



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

Processo nº 11522.001538/2007-43
Recurso nº 254.700 Voluntário
Acórdão nº 2301-02.055 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de maio de 2011
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrente FRIGORÍFICO NOVO MILENO LTDA E OUTROS
Recorrida DRJ - SALVADOR/BA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2001 a 30/11/2003

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

REMUNERAÇÃO NÃO DECLARADA EM GFIP

A empresa está obrigada a recolher a contribuição previdenciária devida incidente sobre todas as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhe prestam serviços.

GRUPO ECONÔMICO

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

MULTA MORATÓRIA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA. As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na

hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir ζ devido a regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN - as contribuições apuradas até 12/2000, anteriores a 01/2001, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em aplicar a regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram pela manutenção da multa aplicada; b) em negar provimento ao recurso, nas alegações sobre a integração ao salário de contribuição das verbas oriundas do terço de férias e das horas extras pagas, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento ao recurso nas alegações sobre as verbas citadas; III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator designado: Leonardo Henrique Pires Lopes. Declaração de voto: Leonardo Henrique Pires Lopes.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora.

Leonardo Henrique Pires Lopes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Ausência momentânea: Wilson Antonio De Souza Correa

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente à diferença de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente à parte dos empregados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Conforme do Relatório Fiscal da NFLD (fls. 77 a), o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento de valores fora da folha de empregados e, conseqüentemente, não declarados em GFIP, e que representam uma omissão média mensal de base de cálculo na razão de 24,8%, tomados na quantidade de meses do período do levantamento.

O agente notificante informa que, em operação realizada pela Polícia Federal e Auditores Fiscais da Previdência Social, foi expedido Mandatos de Busca e Apreensão Judicial, resultando na apreensão de grande quantidade de documentos e microcomputadores e na constatação da existência de um grupo econômico denominado GRUPO MARGEN, composto por unidades frigoríficas em vários Estados da Federação.

Consta que a auditoria fiscal foi instaurada em cumprimento ao Mandado de Busca e apreensão contra a filial da empresa Frigorífico Margen Ltda, que se encontrava, à época, desempenhando suas atividades na ESTRADA AC 01, KM 28 ZONA RURAL, em Senador Guimard/AC, em decorrência de arrendamento do parque industrial.

Nessa operação, foram apreendidos documentos e equipamento de informática pertencentes às empresas O. A. Ribeiro, Frigorífico Novo Milênio Ltda e Frigorífico Margen Ltda, além de documentos pessoais dos sócios, o que levou a fiscalização à concluir que as atividades desenvolvidas no Estado do Acre pertenciam a outro grupo econômico, que denominaram de "GRUPO NOVO MILÊNIO"..

A fiscalização expõe a seguir os motivos pelos quais entende que há formação de um grupo econômico de fato entre a notificada e as empresas citadas acima, e informa que, por essa razão, todas as empresas citadas figuraram como responsáveis solidárias pelos créditos ora lançados, nos termos do art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/1991.

A autoridade lançadora esclarece que, no processo de busca e apreensão desencadeado nessa empresa em Senador Guimard/AC, não foi possível obter nenhum livro contábil (Diário e Razão), nem livros fiscais, motivo pelo qual o débito foi apurado com base nas folhas de pagamento de 02/2001 a 12/2002, holerites, em documentos extraídos dos sistemas CNIS e Plenus, por meio de relatório das GFIPs apresentadas pelo contribuinte e das GPS(Guia da Previdência Social) recolhidas.

Relata, ainda, que o crédito foi levantado extraindo-se a base de cálculo de documentos que ficaram à disposição da auditoria, como Cópias de Cheques, Recibos timbrados e comuns, onde constavam pagamentos a trabalhadores que prestaram serviços em diversas áreas de atividade da empresa e se referiam a diárias, dias trabalhados, serviços prestados, periculosidade, insalubridade, horas extras, décimo-terceiro salário, abono,

gratificação, reembolso de faltas, adicional noturno, comissões, férias, 1/3 de férias, saldo de salário, diferença de salário, serviços de carga e descarga, entre outros, que não constavam da folha de pagamento e da GFIP.

