Estrada dos Vasconcelos, s/nº, km 12, Bairro Vasconcelos, em S. J. dos Campos/SP.
- Frigorífico Campos de São José Ltda: constituída em 2003. Consta que está instalada na Rodovia São José dos Campos — Campos do Jordão, s/rf, km 100, Bairro Buquirinha, em S. J. dos Campos/SP.

Assim, ao se iniciar auditoria fiscal, foi encontrada no local a empresa Frigorífico Campos de São José Ltda.

Releva, de início, considerar que a auditoria-fiscal enfrentou consideráveis dificuldades, decorrentes não apenas das graves irregularidades constatadas (tanto no âmbito tributário, quanto trabalhista, adiante destacadas), mas também especialmente relativas à falta de cumprimento de diversas obrigações tributárias previdenciárias acessórias, que ensejaram farta lavratura de Autos de Infrações



(...)

O conjunto de práticas e omissões, especialmente as relativas à negativa de exibição dos livros contábeis, formalmente constituídos e acompanhados dos devidos e competentes documentos fiscais, certamente representaram dificuldades adicionais à Auditora fiscal, que, assim, viu-se compelida a realizar verdadeira atividade investigatória e, eventualmente, dedutiva, na medida em que não se admite que o contribuinte possa se beneficiar das suas próprias omissões

Neste sentido vale destacar o brocardo jurídico, segundo o qual, "nemo auditur propriam turpitudinem allegans", ou seja: "a ninguém é dado alegar a própria torpeza em seu proveito". Ou, para refletir o caso específico: "ninguém pode se beneficiar da própria torpeza (omissão)", na medida em que não se pode admitir que o contribuinte inadimplente se valha justamente de suas omissões para impedir a apuração de todos os fatos e circunstâncias relevantes na auditoria-fiscal, seja para investigar a ocorrência de fatos geradores de contribuições previdenciárias, seja para identificar as reais circunstâncias em que o contribuinte realizou seus negócios jurídicos e se relacionou com as demais empresas integrantes do "grupo econômico" considerado

Assim, à falta de outras informações e respectivos elementos documentais, constitui procedimento legal previsto — art. 33 e §§ da Lei n.º. 8.212/1991 — o estabelecimento de presunções legais, com base nos razoáveis elementos de prova coligidos, especialmente documentais, como se verá. Presunções estas suscetíveis de eventual retificação, se (e quando) apresentados oportunamente os elementos idôneos necessários e suficientes para afastar as conclusões, que, em face das omissões cometidas pelo contribuinte, foram levantadas pela auditoria-fiscal.

(...)

A existência concomitante das empresas integrantes do "grupo econômico" e suas relações

De início, releva destacar que os argumentos apresentados por Frigorífico Campos de São José Ltda, Frigosef Frigorífico Sef de São José dos Campos Ltda, André Luiz Nogueira Junior - ME, Tânia Pereira Lopes - ME e Monalisa Pereira Lopes - ME (excetuado, portanto, apenas o Frigovalpa Comércio e Indústria de Carnes Ltda) são basicamente os mesmos, incluindo, aliás, extensos trechos literalmente idênticos (até mesmo quanto à menção do revogado Decreto 2.173/1997), o que constitui mais um indício da íntima relação que há entre as correspondentes empresas. Por isso, quando possível, os respectivos argumentos serão analisados conjuntamente.

Nas impugnações apresentadas são recorrentemente defendidas as teses de que as empresas não poderiam ser consideradas como integrantes de um "grupo econômico", na medida em que não tiveram funcionamentos concomitantes, nem relações entre si.



Contudo, tal afirmação é derrubada pela comparação dos dados cadastrais constantes dos registros informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, tendo como base as próprias declarações de imposto de renda entregues pelos próprios contribuintes.

Frigovalpa: consta funcionamento ininterrupto até hoje e, pelo menos, desde 1995.

- *Frigosef: entregou declarações para os anos de 1994 a 1997. Deixou de entregar as declarações relativas ao período de 1998 a 2002 (não consta que estivesse "inativa"). Entregou declarações como "inativa" 2003 e 2004 e de "lucro real" em 2005. Não consta a entrega da declaração de 2006.*

- *Frigorífico Mantiqueira: desde 1998 (ano que consta ter sido constituída) vem entregando suas declarações de imposto de renda (até a relativa a 2006).*

- *Frigorífico Campos de São José: desde 2003 (ano que consta ter sido constituída) vem entregando suas declarações de imposto de renda (até a relativa a 2006).*

- *André Luis Nogueira Junior - ME: desde 2003 (ano que consta ter sido constituída) vem entregando suas declarações de imposto de renda (até a relativa a 2006).*

(...)

