



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

Processo n° 12155.000477/2007-95
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-002.180 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de julho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente COQUEIRO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA - EPP E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/08/2002

NÃO COMPROVAÇÃO DE CIENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE ACERCA DA AUTUAÇÃO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO.

É nula a decisão na qual não se tenha dado ao contribuinte a possibilidade de exercício do seu direito de defesa, não constando nos autos cópia do AR no caso de intimação postal.

MÉRITO. DECISÃO EM FAVOR DO SUJEITO PASSIVO A QUEM APROVEITARIA A DECLARAÇÃO DE NULIDADE.

Não será decretada a nulidade do auto de infração em razão do disposto no art. 59, parágrafo 3º, do Decreto 70.235/72 que informa que, quando se puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará, bem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA.

Existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

Recurso voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso para afastar os devedores solidários do pólo passivo, mantendo o crédito tributário para o devedor principal.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em face de Decisão-Notificação n. 12.401.4/0186/2005, proferida pela Secretaria da Receita Previdenciária, que entendeu por manter a autuação constante do AI DEBCAD n. 35.561.646-7, originalmente no importe de R\$ 21.241,21 (vinte e um mil duzentos e quarenta e um reais e vinte e um centavos).

Segundo a Fiscalização, fl. 03 (Relatório Fiscal), a empresa apresentou GFIP/GRFP – Guia do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme demonstrativo dos valores devidos e os valores declarados na GFIP, conforme o art. 32, inciso IV, parágrafo 5º da Lei 8.212/91 e suas alterações.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com o lançamento, a empresa contestou o presente Auto de Infração por meio do instrumento de fls. 17/33.

DA DETERMINAÇÃO DE NOVAS INFORMAÇÕES E DO RELATÓRIO COMPLEMENTAR

O fiscal arrolou em sua relação de vínculos pessoas diversas da autuada, sob a alegação de existência de grupo econômico envolvendo a empresa notificada e as empresas:

- a) Damazonia Industrial e Comércio Ltda.;
- b) Brasileira Indústria e Comércio Ltda;
- c) Solução Indústria e Comercio Ltda;
- d) Frigorífico Paragominas S/A;
- e) Frigorífico Centauro Ltda;
- f) Frigorífico Guzera Ltda.

Em razão desse fato, a Diretoria de Arrecadação no Estado do Pará prolatou Despacho Interlocutório N.12.401.3/0097/2003, fl. 60/61, requerendo que o fiscal conste do anexo de Co-responsáveis e do Relatório Fiscal todas as pessoas físicas e jurídicas integrantes do suposto grupo econômico de fato, bem como determinando o envio de toda a documentação para estas pessoas a fim de obedecer ao contraditório.

O fiscal procedeu ao solicitado no despacho-decisório elaborando relatório fiscal complementar de fls. 63/73.

DA IMPUGNAÇÃO COMPLEMENTAR

Em razão do relatório complementar, a Coqueiro Indústria e Comércio acostou impugnação complementar de fls. 89/125.

DA DECISÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL

Após analisar os argumentos da Autuada, prolatou a Decisão-Notificação n. 12.401.4/0186/2005, fls. 138/160, mantendo o lançamento, conforme ementa que abaixo segue transcrita, *verbis*:

INFRACÇÃO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. APRESENTAR GFIP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES. INTIMAÇÃO. SANEAMENTO. MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL. COMPLEMENTAR. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Constitui infração, apresentar a empresa, GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, na forma estabelecida no Art. 32, IV, parágrafo quinto, da Lei n. 8.212/91 e alterações posteriores.

O comparecimento do contribuinte notificado supre a falta ou irregularidade da intimação dos atos processuais.

Os vícios processuais que não estejam elencados no art. 31, da PT/MPS/520/2004, permitem o saneamento da falta, nos termos do art. 32, da mesma portaria.

Não cabe a emissão do Mandado de Procedimento Fiscal Complementar quando da confecção de Relatório Fiscal e Relatório de Co-responsáveis Complementar.

Se no exame da documentação apresentada pela notificada, bem como através de outras informações obtidas em diligências, a fiscalização constatou a formação de grupo econômico de fato, não há como negar a legitimidade do procedimento fiscal que arrolou as empresas componentes do grupo e seus sócios como sendo co-responsáveis pelo crédito previdenciário lançado.

AUTUAÇÃO PROCEDENTE.