As empresas solidárias O. A. Ribeiro e Frigorífico Margen Ltda, integrantes do grupo econômico de fato segundo a fiscalização, impugnaram o débito (fls. 2.354 e 2.359) alegando, em apertada síntese, cerceamento de defesa por não lhes terem sido disponibilizados os documentos constitutivos do crédito ou a documentação que se encontra apreendida e insurgindo-se contra a caracterização do grupo econômico realizado pela auditoria fiscal.

O Sr. NEY AGILSON PADILHA, na condição de co-responsável e proprietário do Frigorífico Margen também se manifestou (fls. 2.390), frisando a impossibilidade de apresentar impugnação no curto prazo de quinze dias, reservando-se o direito de complementar a impugnação antes do julgamento dos processos, quando receber cópia das NFLD's a que se refere a intimação, sob pena de ficar configurado o cerceamento do direito de defesa.

Às fls. 2.422 (vol. VIII), a solidária O. A. Ribeiro, por meio de seu representante OSVALDO ALVES RIBEIRO, requereu dilação do prazo para apresentação de defesa e, às fls. 2431, apresentou complemento de sua impugnação, repetindo as alegações trazidas em sua defesa original, quais sejam, cerceamento de defesa, ilegitimidade passiva e inexistência do grupo econômico.

A empresa notificada, Frigorífico Novo Milênio impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 15-14.548, da 7ª Turma da DRJ/SDR, (fls. 2.497 a 2.520, vol. VIII), julgou o lançamento procedente.

Às fls. 2.531, a empresa O. A. Ribeiro, inconformada com a decisão, apresentou recurso tempestivo, repetindo basicamente o alegado em sua impugnação.

Preliminarmente, alega cerceamento de defesa, reiterando que não foi possível fazer a perfeita impugnação do lançamento creditício pelo fato de os documentos necessários para tais fins encontrarem-se apreendidos por determinação do Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande.

Questiona o fato de o Estado determinar a apreensão dos documentos e em seguida impor-lhe tão pesadas multas cerceando totalmente a defesa da notificada.

Insiste na ilegitimidade passiva, argumentando que os sócios da suplicante se retiraram da sociedade em 21/11/2005, de acordo com a terceira alteração contratual e que, muito embora no período da constituição dos créditos os sócios da suplicante fizessem parte do quadro societário do Frigorífico Novo Milênio Ltda, os adquirentes assumiram todo o ativo e passivo da empresa, incluindo os deveres para com a Previdência Social, conforme reza de maneira clara o contrato.

Entende que o fato de o sócio individual da suplicante ser o mesmo que outrora compunha o quadro societário do Frigorífico Novo Milênio não induz à responsabilidade solidária e/ou subsidiária, tendo em vista a falta de previsão legal neste sentido.

Esclarece que o motivo de as duas empresas terem o mesmo endereço se deve ao fato de que, em 01/02/2001, foi celebrado contrato de locação entre o Frigorífico Novo Milênio e o Sr. Osvaldo Alves Ribeiro, cujo objeto era o aluguel de todas as máquinas, equipamentos e caminhões, inclusive o uso SIF 4086, com prazo de cinco anos, mas que, as

partes, em comum acordo, resolveram dar por resolvido o pacto em 2005, sendo certo que nesse lapso temporal a suplicante não exerceu atividades empresariais, logo não se pode atribuir a ela o encargo previdenciário.

Reafirma que a ora recorrente não praticou conduta que deu início ao fato gerador e que também não é fruto de fusão, transformação ou incorporação da empresa devedora, mas sim uma pessoa jurídica que nasceu independente de qualquer outra, o que deixa claro a ilegitimidade passiva da suplicante para figurar em qualquer procedimento administrativo ou judicial como responsável (devedora) dos créditos previdenciários ora cobrados.

Discorre sobre o conceito de grupo econômico para tentar demonstrar que é imprescindível a direção única em todas as empresas ou que uma das empresas controle as demais para a sua caracterização.

Defende que, para caracterizar a responsabilidade, são necessários a direção, o controle ou administração de uma empresa, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, o que não se vislumbra no caso em tela, pois, como já foi dito, as empresas não tinham relação, subordinação ou controle de uma sobre a outra, além de a suplicante ter ficado paralisada no período da constituição dos créditos, o que evidencia a inexistência de grupo econômico.