Não obstante o argumento de que poderia ter havido "confusão da razão social", quando da emissão "equivocada" de GTA — Guia de Transporte de Animais, pode-se entender, por outro lado, que justamente dada a absoluta confusão entre as empresas que funcionam (ou funcionaram) no local, os fornecedores nem mesmo sabiam" ou era indiferente o nome da empresa, para o qual deveria ser emitido o documento.

É irrelevante, para a caracterização de "grupo econômico" se houve ou não transferência do "fundo de comércio". Aliás, há, neste sentido, mera assertiva do impugnante, não comprovada pelos registros contábeis.

(..)

Além do mais, em que pese tais circunstâncias, foram também claramente evidenciadas as demais características que confirmam a existência de "grupo econômico", como, por exemplo : o controle societário comum "basicamente familiar com a figura proeminente de um de seus integrantes — o patriarca, no caso); a sucessiva utilização do mesmo pessoal; a assunção de obrigações por um em nome de outro; a exploração de um negócio —comum com seus naturais desdobramentos (abate e processamento industrial e na sequência, comércio de carnes e derivados).



(...)

Local de funcionamento das empresas – Atividades dos integrantes do "Grupo Econômico" – Máquinas e equipamentos utilizados – O pessoal empregado – Composição dos quadros societários – a existência do "controlador" – A utilização do mesmo "nome fantasia"

Como já se destacou, todos os frigoríficos integrantes do "grupo econômico", assim considerado na auditoria-fiscal, funcionam ou funcionaram originariamente no mesmo imóvel, de propriedade de Frigovalpa:

Rodovia São José dos Campos/Monteiro Lobato (ou São José dos Campos/Campos do Jordão), s/aº, km 100, no Bairro Buquirinha, em São José dos Campos/SP.

Com efeito, consta que no local inicialmente funcionou a Frigovalpa, que, em 01/02/1995, locou o imóvel, através de "contrato de arrendamento de imóvel com instalações industriais", para a Frigosef. Posteriormente, em 20/04/2006, consta que o mesmo imóvel foi locado para o Frigorífico Campos de São José Ltda, conforme "contrato de locação de imóvel comercial e industrial com instalações industriais" e respectivo anexo com extensa lista de máquinas e equipamentos (fls. 109/127). Consta, entretanto, que antes da assinatura deste contrato, funcionou no mesmo local o Frigorífico Mantiqueira (constituído em 1998 e para o qual não consta nem mesmo a formalização de contrato de locação), depois, finalmente, o Frigorífico Campos de São José (desde 2003, quando foi constituído), que funcionava no local, quando da realização da auditoria-fiscal.

Portanto, foram instaladas sucessivas empresas (respectivamente, Frigovalpa, Frigosef, Frigorífico Mantiqueira e Frigorífico Campos de São José), no mesmo local, para realização exatamente das mesmas atividades e utilização dos mesmos equipamentos, empresas essas que, com exceção da Frigovalpa, são pertencentes, controladas ou têm a participação societária de André Luiz Nogueira e de

- João Raymundo Costa (Frigosef e no Frigorífico Mantiqueira).*
- Benedito Carlos Americano (Frigorífico Mantiqueira e Frigorífico Campos de São José).*
- Ivan Rodrigues de Araújo (Frigorífico Mantiqueira).*

(...)

Outra circunstância bastante significativa – além das similaridades entre o local de funcionamento, da atividade realizada, dos equipamentos utilizados e dos sócios – é quanto ao pessoal empregado no local, podendo-se extrair do Relatório Fiscal as seguintes informações.

(...)