DAS INTIMAÇÕES E DOS RECURSOS

Da DECISÃO-NOTIFICAÇÃO que julgou o lançamento procedente foi dada ciência ao contribuinte em 06/09/2005, fl. 159. Os co-responsáveis no processo, listados na Relação de Co-responsáveis - CORESP, tomaram ciência desta decisão conforme abaixo:

1. DAMAZONIA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, Sem data no AR , fl. 173;
2. FRIGORIFICO SIMENTAL LTDA, 14/02/2008, fl. 187;
3. BRASILEIRA INDUSTRIA E COMERCIO LTDA, 23/09/2005, fl. 175;
4. SOLUÇÃO INDUSTRIA E COMERCIO LIDA, 05/09/2005, fl.171;
5. FRIGORIFICO PARAGOMINAS S.A., 23/09/2005, fl.174;
6. FRIGORIFICO CENTAURO LTDA., 05/09/2005, fl.172;
7. FRIGORIFICO GUZERA LTDA, 14/02/2008, fl. 187

As informações constam do documento de fls. 290/291 dos autos.

A autuada originalmente não apresentou recurso, no entanto, as pessoas arroladas como corresponsáveis o fizeram em 24/08/2001

Nas fls. 168/171 a empresa D'AMAZONIA apresentou recurso com os seguintes argumentos:

- A alegação do contribuinte de que se configurou grupo econômico entre ela e as demais empresas arroladas, é arbitrária, imprecisa e meramente presuntiva;
- A empresa Coqueiro Industria e Comércio Ltda., funciona como entreposto, empório ou depósito para comercialização de produto de qualquer procedência e não apenas com o recorrente;
- É insubsistente a alegação de sucessão trabalhista;
- O lançamento é nulo uma vez que não foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal Complementar, conforme art. 10, do Decreto n. 3.969/2001

Nas fls. 201/221 o FRIGORÍFICO SENTIMENTAL acostou recurso voluntário, com os mesmos argumentos daquele apresentado pelo FRIGORÍFICO GUZERRÁ, fls. 234/254, com os seguintes argumentos em suma:

- A nulidade do processo administrativo uma vez que não foi a empresa regularmente notificada de fatos e trâmites processuais dos quais advieram importantes consequências de direito, em detrimento ao contraditório e ampla defesa;
- A responsabilidade por infração à lei, decorrente do descumprimento de obrigação acessória, não pode ser transferida a co-responsável tributário;
- A inexistência de Grupo Econômico uma vez que ocorreu presunção da autoridade fiscal

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme o documento de fls. 290/291, conheço do recurso em razão de sua tempestividade, assim como por preencher os demais requisitos legais.

DA NULIDADE POR CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA

Alegam as recorrentes, Frigorífico Sentimental e Frigorífico Guzerá, que não foram cientificadas de todos os procedimentos fiscais constantes no presente auto de infração.

Razão assiste aos recorrentes. Da própria análise do acórdão da DRJ percebe-se que os julgadores em primeira instância presumiram a ciência em razão da apresentação de defesas a autos de infração conexos a este.

Após a feitura do Relatório de Infração Complementar, foi enviada, via correios, cópia de todos os procedimentos realizados aos então corresponsáveis arrolados por suposto grupo econômico.

No entanto, conforme documento de fl.82, após transcorridos mais de 30 (trinta) dias não houve devolução, pelos correios, do aviso de recebimento em relação a 04 (quatro) empresas incluídas na lista de corresponsáveis. Por tal razão, foram emitidos ofícios de fls. 83 e seguintes aos correios o qual ficou-se em silêncio.

Este fato consta inclusive do acórdão da DRJ, constante na fl. 142. Na fl. 144, alega que, considerando a ausência do Aviso de Recebimento das citadas empresas, tornar-se-ia impossível saber se foram intimadas ou não da documentação que lhes foi encaminhada e alega que todas as empresas aproveitaram a reabertura de prazo que lhes foi concedido, apresentando impugnação ao Relatório Fiscal Complementar das Notificação e dos Autos de infração, conforme tabela transcrita no voto.

No entanto, todos os aditamentos protocolados se referem a NFLD/AI diversos do AI n. 35.561.646-7, tendo sido apresentado apenas, no auto em apreço, pelo autuado principal, Coqueiro Indústria e Comércio Ltda.

Portanto, resta configurado o cerceamento do direito de defesa, haja vista a falta de cientificação das empresas arroladas como integrantes de grupo econômico, acerca dos procedimentos iniciais da fiscalização, tolhendo assim a sua oportunidade de apresentação de impugnação, infringindo assim o devido processo legal.

Porém, não será decretada a nulidade pelos fatos expostos, em razão do disposto no art. 59, parágrafo 3º, do Decreto 70.235/72 que informa que, quando se puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará, bem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. Trata-se de dispositivo que consagra o princípio da eficiência da administração fiscal e, por entender que o julgamento do mérito aproveitará ao sujeito passivo, passo à sua análise.