No mérito, reitera que os livros, a escrituração e demais canchotos de pagamento foram apreendidos tornando impossível apresentar os eventuais comprovantes de recolhimento previdenciário.

Requer, por fim, que seja a decisão recorrida totalmente reformada e que a impugnação seja conhecida e provida no sentido de reconhecer a ilegitimidade do impugnante para figurar no pólo passivo e ainda que, com base no princípio da eventualidade, seja oficiado o Juízo da 3ª Vara Federal (Criminal e Cível) de Campo Grande, Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul, solicitando que forneça os documentos juntados nos processos 2004.60.008747-0 (Processo Cível) e 2006.60.00.006461-1 (Processo Criminal), reabrindo o prazo para que o impugnante ofereça nova defesa.

O sócio do Frigorífico Margen, Sr. NEY AGILSON PADILHA, apresentou recurso tempestivo (fls. 2.601, vol. IX), esclarecendo que o que houve na unidade industrial foi arrendamento puro do parque industrial, com grandes dificuldades de relacionamento com o proprietário OSVALDO ALVES RIBEIRO, que agiu e se relacionou com a administração do estabelecimento-filial do Frigorífico Margen Ltda, sempre de forma truculenta e pouco amigável, estando descartada qualquer possibilidade de existência de parceria ou colaboração entre as empresas, motivo pelo qual desconhece a atuação e os negócios do Frigorífico Novo Milênio Ltda. e/ou de O. A. RIBEIRO, salvo o que consta da própria decisão administrativa, cujos documentos não lhe foram enviados pelo correio, como deve acontecer nesses casos, cerceando-lhe o direito de defesa, pois, além disso a sua residência encontra-se distante de Senador Guimard, cerca de 5.000 km.

Informa que desligou-se de todas as sociedades, não exercendo, desde então, qualquer atividade comercial ou industrial, não possuindo, portanto, qualquer responsabilidade por tais débitos, pois, quando do encerramento do procedimento fiscal, em 07/12/2006, não fazia mais parte das empresas do suposto "GRUPO MARGEN", porque havia alienado a

totalidade de suas quotas sociais para a empresa "*holding*": G M RIO BONITO PARTICIPAÇÕES LTDA.

Transcreve os arts. 129 e 133, ambos do CTN, para demonstrar que a responsabilidade integral pelos tributos a qualquer título, eventualmente atribuídos ao suposto GRUPO MARGEN, lançados anteriormente ou posteriormente ao desligamento de NEY AGILSON PADILHA de todas as sociedades, foi transferida legalmente para os adquirentes de suas participações societárias.

Finaliza requerendo ao Conselho que admita o recurso voluntário e lhe dê provimento, para reformar o v. Acórdão de primeiro grau, em face das questões de fato e de direito expostas, reportando-se aos elementos da impugnação, de forma que, num primeiro momento, examine e acolha as preliminares argüidas, reconheça e declare a nulidade da NFLD, porque eivada de erro formal na intimação do co-responsável "eleito" na NFLD, além da exiguidade do prazo para a defesa e da indisponibilidade dos processos administrativos e dos documentos nele referidos, há mais de 5.000 km da sua residência, estabelecendo o cerceamento do direito de defesa do Recorrente, vícios esses insanáveis, que devem motivar o reconhecimento e a declaração de nulidade total do lançamento tributário.

Às fls. 2.702 (vol. IX), a empresa Margen apresentou recurso, alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, reitera que nada, além da comunicação da constituição deste lançamento, foi trazido a conhecimento do ora manifestante, não lhe tendo sido oportunizado ter um mínimo de conhecimento do conteúdo do trabalho fiscal gerador deste lançamento, ou mesmo, dos elementos intrínsecos do próprio lançamento.

Entende que o julgador valer-se apenas do argumento de estarem disponíveis os autos em Rio Branco/AC para dizer que não ocorreu o cerceamento de defesa argüido na impugnação, é não enfrentar de forma objetiva os argumentos defensivos, o que torna absolutamente desprovida de validade a recorrida decisão administrativa, devendo ser reconhecida sua nulidade.