Portanto, não apenas as empresas se instalaram sucessivamente no mesmo local, mas os empregados (ou pelo menos parte deles) foram sendo concomitantemente transferidos de uma para outra, do que, analisado o conjunto dos lançamentos fiscais realizados na auditoria-fiscal, resulta a constatação de que os empregados foram sendo utilizados por uma empresa, enquanto lá funcionava outra; assim como foram sendo transferidos de uma para outra, num contexto de inadimplência quanto ao cumprimento das obrigações legais (recolhimento das contribuições previdenciárias e de FGTS; sem a devida formalização dos contratos de trabalho e nem a regular prestação das informações legais — GFIP e RAIS, tudo isso no contexto da suposta falta de escrituração contábil)

Tais circunstâncias evidenciam a ocorrência de verdadeira "confusão patrimonial" entre os Frigoríficos, na medida em que não é possível estabelecer uma clara relação entre os vínculos empregatícios e as correspondentes despesas de pessoal ou passivos trabalhistas e tributários e as respectivas responsabilidades individualizadas, por Frigorífico, em cada período de funcionamento, ressalvando-se que as empresas não afastaram a confusão patrimonial com a devida e regular apresentação dos livros contábeis (e respectivos documentos fiscais), observadas as demais formalidades legais pertinentes.

(...)

Por outro lado, a inexistência de vínculos societários formais não pode afastar a possibilidade de caracterização de "grupo econômico", justamente em razão do que se cogita da caracterização dos "grupos econômicos de fato", nos quais o controle, como já se destacou, pode inclusive estar dissimulado, sendo possível identificá-lo tão somente a partir de atos administrativos aparentemente desvinculados e isolados entre si, como, por exemplo, contratos, empréstimos e pagamentos, que denunciem o efetivo controle das empresas que os integrem

Verifica-se, portanto, que a Auditoria-Fiscal previdenciária não se fundamentou simplesmente no fato de as empresas terem os mesmos sócios, ao caracterizá-las como Grupo Econômico, apesar de também ter contribuído para tal conclusão. Como se observa, além dos outros fatos, já devidamente relacionados acima, as atividades desenvolvidas por todas as empresas integrantes do Grupo Econômico se relacionam e interligam.

Dessa forma, resta claro que as empresas do Grupo Econômico de fato têm, efetivamente, interesse comum no fato gerador dos tributos ora exigidos, na forma estipulada no artigo 124, inciso I, do CTN, impondo a manutenção do feito em sua plenitude, não se cogitando em ilegalidade e/ou irregularidade na atuação fiscal.

II. DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS APRESENTADOS

Superada essa questão central da configuração do grupo econômico de fato, no tópico I, passemos à análise das argumentações dos Recursos Voluntários impetrados a seguir:



(II.1) Recorrente **ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JÚNIOR — ME;**

(II.2) empresa **Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda;** e

(II.3) empresa **FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.**

(II.1) pelo Recorrente **ANDRÉ LUIZ NOGUEIRA JÚNIOR — ME;**

Anota-se de plano que a linha de argumentação do Recorrente se situa na descaracterização do grupo econômico.

No entanto, a presente **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.036.180-6**, após a decisão da Recorrida, com a emissão do Acórdão nº 05-19.742-7ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas - SP, versa sobre ao levantamento **GF1 – DESCONTO SEGURADO**.

Desta forma, **não há na argumentação do Recorrente qualquer referência a esse levantamento acerca da contribuição social previdenciária incidente na remuneração de segurado empregado.**

Passemos à análise dos argumentos do Recorrente.

(a) Da inexistência de motivação.

O Recorrente alega.

A decisão também deixou de fundamentar devidamente os motivos pelo entenderam que o recorrente deveria permanecer no pólo passivo no que tange a responsabilidade do débito; salientamos que as decisões ainda que não judiciais devem ser devidamente fundamentadas, não podendo ser obscuras ou omissas, sob pena de reforma.

Com a simples leitura do relato da decisão ora impugnada, podemos notar que os julgadores, em momento algum se referem ao ora recorrente, se quer apresentando elementos capazes de minimamente, levar a crer que possa ter participação na alegada formação do grupo econômico de fato.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais o Recorrente integra o grupo econômico de fato.

Desta forma, não prospera a argumentação do Recorrente.

(b) Da vinculação do recorrente no alegado grupo econômico

O Recorrente alega:

Não existem elementos que demonstrem que o comando da empresa recorrente, fosse exercido por outra empresa quanto mais pelo Frigorífico Campos de São José ou Frigorífico Mantiqueira, ou mesmo qualquer outro citado no processo;

salientamos que o único e exclusivo administrador da empresa recorrente é seu proprietário André Luiz Nogueira Junior.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais o Recorrente integra o grupo econômico de fato, ou seja, com a conseqüente vinculação do Recorrente ao grupo econômico de fato.

Desta forma, não prospera a argumentação do Recorrente.