DO MÉRITO

DA AUSÊNCIA DE MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL COMPLEMENTAR

Alega a recorrente que o lançamento é nulo uma vez que não foi emitido Mandado de Procedimento Fiscal Complementar, conforme art. 10, do Decreto n. 3.969/2001.

No entanto, apesar de não ter ocorrido prorrogação do referido Mandado de Procedimento Fiscal, é assente na jurisprudência deste colegiado o caráter instrumental do MPF, concluindo-se que sua não prorrogação não invalida o lançamento.

Nestes termos é o precedente da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF. INSTRUMENTO DE CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA QUE NÃO CAUSA NULIDADE DO LANÇAMENTO.

O Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, constitui-se em instrumento de controle criado pela Administração Tributária para dar segurança e transparência à relação fisco-contribuinte, que objetiva assegurar ao sujeito passivo que o agente fiscal indicado recebeu da Administração a incumbência para executar a ação fiscal. Pelo MPF o auditor está autorizado a dar início ou a levar adiante o procedimento fiscal. A inexistência de MPF para fiscalizar determinado tributo ou a não prorrogação deste não invalida o lançamento que se constitui em ato obrigatório e vinculado. Recurso do Contribuinte negado, com retomo dos autos à DRJ para exame das demais questões. Tendo os autos retomado à origem para exame das demais questões, neste momento, resta prejudicado a análise do recurso da Fazenda Nacional.

Recurso especial do Contribuinte negado. (CARF. CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS. Processo nº 12686.000149/2004-48, Recurso nº 147.655 Especial do Procurador e do Contribuinte, Acórdão nº 9202-00.637 — 2 Turma, Sessão de 12 de abril de 2010)

No mesmo norte, Acórdãos: 402-02.898, 402-02.899, 401-06.085, 9202-00.661, 9101-00.189, 402-03.717, 2301-01.376, 2301-01.373, 2301-01.374, 2302-00.993, 2401-01.309, 2401-01.310, 2402-01.099, 2201-00.633.

DO GRUPO ECONÔMICO

Aduz o contribuinte a configuração de grupo econômico entre ela e as demais empresas arroladas, é arbitrária, imprecisa e meramente presuntiva.

Acerca de D'Amazônia Indústria e Comércio Ltda, afirma o fiscal em seu relatório, páginas 138/160:

41.7. Os sócios atualmente são os seguintes: Adilson Sandre Uliana, responsável pela compra e controle do abato de gado e

Dulcimar Uliana, responsável pela gerência financeira e atendimento dos auditores fiscais. De acordo com o quadro societário, verifica-se que Darcy Dalberto Uliana, Wallace Roberto Peterli Uliana e Antônio Alcides Lisboa Gentil, já foram sócios das empresas Frigorífico Guzerá Ltda, Frigorífico Sentimental Ltda, Frigorífico Centauro Ltda e FRIPAGO. Também compôs o quadro societário ex-empregados da FRIPAGO. O capital social não reflete a realidade financeira da empresa. Seu capital é de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), entretanto, a empresa detém a compra e venda dos animais e venda da carne, possuindo um abate em torno de 7.000 cabeças de gado, que tem hoje como preço mínimo por cabeça R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais). Nos processos trabalhistas, foi arrolada como sucessora da FRIPAGO. Assumiu o passivo trabalhista de diversos segurados empregados da FRIPAGO que passaram a constituir seu quadro funcional. Atua dentro das dependências da FRIPAGO em Ananindeua.

41.8. *O grupo econômico “de fato” foi intitulado pelos Auditores Fiscais como GRUPO Uliana, em virtude do sobrenome do Diretor Presidente do Frigorífico Paragominas S/A, Darcy Dalberto Uliana.*

41.9. *Esclarecem que as empresas componentes do grupo econômico possuem como responsável pela contabilidade o Sr. João Góes Xavier e pelo departamento pessoal, o Sr. José Reinaldo Alves Barros, que desenvolvem suas atividades em sala localizada no Frigorífico Paragominas S/A.*

(...)

41.12. *No relatório fiscal que acompanha a NFLD n. 35.561.645-9, os Auditores Fiscais notificantes destacam que a empresa Coqueiro Indústria e Comércio Ltda assumiu exclusivamente a entrega de carnes e derivados na região de Belém e municípios vizinhos, utilizando as dependências do Frigorífico Paragominas S/A – FRIPAGO em Ananindeua. **Na referida localidade é mantido o centralizador da empresa D’Amazonia Indústria e Comércio Ltda.***

41.13. *Informam também no mencionado Relatório, que o quadro societário da defendente é composto por ex-empregados da FRIPAGO, que mantiveram a sede dentro da filial do citado frigorífico em Ananindeua. Operam com parte da carne recebida da unidade frigorífica de Paragominas, que são mantidas em seus frigoríficos para posterior comercialização pela empresa D’Amazônia Indústria e Comércio Ltda.*