Reafirma que é impossível a realização específica de defesas, pois a mera cientificação de que ocorreu a constituição de diversos lançamentos previdenciários não oferece a oportunidade de se conhecer também as origens de tais lançamentos, já que os seus termos não foram, até o momento, disponibilizados pelo fisco previdenciário, não permitindo à recorrente saber quais as razões que levaram o fisco, de maneira unilateral, caracterizar um surreal "grupo econômico de fato, ou quais as origens, fundamentos legais, montantes principais, recolhimentos apropriados, etc., que compõem cada um dos lançamentos relacionados no chamado "termo de certificação".

Assevera que o argumento de que os autos administrativos encontram-se disponibilizados nas dependências do órgão previdenciário de custeio local, como o fazem as autoridades fiscais responsáveis pelo debelado ato administrativo, reproduzido em ato decisório, efetivamente, em nada colabora para minimizar a indiscutível caracterização de cerceamento de defesa ora externado.

Sustenta trata-se de circunstância onde o contribuinte não deve ser compelido, como única alternativa ao exercício da ampla defesa, de ter que se deslocar ao órgão local do fisco previdenciário, pois entende que é obrigação do fisco disponibilizar os elementos necessários a tanto.

Processo nº 11522.001538/2007-43
Acórdão n.º **2301-02.055**

S2-C3T1
Fl. 2.775

No mérito, alega que o vício de cerceamento de defesa apontado é consistente o suficiente a legitimar a exclusão dos ora manifestantes do pólo passivo desta NFLD, registrando que esse mérito recursal é o único possível de se trazer no atual momento processual, resguardando-se os ora manifestantes ao direito de promoverem nova manifestação após sua plena ciência aos termos dos lançamentos relacionados.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro

Os recursos apresentados são tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

Constata-se, dos autos, que a empresa notificada, Frigorífico Novo Milênio Ltda, não apresentou recurso.

Inicialmente, impõe suscitar questão relativa ao prazo decadencial, não trazida pelas recorrentes em seus recursos, mas que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

Verifica-se, dos autos, que a fiscalização lavrou a presente NFLD com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após

o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

"Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, **terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.**

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

"Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

O STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso presente, a fiscalização deixa claro que se trata de diferença de contribuição incidente sobre a remuneração paga aos segurados que prestaram serviços à notificada, no período compreendido entre 02/2001 a 11/2003.

A NFLD foi consolidada em 28/11/2006, e sua cientificação à empresa notificada se deu em 23/04/2007, conforme documento de fl. 2.347 (vol. VII).

Dessa forma, considerando o exposto acima, e considerando que houve recolhimento nas diversas competências abrangidas pelo lançamento, conforme se verifica do relatório RDA, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para os valores lançados nas competências entre 02/2001 a 03/2002, inclusive.

Constata-se, dos autos, que a empresa notificada, Frigorífico Novo Milênio Ltda, não apresentou recurso.

Verifica-se, também, que o recurso apresentado pela empresa Frigorífico Margen Ltda, integrante do grupo econômico de fato, caracterizado pela fiscalização, é intempestivo, pois consta que a ciência do Acórdão pelos representantes legais da empresa, Sr. Mauro Suaiden e Geraldo Antonio Prearo e por seu procurador, Sr. Marcos Cezar Najjarian Batista, se deu em 22/01/08, conforme tela do CEDEX de fls. 2.525, 2.528 e 2.529, respectivamente, e o recurso foi apresentado apenas em 18/04/2008 (fls. 2.702).

Portanto, intempestivo o recurso, o que é motivo para o seu não-conhecimento.

Os recursos apresentados pela empresa O. A. RIBEIRO e pelo sócio do Frigorífico Margen Ltda, Sr. NEY AGILSON PADILHA, são tempestivos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Preliminarmente, a empresa O. A. RIBEIRO alega cerceamento de defesa, afirmando que não foi possível fazer a perfeita impugnação do lançamento creditício pelo fato de os documentos necessários para tais fins encontrarem-se apreendidos por determinação do Juízo da 3ª Vara Federal de Campo Grande.

Contudo, a NFLD que lhe foi entregue, juntamente com todos os relatórios que a integram, possuem todas as informações necessárias para o exercício da ampla defesa do notificado.

O DAD discrimina, por competência, as bases de cálculos apuradas, as alíquotas aplicadas, e os valores lançados e o RL informa, de forma clara, quais os fatos geradores considerados e o RDA lista todos os recolhimentos efetuados e considerados para abater o valor do débito.