(c) Da impossibilidade de aplicação da Lei 6.404/1976

O Recorrente alega:

Nos exatos termos da Lei 6404/76, que rege indiretamente a caracterização dos grupos econômicos, notamos que sua aplicação ao caso é impossível, pelo que se segue.

Os Grupos Econômicos ou Concentração Econômica de Empresas estão previstas somente nas Sociedades Anônimas, o que demonstra a sua não aplicação nos demais tipos de sociedade permitidos no país.

Evidente que a legislação reguladora dos Grupos Econômicos é a Lei 6.404/76 (Lei da Sociedade Anônima), sendo que esta não menciona em momento algum sua aplicação, ou seja, formação de grupo econômico com empresa individual "ME", como é o caso da impugnante

Os entendimentos dos estudiosos do direito empresarial, defendem a tese, que frisemos é pacífica nos tribunais de que, o empresário individual jamais poderá integrar ou ter a empresa integrada em qualquer tipo de grupo econômico.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.3 Aplicação dos artigos da Lei 6.404/1976**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos da Lei 6.404/1976 para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação do Recorrente.

(d) Da não participação do recorrente na formação de grupo econômico, quando da análise do inciso IX, artigo 30 da Lei 8212/91, combinado com o artigo 124 do CTN.

O Recorrente alega:

No mesmo sentido segue nosso entendimento da não participação do recorrente na formação de grupo econômico, quando da análise do inciso IX, artigo 30 da Lei 8212/91, combinado com o artigo 124 do CTN, pois o Recorrente não tem qualquer interesse comum com as demais empresas citadas no relatório fiscal, quanto a situação fiscal que possa constituir fato

gerador de obrigação tributária, sendo totalmente independente em seus atos e responsabilidades fiscais, afastando assim completamente a aplicação dos dispositivos legais acima citados.

Analisemos.

Conforme já tratado nos tópicos **I.1 Aspectos gerais** e **I.2 Aplicação dos artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação do inciso IX, artigo 30 da Lei 8212/91, combinado com o artigo 124 do CTN para o deslinde da questão da participação do Recorrente no grupo econômico de fato.

Desta forma, não prospera a argumentação do Recorrente.

(II.2) empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda;

Passemos à análise dos argumentos da empresa **Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.**

(a) Preliminarmente, pela desnecessidade do depósito prévio.

Essa Preliminar já resta superada em função de que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

(b) Da inexistência de grupo econômico e participação.

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Inicialmente não ocorreu qualquer atuação concomitante entre as empresas, nos termos explicados em impugnação, tanto que o relato da decisão declara em fls. retro, que as empresas foram constituídas sucessivamente e não concomitantemente; assim, latente a ilegalidade na decisão afrontando as determinações legais, deturpando entendimentos entre sucessão e formação de grupo econômico.

O próprio relatório reconhece também que a empresa FRIGOSEF entregou as declarações de IR 2003 e 2004, como inativa, assim como poderia pertencer a grupo econômico de fato se encontra-se em inatividade?

A decisão relata e demonstra que o Frigorífico Mantiqueira, está estabelecido em outra cidade e sob a administração de pessoa diversa do sócio proprietário do recorrente.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais a empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda integra o grupo econômico de fato, ou seja, com a conseqüente vinculação da empresa ao grupo econômico de fato.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.



(c) Do não exercício de atividade concomitante

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Ainda comprova que Frigosef, Mantiqueira, Frigovalpa e o recorrente não exerceram atividades concomitantes.

Não podemos se quer falar em sucessão de empresas, pois jamais ocorreu transferência do fundo de comércio, lembrando que os equipamentos e o local são arrendados.

O próprio relatório aduz tratar-se de possível sucessão de empresas, assim, se uma sucedeu a outra não poderiam de forma alguma formar grupo econômico de fato, ante a não existência concomitante.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais a empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda integra o grupo econômico de fato, bem como a questão do não exercício de atividades concomitante.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(d) Da não ocorrência de confusão patrimonial

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Quanto a confusão patrimonial, também não existiu, pois cada uma das empresas tem sua personalidade e obrigações tributárias próprias.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais a empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda integra o grupo econômico de fato, bem como o deslinde da questão acerca da confusão patrimonial abordada pela Auditoria-Fiscal e também abordada na decisão da Recorrida.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(e) Da caracterização do grupo econômico