41.14. *Considerando que as empresas supracitadas estão sujeitas a mesma administração contábil, mesmo departamento pessoal e jurídico, os mesmos prepostos para as diferentes empresas, a mesma linha de atendimento aos auditores, a não apresentação dos documentos contábeis e financeiros, utilizando artifícios como a opção do SIMPLES – Sistema de Tributação para diminuir o ônus tributário, não espelham a sua realidade financeira, nem a realidade da comercialização de produtos rurais, concluem os auditores fiscais que ficou demonstrado a **formação de Grupo Econômico “de fato” que denominaram de***

“GRUPO ULIANA”, respondendo solidariamente entre si as empresas que o compõe. Citam como fundamentação legal para o presente caso, o inciso IX, do art. 30, da Lei n. 8.212/1991 e suas alterações e inciso I, do art. 124, do Código Tributário Nacional – CTN.

43. Isto posto, apesar de a defendente considerar como inócuas as evidências de que as empresas aqui tratadas estão sujeitas a mesma administração contábil, mesmo departamento pessoal e jurídico, mesmo endereço, mesmos prepostos, mesmos sócios, mesma atividade, referidas evidências estão corroboradas por cópias de documentos anexados aos autos, comprovando portanto a caracterização de Grupo Econômico de Fato. Não há como negar a interveniência das empresas umas nas outras.

Também faz quadro comparativo demonstrando que a família Uliana está presente na maiorias das empresas que compõe o grupo econômico de fato,

Este relator entende que para que haja a caracterização de grupo econômico é necessário mais do que empresas possuírem sócios em comum e a existência de um ou outro empregado que se transfere de uma empresa para outra. Na realidade, é entendimento deste, que mesmo que fosse provada a existência do grupo econômico, isso não seria motivo suficiente para as empresas incluídas serem consideradas como responsáveis solidárias.

Ocorre que, invariavelmente se confundem relações tributárias com as relações trabalhistas quando se trata de solidariedade. Nas relações trabalhistas podem entrar no polo passivo empresas com vínculo jurídico de controle, em face do seu caráter mais protecionista, pois se trata das relações com as empresas e os “hipossuficientes”, que devem ser protegidos de quaisquer “armadilha” tentada pelo empregador que não deseja pagar o devido ao seu empregado. Sendo assim juridicamente aceitável a configuração de grupo econômico independente do controle jurídico, com base apenas na organização comum da atividade econômica.

É o denominado “grupo composto por coordenação” em que as empresas atuam horizontalmente, no mesmo plano, participando todas do mesmo empreendimento (TRT4-RO-19827/97 – DOMG. 22.07.98).

No entanto, quando se trata da aplicação da responsabilidade solidária no campo fiscal, esse caráter protecionista não pode ser aplicado, já que no polo ativo da relação não está o trabalhador e sim o Fisco.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, em recente julgado, já se manifestou em vários precedentes sobre o assunto, conforme colacionado, *verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico.

Precedentes do STJ.

2. Para verificar as alegações da parte agravante de existência de solidariedade entre o banco e a empresa de arrendamento, em contraposição ao que foi decidido pelo Tribunal de origem, é necessário o revolvimento de matéria de provas, o que é inadmissível em recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1240335/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 25/05/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES: AGRG NO ARESP 21.073/RS, REL. MIN HUMBERTO MARTINS, DJE 26.10.2011 E AGRG NO AG 1.240.335/RS, REL MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 25.05.2011. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dessa Corte firmou o entendimento de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a solidariedade passiva em execução fiscal.

2. Tendo o Tribunal de origem reconhecido a inexistência de solidariedade entre o banco e a empresa arrendadora, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória para se chegar a conclusão diversa, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

3. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE GUAÍBA desprovido. (AgRg no Ag 1415293/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2012, DJe 21/09/2012)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de leasing na

ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011)

Ademais, o entendimento do artigo 124 do CTN, somente permite que a fiscalização busque colocar no polo passivo da obrigação previdenciária empresas que possuem efetivamente vínculo jurídico de controle ou de administração ou que tenham participado conjuntamente da materialidade do fato gerador e não apenas se apresentem como um grupo empresarial para o mercado, devido a controle ou ligação comum no exterior, *verbis*:

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.

Portanto, não merece prosperar a imputação fiscal em razão de não estar comprovado que as empresas arroladas como solidárias praticaram o fato gerador sob análise.

CONCLUSÃO

Do exposto, conheço dos recursos voluntários para no mérito dar provimento ao recurso para afastar os devedores solidários do pólo passivo, mantendo o crédito tributário para o devedor principal.

Marcelo Magalhães Peixoto