O Relatório Fiscal está claro e preciso, e a planilha denominada A15 discrimina todos os segurados com suas respectivas remunerações e tipo de serviço prestado.

A autoridade lançadora junta, ainda, extensa documentação que comprova suas afirmações, como cópias de recibos de pagamento, de cheques, de Relatórios de controle interno da empresa, entre outros.

Assim, verifica-se que a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo

constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Dessa forma, todos os elementos necessários para a elaboração de defesa pelos contribuintes encontram-se nos autos, motivo pelo qual rejeito a preliminar de nulidade por cerceamento de defesa.

A recorrente alega, ainda em preliminar, ilegitimidade passiva, argumentando que os seus sócios se retiraram da sociedade em 21/11/2005, de acordo com a terceira alteração contratual e que, muito embora no período da constituição dos créditos os sócios da suplicante fizessem parte do quadro societário do Frigorífico Novo Milênio Ltda, os adquirentes assumiram todo o ativo e passivo da empresa, incluindo os deveres para com a Previdência Social, conforme reza de maneira clara o contrato.

Sustenta que o fato de o sócio individual da suplicante ser o mesmo que outrora compunha o quadro societário do Frigorífico Novo Milênio não induz à responsabilidade solidária e/ou subsidiária, tendo em vista a falta de previsão legal neste sentido.

Contudo, a responsabilidade solidária no presente caso é aquela decorrente da existência de um grupo econômico e encontra amparo legal no art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/1991.

Portanto, mesmo tendo os sócios da recorrente se retirado dos quadros da empresa notificada, a fiscalização constatou a existência de um grupo econômico de fato constituído pela nova empresa denominada O. A. RIBEIRO, cujo o dono é o ex-sócio do Frigorífico Milênio, pelo Frigorífico Margen, e pelo próprio Frigorífico Milênio.

As situações constatadas demonstram que a notificada e as empresas relacionadas no Relatório Fiscal constituem um grupo econômico de fato.

A fiscalização verificou que a empresa notificada, Frigorífico Novo Milênio Ltda, constituída em 22/01/2001, era composta por dois sócios, Osvaldo Alves Ribeiro e Carlos Celso Medeiros Ribeiro, pai e filho, com o objeto social do ramo de Frigorífico de abate de bovinos.

Consta, ainda, que, inicialmente, antes de sua constituição, no mesmo endereço e com a mesma atividade industrial, havia a Firma Individual O.A. RIBEIRO, de propriedade do Sr. OSVALDO ALVES RIBEIRO, constituída desde 10/12/96, cujas atividades foram até janeiro/2001, quando houve a transferência de seus empregados para a nova empresa constituída, que também assumiu as atividades de abate.

O Frigorífico Novo Milênio Ltda funcionou de 02/2001 a julho/2004, quando, em 01/08/2004, arrendou seu parque industrial para a filial do Frigorífico Margen Ltda, transferindo seu quadro de empregados para a arrendatária, que funcionou até 12/2005.

Em 20/11/2005, os srs. Osvaldo Alves Ribeiro e Carlos Celso Medeiros Ribeiro se retiraram da sociedade transferindo a empresa aos srs. Adalberto Coelho Dias e João Carlos da Costa Oliveira.

A fiscalização verificou que os novos sócios da empresa Frigorífico Novo Milênio são pessoas modestas e despojadas de capacidade financeira para gerir empreendimentos de tal envergadura, o que não foi negado pela recorrente em sua peça recursal.

Conforme registrado no CNIS, o Sr. Adalberto Coelho Dias laborou como empregado na função de marceneiro para Firma Individual, com salário médio de R\$551,00, e o Sr. João Carlos da Costa Oliveira trabalhou como empregado para "Cerâmica Santo André Ltda, na função de servente, percebendo remuneração média de 01 salário mínimo.

Verifica-se, ainda, dos documentos constantes dos autos, que logo após a alteração do quadro societário, a empresa paralisou suas atividades operacionais, e a firma individual O.A. Ribeiro reativou suas atividades a partir de 01/2006 no mesmo endereço do Frigorífico Novo Milênio Ltda.

Observa-se, também, que a alteração contratual e retirada dos sócios se deu enquanto a empresa se encontrava sob ação fiscal, na eminência do levantamento de um débito de valor alto, o que sugere uma simulação no procedimento adotado pela empresa.