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Outra ilegalidade observada na r. decisão, foi a de para caracterização do grupo econômico o Sr. Relator, considerou que o fato de os filhos do representante da recorrente

trabalharem na empresa leva a crer que trata-se de grupo econômico

Ora, o fato de um empregado laborar em uma empresa e ser proprietário de outra no mesmo ramo, não pode ensejar na formação de grupo econômico, sob pena de ferir o direito ao livre emprego do cidadão, sem contar que a legislação nada dispõe em contrário.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais a empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda integra o grupo econômico de fato, ou seja, com a conseqüente caracterização do grupo econômico de fato.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(f) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 179 da IN 3 com alteração de redação posterior

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

A primeira irregularidade ocorreu quando o Sr. Relator citou o artigo 179 da INSRP nº 03, com alteração de redação por outra Instrução Normativa Posterior editada posteriormente a finalização do procedimento fiscal e início do contencioso, o que reflete evidente ilegalidade, eis que novas disposições legais ou normativa, somente podem retroagir em caso de trazer benefício nunca para prejudicar; o aludido artigo somente foi citado para tentar justificar o ato da fiscal, que foi ilegal e sem embasamento legal.

Analisemos.

Conforme já tratado nos tópicos **I.4 Aplicação da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005** e **.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005 para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(g) da inconstitucionalidade de se aplicar a IN 3

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Assevere ser impossível legislar por instrução normativa, nos termos da constituição federal.

Analisemos.

Conforme já tratado NA PRELIMINAR, no tópico **DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA – FACE À**

HIERARQUIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO, já se debateu que resta afastada a discussão de inconstitucionalidade pois Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária..

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(h) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 124, CTN

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Segundo, ao aplicar o artigo 124 do CTN, sob fundamento do inciso I e II, alegando que as empresas têm interesse comum na situação do fato gerador, o faz de forma equivocada distorcendo o verdadeiro sentido do dispositivo legal; sendo que jamais ocorreu interesse comum em fato gerador tributário, e mais, esse interesse comum a que se refere o art. 124 do CTN, não reflete na formação de grupo econômico ou confusão patrimonial, como entendeu a decisão.

Após ainda mencionando o aludido artigo se refere as pessoas designadas por lei, e, destaca instrução normativa, tentando caracterizar a aplicação do inciso II do art 124 do CTN; ora, é notório que as instruções normativas não são consideradas leis, portanto, inaplicáveis a título de fundamentação do inciso II do art 124 do CTN, que deixa claro "designadas por lei", lembramos que é impossível legislar por instrução normativa, nos termos da constituição federal.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.2 Aplicação dos artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos do CTN para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(i) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 2º, § 2º, CLT

A empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda alega:

Quarto, faz alusão a legislação trabalhista, só que se esquece que o final do artigo 2º em seu §2º da CLT, diz "serão para os efeitos da relação de emprego ..", o que não é o caso por tratar-se de questão tributária; o próprio relator, tece entendimento no sentido de ser para cobrança de direitos trabalhistas.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.5 Aplicação do o artigo 2º, § 2º, da CLT**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos da CLT para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda.

(II.3) empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

Passemos à análise dos argumentos da empresa **FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.**

(a) Preliminarmente, pela desnecessidade do depósito prévio.

Essa Preliminar já resta superada em função de que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

(b) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 179 da IN 3 com alteração de redação posterior

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda alega:

Ao aplicar instrução normativa, o Sr. Julgador cometeu equívocos tais como: aplicou norma posterior a fato anterior, ou seja, utilizou entendimento da IN nº 3, com alteração dada no ano de 2007, em fato relatada e constatado no ano de 2006, conforme relatório fiscal, o que é defeso por lei ante ao princípio da irretroatividade

Analisemos.

Conforme já tratado nos tópicos **I.4 Aplicação da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005 e .6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos da Instrução Normativa MPS/SRP nº 3/2005 para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

(c) Da inconstitucionalidade - As disposições da Lei 6.404/1976 devem prevalecer sobre a IN 3

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda alega:

Ainda na seara das instruções normativas, notamos que não foi respeitada a "hierarquia das Leis", pois o Sr. Julgador, aplicou IN nº 3, deixando de atentar-se para as disposições da Lei 6404/76 (S/A), ferindo assim o grau de aplicação da lei, sendo que se uma lei superior dispor algo diferente da inferior, está se renderá aquela sob pena de nulidade do ato

Portanto as disposições da Lei 6404/76 devem prevalecer sobre o que dispõe a IN nº 3; levando ao entendimento pela impossibilidade de formação do grupo econômico.