A fiscalização constatou, ainda, e provou com a farta documentação anexada, a existência de empregados transferidos de uma empresa para outra, movimentação financeira entre as empresas e sócios, com pagamentos de contas pessoais, entre outros fatos narrados no Relatório Fiscal.

Os documentos e equipamentos apreendidos no endereço da empresa notificada, pertencentes às empresas O. A. Ribeiro, Frigorífico Novo Milênio Ltda e Frigorífico Margem Ltda, corroboram o entendimento fiscal da existência de um grupo econômico de fato, formado pelas três pessoas jurídicas citadas.

Assim, os fatos constatados, como mesmo endereço de estabelecimentos das empresas envolvidas, mesmas instalações com a utilização dos mesmos equipamentos, materiais e mão-de-obra, no sentido de desenvolver a atividade comum a todos eles (abate de bovinos); deixa claro a existência de interesses comuns entre as empresas listadas.

Vale observar que o sentido de grupo econômico não se restringe mais à interpretação literal do art. 2º, § 2º, da CLT, no sentido de se ter uma empresa controladora, admitindo-se também existir apenas coordenação entre as empresas e, nesse sentido, dispõe a jurisprudência:

EMENTA: GRUPO ECONÔMICO DE FATO – CARACTERIZAÇÃO. O § 2º, do art. 2º da CLT deve ser aplicado de forma mais ampla do que seu texto sugere, considerando-se a finalidade da norma, e a evolução das relações econômicas nos quase sessenta anos de sua vigência. Apesar da literalidade do preceito, podem ocorrer, na prática, situações em que a direção, o controle ou a administração não estejam exatamente nas mãos de uma empresa, pessoa jurídica. Pode não existir uma coordenação, horizontal, entre as empresas, submetidas a um controle geral, exercido por pessoas jurídicas ou físicas, nem sempre revelado nos seus atos constitutivos, notadamente quando a configuração do grupo quer

ser dissimulada. Provados o controle e direção por determinadas pessoas físicas que, de fato, mantém a administração das empresas, sob um comando único, configurado está o grupo econômico, incidindo a responsabilidade solidária. PROCESSO TRT/15ª REGIÃO – Nº 00902-2001-083-15-00-0-RO 922352/2002-RO-9)

Assim, entendo que restou caracterizada a formação do grupo econômico entre as empresas citadas, pois existe interesses comuns entre as mesmas pessoas físicas arroladas pela fiscalização, que comandam e dirigem o empreendimento.

A fiscalização fundamentou o lançamento na responsabilidade solidária de que trata o inciso IX, do art 30, da Lei 8.212/91.

Responsabilidade Solidária é a obrigação legalmente imposta aos integrantes do grupo econômico de qualquer natureza de responder pelo recolhimento das contribuições previdenciárias, isoladamente ou em conjunto, consoante art. 30 da Lei 8.212/91.

Portanto, por determinação legal, todas as empresas que integram o grupo econômico respondem solidariamente, entre si, pelas contribuições previdenciárias devidas.

No mérito, a empresa apenas reitera as alegações trazidas em preliminar, de que os livros, a escrituração e demais canchotos de pagamento foram apreendidos tornando impossível apresentar os eventuais comprovantes de recolhimento previdenciário.

Porém, como já exposto quando da apreciação da preliminar, verifica-se que todas as informações necessárias para a defesa do contribuinte encontram-se nos autos;

Em relação ao requerimento de que seja oficiado o Juízo da 3ª Vara Federal (Criminal e Cível) de Campo Grande, Seção Judiciária de Mato Grosso do Sul para que forneça os documentos juntados nos processos 2004.60.008747-0 (Processo Cível) e 2006.60.00.006461-1 (Processo Criminal), cumpre informar que não cabe à esfera administrativa oficiar o Judiciário para entrega de documentos apreendidos à empresa, devendo a própria interessada fazer tal pedido à autoridade judiciária competente.

O Frigorífico Margen e o Sr. NEY AGILSON PADILHA, que figura como co-responsável do Frigorífico Margen, pois, à época da ocorrência do fato gerador, era sócio dessa empresa, apresentaram recursos tempestivos, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, tendo em vista que os documentos constitutivos do débito não lhe foram enviados pelo correio.

Contudo, constata-se que os recorrentes foram devidamente cientificados do lançamento, pois, em suas peças impugnatórias, afirmam que foi emitida uma comunicação cientificando-os da constituição dos créditos tributários epigrafados e a inclusão do FRIGORÍFICO MARGEN LTDA como integrante do grupo econômico "Grupo Novo Milênio"

O art. 749, da IN 03/2005, vigente quando do lançamento, estabelecia que:

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 nº8.212, de 1991, serão científicas da ocorrência.

§1º Na ciência a que se refere o caput, constará a identificação da empresa do grupo e do responsável, ou representante legal, que recebeu a cópia dos documentos constitutivos do crédito, bem como a relação dos créditos constituídos.

§2º É assegurado às empresas do grupo econômico, científicas na forma do §1º deste artigo, vista do processo administrativo fiscal (gn)

As cópias dos Termos de Ciência emitidos pelos agentes fiscais e recebidas pelos responsáveis legais pela empresa Frigorífico Margen e pelo Sr. Ney, conforme ela própria afirma, constam das fls. 162, 164, 168 e 170 e, como se depreende da leitura do documento, todos os requisitos constantes da norma previdenciária foram observados pela fiscalização.

Vale reiterar que os recorrentes afirmaram que receberam as intimações referidas acima.

Quanto ao entendimento de que é obrigação do fisco disponibilizar os elementos necessários à defesa, cumpre observar que não há norma que determine a entrega da cópias dos instrumentos de constituição de créditos a todas as empresas integrantes de um grupo econômico.

Verifica-se que consta do Termo o esclarecimento de que é assegurada às empresas do grupo econômico vista do processo administrativo fiscal.

Assim, o direito de conhecer o conteúdo do processo foi assegurado aos recorrentes, que poderiam ter pedido vista dos autos.

Em relação ao argumento de que sua residência encontra-se distante de Senador Guimard cerca de 5.000 km, cumpre lembrar que nesse local funcionou uma filial da qual o recorrente era sócio. Dessa forma, é difícil crer que tal distância represente óbice para o recorrente obter vista dos autos.

Vale observar que a ciência da NFLD pelo recorrente se deu antes de 22/12/2006, data que consta da sua impugnação, e o Acórdão combatido é de 11/12/2007, e sua ciência pelo Sr. Ney e pelos representantes legais da empresa Frigorífico Mangen se deu em 22/01/2008.

Dessa forma, os recorrentes tiveram cerca de um ano para obter vista dos autos, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa.

Assim, como já afirmou o julgador de primeira instância, a fiscalização procedeu consoante o ato normativo que disciplina a matéria, emitindo o Termo de Ciência para as empresas solidárias identificadas na NFLD.

Da mesma forma não procede o argumento de que o julgador não enfrentou de forma objetiva os argumentos defensivos, pois, verifica-se do voto que culminou no Acórdão recorrido, que o julgador rebateu os argumentos trazidos nas defesas, transcrevendo o artigo do normativo que trata da ciência dos integrantes do grupo econômico.

Portanto, não há que se falar na nulidade da decisão de primeira instância, como quer a recorrente, pois o Acórdão recorrido demonstra a convicção do julgador diante dos fatos e argumentos que lhe foram apresentados, seja pela auditoria fiscal, seja pelas notificadas.

Em relação aos demais argumentos trazidos no recurso, nota-se que tais matérias não foram objeto da impugnação, encontrando-se precluído o direito à discussão da mesma na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

Art.17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante

Portanto, não foi instaurado o contencioso administrativo fiscal relativamente às inovações trazidas no recurso,

Porém, ainda que não se considerasse ocorrida a preclusão, com relação ao entendimento de que a responsabilidade integral pelos tributos atribuídos ao suposto GRUPO MARGEN, lançados anteriormente ou posteriormente ao desligamento de NEY AGILSON PADILHA de todas as sociedades foi transferida legalmente para os adquirentes, cumpre esclarecer que o Sr. Ney foi incluído na lista dos co-responsáveis, já que esse é um dos requisitos necessários para a constituição do crédito.

Vale ressaltar que o Sr. NEY não está sendo penalizado com a lavratura da NFLD em tela, já que a NFLD foi lavrada contra a empresa FRIGORÍFICO NOVO MILENO LTDA E OUTROS, que são os sujeitos passivos da obrigação tributária.

Conforme restou demonstrado na folha de rosto da NFLD (fl. 01), é empresa FRIGORÍFICO NOVO MILENO LTDA e as demais empresas que compõem o grupo econômico que foram notificadas, e não os seus sócios.

E, ao constatar o inadimplemento das obrigações previdenciárias, o agente notificante lançou corretamente o débito em nome dos contribuintes inadimplentes, fazendo constar os co-responsáveis nos relatórios da NFLD, consoante determinações contidas nos normativos legais que regem a matéria.

Dessa forma, reitera-se, os sujeitos passivos que devem suporta o ônus contido na NFLD em tela são as empresas, sendo elas, em primeira análise, as responsáveis pelo crédito ora discutido, não podendo se afirmar que sejam as pessoas arroladas no relatório de co-responsáveis, neste momento, os sujeitos passivos da obrigação inadimplida.

Desse modo, a indicação dos sócios e administradores no anexo denominado de CORESP nada mais representa do que documento instrutório da NFLD, previsto na legislação previdenciária.

Como o art. 79, inciso VII, da Lei nº 11.941/2009, revogou o art. 13 da Lei nº 8.620/93, a simples indicação dos representantes legais da empresa por meio do CORESP não implica a sua inscrição de imediato em dívida ativa.

Registre-se que a lista nominal serve apenas como uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, já que posteriormente servirá de consulta para a

Porém, para deixar claro que o fisco não pode incluir as pessoas físicas relacionadas no CORESP de pronto na certidão da dívida ativa, este colegiado vem decidindo reiteradamente deixar consignado o provimento parcial do recurso, eis que necessário para o dispositivo final do julgado.

Nesse sentido, acato o requerimento formulado pelo recorrente, a fim de afastar a sua co-responsabilidade.

No entanto, mantenho a lista nominal **apenas como uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco**, já que, posteriormente, poderá servir de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional, cabendo a ressalva de que esses nomes não poderão ser inscritos de imediato em dívida ativa somente com base na indicação trazida pelo fisco.

Nesse sentido,

Considerando tudo o mais que dos autos consta.

VOTO no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para excluir do débito os valores lançados nas competências compreendidas entre 02/2001 a 03/2002, inclusive, por decadência, e para deixar claro que o rol de co-responsáveis é apenas uma relação indicativa de representantes legais arrolados pelo fisco, podendo servir, posteriormente, de consulta para a Procuradoria da Fazenda Nacional.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Redator Designado

Da multa moratória

Em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Por sua vez, o art. 61 da Lei nº 9.430/96 reza:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a permitia que a multa atingisse o patamar de 100%, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, já que mais benéfica para o contribuinte.

É como voto.

Declaração de Voto

Peço licença a nobre relatora para divergir do seu voto, apenas em relação a preliminar de cerceamento do direito de defesa trazida nos recursos manejados pelo Frigorífico Margen e o Sr. Ney Agilson Padilha, no sentido de que, apesar de figurarem como co-responsáveis no lançamento fiscal não teriam recebido os documentos constitutivos do débito.

Entendo que o artigo 749, §1º, da IN 03, de 2005, citado pela douta relatora é expresso no sentido de que é necessário o encaminhamento integral dos documentos constitutivos do crédito ao co-responsável. Nesse sentido, o dispositivo é claro: “na cientificação a que se refere o caput, constará a identificação da empresa do grupo e do responsável, ou representante legal, que recebeu **a cópia dos documentos constitutivos do crédito, bem como a relação dos créditos constituídos**”.

3. E no meu entender a regra vale também para os ‘co-responsáveis’, já que eles também são responsáveis pelo adimplemento do débito, tanto que foram arrolados no lançamento. De maneira que descumprir tal mandamento é motivo de cerceamento de defesa em relação ao contribuinte.

4. Com efeito, o art. 59, inciso II, do Decreto n.º 70.235, de 1972, determina de forma solar que a preterição do direito de defesa gera a nulidade, a qual, **in casu**, entendo ser por vício formal.

5. Feitas estas considerações, meu voto é pela nulidade do lançamento fiscal, por vício formal.

Damião Cordeiro de Moraes

Conselheiro