Analisemos.

Conforme já tratado NA PRELIMINAR, no tópico **DA ALEGACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA – FACE À HIERARQUIA DO ORDENAMENTO JURÍDICO**, já se debateu que resta afastada a discussão de inconstitucionalidade pois Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária..

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

(d) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 2º, § 2º, CLT

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda alega:

Quarto, faz alusão a legislação trabalhista, só que se esquece que o final do artigo 2º em seu §2º, da CLT, diz "serão para os efeitos da relação de emprego...", o que não é o caso por tratar-se de questão tributária; o próprio relator, tece entendimento no sentido de ser para cobrança de direitos trabalhistas.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.5 Aplicação do o artigo 2º, § 2º, da CLT**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos da CLT para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

(e) Das interpretações legais equivocadas – aplicação do art. 124, CTN

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda alega:

O artigo 124 do CTN trata de solidariedade e não formação de grupo econômico, exigindo alguns requisitos para aplicação da solidariedade, o que no caso não ocorre. Não existe interesse do recorrente no fato gerador da obrigação tributária das demais empresas citadas no processo, não existe a chamada solidariedade natural.

Também não existe a solidariedade determinada por lei, visto que a decisão apresentou instrução normativa como embasamento legal; no entanto, o artigo 124 do CTN é claro ao expressar que deve ser por lei, e, instrução normativa não é lei o que caracteriza ilegalidade.

Com o acima explicado fica afastada a aplicação do artigo 30 da Lei 8112/91, até mesmo pela já explicada falta de apreciação da lei 6404/76. Assim, não incide a caracterização de grupo econômico ou mesmo solidariedade.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.2 Aplicação dos artigos 121, 124 e 128, do Código Tributário Nacional**, já se debateu de forma intensa a adequação da aplicação dos artigos do CTN para o deslinde da questão.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

(f) Da inexistência de grupo econômico e participação.

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda alega:

Inicialmente não ocorreu qualquer atuação concomitante entre as empresas, nos termos explicados em impugnação, tanto que o relato da decisão declara em fls. retro, que as empresas foram constituídas sucessivamente e não concomitantemente; assim, latente a ilegalidade na decisão afrontando as determinações legais, deturpando entendimentos entre sucessão e formação de grupo econômico.

O próprio relatório reconhece também que a empresa FRIGOSEF entregou as declarações de IR 2003 e 2004, como inativa, assim como poderia pertencer a grupo econômico de fato se encontra-se em inatividade?

A decisão relata e demonstra que o Frigorífico Mantiqueira, está estabelecido em outra cidade e sob a administração de pessoa diversa do sócio proprietário do recorrente.

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **I.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais a empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda. integra o grupo econômico de fato, ou seja, com a conseqüente vinculação da empresa ao grupo econômico de fato.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

(g) Do não exercício de atividade concomitante

A empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda alega:

Ainda comprova que Frigosef, Mantiqueira, Frigovalpa e o recorrente não exerceram atividades concomitantes.

Não podemos se quer falar em sucessão de empresas, pois jamais ocorreu transferência do fundo de comércio, lembrando que os equipamentos e o local são arrendados

O próprio relatório aduz tratar-se de possível sucessão de empresas, assim, se uma sucedeu a outra não poderiam de forma alguma formar grupo econômico de fato, ante a não existência concomitante

Analisemos.

Conforme já tratado no tópico **1.6 Procedimentos que caracterizaram o grupo econômico de fato**, já se debateu de forma intensa a fundamentação e os motivos pelos quais a empresa Frigorífico Campos de São José dos Campos Ltda integra o grupo econômico de fato, bem como a questão do não exercício de atividades concomitante.

Desta forma, não prospera a argumentação da empresa FRIGOSEF Frigorífico SEF de São José dos Campos Ltda.

Após o exame dos Recursos Voluntários, passemos ainda à questão da **MULTA DE MORA**.

DA MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se **recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte:**

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;



b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

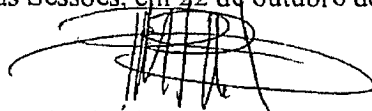
Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de **juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NÃO ACOLHER AS PRELIMINARES SUSCITADAS**, e, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de outubro de 2010



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 17546.000746/2007-33
Recurso nº: 156.062

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2403-00.269

Brasília, 06 de Dezembro de 2010


MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional