



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

Processo nº 11831.001602/2007-01
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.222 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de novembro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente ÁGUA LIMPA TRANSPORTES LTDA E OUTROS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/03/2004

DECADÊNCIA PARCIAL.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08 do Supremo Tribunal Federal, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer as disposições da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, no que diz respeito a prescrição e decadência.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Não havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida incidente sobre a remuneração paga pela empresa aos segurados a seu serviço, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, pois trata-se de lançamento de ofício.

SOCIEDADE PERTENCENTE AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. EXISTÊNCIA DEMONSTRADA. CRITÉRIOS DE CONSTATAÇÃO E CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO.

Compõe grupo econômico de fato as empresas controladas e administradas conjunta e unitariamente, de forma que se confunde em um mesmo grupo de pessoas a administração e controle interno, e a própria atuação de mercado.

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, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no que tange à decadência, devido a aplicação da regra expressa no I, Art. 173 do CTN, para excluir do lançamento as contribuições lançadas até 11/2000, anteriores a 12/2000, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Adriano Gonzáles Silvério, Wilson Antônio de Souza Corrêa e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, pela aplicação da 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(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redatora: Bernadete de Oliveira Barros.

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros - Redatora designada.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antônio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva, Adriano Gonzáles Silvério.

Relatório

1. Tratam-se de recursos voluntários apresentados pelos contribuintes ÁGUA LIMPA TRANSPORTES LTDA, CIA. UNIÃO EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES, NEY AGILSON PADILHA e FRIGORÍFICO MARGEN LTDA em face de decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento de débito previdenciário.

2. Segundo o Relatório Fiscal (ff. 48 a 59), o débito lançado se refere às contribuições devidas à Seguridade Social pela empresa ÁGUA LIMPA TRANSPORTES LTDA, correspondentes à rubrica Empresa e as destinadas ao SEST – Serviço Social do Transporte e SENAT – Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte. A fiscalização concluiu que existe a formação de grupo econômico, denominado “GRUPO MARGEN”, composto por unidades frigoríficas, transportadoras, holdings e empresas de cessão de mão-de-obra, distribuídos nos Estados de Mato Grosso do Sul, Mato Grosso, Paraná, São Paulo, Santa Catarina, Goiás, Tocantins e Brasília. Sendo imputado como co-responsáveis, na qualidade de solidários, em conformidade com o relatório de vínculos os demais contribuintes recorrentes.

3. A ementa do acórdão de primeira instância restou lavrada nos termos que abaixo se transcreve:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1999 a 31/03/2004

NFLD nº 37.038.831-3

Ementa:

DECADÊNCIA.

O prazo de decadência para a constituição do crédito previdenciário é de 10 (dez) anos, conforme art. 45 da Lei 8.212/91.

GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da Lei nº 8.212/91, nos termos do art. 30, inc. IX, do mesmo diploma legal. A solidariedade fixada na legislação previdenciária em relação ao grupo econômico (Art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/91 e art. 748 da IN MPS/SRP nº 03/2005) é bastante ampla. Basta uma das componentes do Grupo não cumprir as obrigações previdenciárias, para outra delas assumir a responsabilidade por via da solidariedade, o que possibilita ao FISCO, proceder contra qualquer delas, sem que se possa arguir a defesa de ilegitimidade de parte, ou benefício de ordem.

INCONSTITUCIONALIDADE NA VIA ADMINISTRATIVA.

A ilegalidade e a inconstitucionalidade da lei não se discute em instância administrativa. Tais teses deverão ser discutidas na esfera própria, Supremo Tribunal Federal, conforme competência estabelecida no Capítulo III, da Constituição Federal (art. 102, inciso I, alínea 'a').

TAXA SELIC. Sobre as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, não pagas dentro do prazo legal, incidem juros de mora, calculados com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia-Selic – Art. 34 da Lei 8.212/91.

Lançamento Procedente”

4. Em sede recursal, os quatro contribuintes apresentaram suas razões contrárias ao lançamento fiscal e, considerando que as peças recursais apresentam semelhança em seus argumentos, faço o seguinte resumo dos pontos atacados pelas recorrentes:

a) nulidade da decisão de primeira instância, por conta do detalhe formal de que sua correspondente ementa não retrata, com fidelidade, todos os títulos e temas levados a julgamento, omitindo aqueles tidos como mais relevantes no contexto defensivo, o que levaria ao cerceamento de defesa;

b) que o lançamento é nulo por falta de regular ciência do contribuinte quanto às prorrogações dos MPFs. Entende que podem ocorrer tantas prorrogações quanto necessárias, mas é evidente que o contribuinte deve ter, em cada prorrogação, a regular ciência;

c) afirmam que não formam grupo econômico, que nada há elementos nos autos que permitam essa conclusão;

d) que ocorreu a decadência do direito de lançar quaisquer tributos anteriores à data de 07/12/1999, à luz do que dispõe o § 4º do art. 150 do Código Tributário Nacional;

5. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados a esta Câmara para apreciação dos recursos.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Relator Damião Cordeiro de Moraes

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

2. O contribuinte alega que o acórdão de primeira instância seria inválido, em razão da sua correspondente ementa não retratar fielmente todos os títulos e temas levados a julgamento (ff. 1106 a 1116)

3. Contudo, não há que se falar, na hipótese, de cerceamento de defesa, visto que houve o devido apontamento dos dispositivos legais que fundamentaram o lançamento. Da mesma forma, a autoridade julgadora enfrentou as principais alegações que nortearam a defesa do contribuinte (ff. 1057 a 1076).

4. Não obstante o bom arrazoado trazido pela recorrente na busca de ver seu pleito acolhido, razão não lhe assiste. Cumpre ressaltar, ainda, que o lançamento encontra-se devidamente fundamentado e motivado, em consonância com o que determina a legislação que rege o processo administrativo fiscal, notadamente o art. 50, da Lei n.º 9.784/99. Desta forma, não há que se falar em anulação do lançamento fiscal, por não haver vício.

5. Nesse sentido, entendo que a decisão de primeira instância não deve ser retificada nesse ponto. Assim, rejeito a alegação de irregularidade.

DA DECADÊNCIA

6. Tendo em vista o período de apuração da exação objeto do presente recurso abarcar matéria decadencial, se faz necessária a verificação da matéria nos termos do Código Tributário Nacional (CTN).

7. Sobre essa questão, cumpre dizer que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n.º 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante n.º 08, *verbis*: “Súmula Vinculante n.º 08: 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”.

8. Os efeitos da Súmula Vinculante estão previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei n.º 11.417, de 19/12/2006, *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.”

9. Ainda sobre o assunto, a Lei nº 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

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

10. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência, prevista no Código Tributário Nacional (CTN), se aplica ao caso concreto.

11. Acerca das regras de verificação da decadência do crédito tributário, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está consolidada no seguinte sentido:

“[...] 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

“[...] 1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005). 2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito

potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210). 3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato impositivo, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199). 5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos impositivos ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001. 6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuassem o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

12. Compulsando os autos, verifica-se que houve recolhimento parcial, em face da totalidade das folhas de salários da empresa, sobre os valores lançados, vez que, no Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal (TEAF), ficou consignado que a fiscalização examinou as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações da Previdência Social - GFIP (f. 42 e 43).

13. O recolhimento comprovado de parte das contribuições sociais previdenciárias, ainda que a incidência seja sobre as demais parcelas não lançadas, leva ao convencimento de que deve prevalecer a regra trazida pelo artigo 150, §4º do CTN.

14. Considerando que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 30/11/2006 (f. 1), referente às contribuições do período de 01/05/1999 a 31/03/2004, fica alcançada pela decadência quinquenal unicamente a competências de 5/1999 a 10/2001. Restando, entretanto, mantidas as competências de 11/2001 a 3/2004.

15. Assim, como ainda há débito remanescente, passo a examinar as demais questões recursais.

DOS MANDADOS DE PROCEDIMENTO FISCAL

16. O recorrente alega irregularidade em razão do lançamento por falta de regular ciência do contribuinte quanto às prorrogações dos MPFs.

17. Acerca desse ponto, assim se pronunciou a DRJ:

“7.10. Enganou-se ainda a Impugnante ao afirmar que os MPFs não respeitaram os prazos máximos de duração de 120 dias e que foram prorrogados depois da extinção de suas validades. De acordo com os MPFs juntados e o Demonstrativo de Prorrogação dos MPFs, o MPF-F lavrado 18/05/2006, com validade até 18/09/2006, o MPF-001 emitido em 30/08/2006, antes de expirar o anterior, com validade até 23/10/2006, e por último o MPF-002 emitido em 20/10/2006, com validade até 19/12/2006. Diante do exposto, não houve qualquer descontinuidade nas prorrogações, e nenhum deles extrapolou o prazo de 120 dias” (ff. 1065 e 1066).

18. Com razão o acórdão recorrido. Os mandados de Procedimento fiscal tiveram as seguintes datas de emissão e ciência:

MPF	Expedição	Expiração	Ciência
09303971E00 (f. 28)	18/5/06	1/9/06	16/6/06 (f. 29)
09303971C01 (f. 34)	30/8/06	23/10/06	11/10/06 (f. 35)
09303971CO2 (f. 37)	20/10/06	19/12/06	6/11/06 (f. 39)

19. Assim, não verifico a alegada nulidade arguida. Não é nulo o lançamento praticado por agente do Fisco que, ao formalizar a exigência, encontrava-se habilitado para o exercício da competência legal que lhe é atribuída, mediante MPF emitido pela autoridade competente (cf. Primeiro Conselho de Contribuintes. 7ª Câmara. Turma Ordinária . Acórdão nº 10707127 do Processo 13807005971200100 Data 13/05/2003).

20. Não há como se falar, portanto, em violação da legislação tributária como quer o recorrente.

DA CARACTERIZAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

21. As recorrentes insurgem-se contra a configuração de grupo econômico, nos termos em que realizado pela fiscalização tributária. Afirmam que não formam grupo econômico, que não há elementos nos autos que permitam essa conclusão

22. O grupo econômico é aquele composto de duas ou mais empresas, que estejam sob direção única, onde uma, a principal, controla as demais (art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 c/c art. 2º, § 2º da CLT), *verbis*:

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

[...]

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

Art. 2º. Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

[...]

§ 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.

23. Em outras palavras, grupo econômico é aquele “que se forma entre dois ou mais entes favorecidos direta ou indiretamente pelo mesmo contrato de trabalho em decorrência de existir entre esses laços de direção ou coordenação em face de atividades industriais, comerciais, financeiras, agroindustriais ou de qualquer outra natureza econômica” (Maurício Godinho Delgado. Introdução ao Direito do Trabalho. 2.ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 334).

24. No caso concreto, a fiscalização logrou êxito em delinear os requisitos ensejadores do grupo econômico com relação às empresas recorrentes.

25. Conforme foi descrito no relatório fiscal (ff. 82 a 110) e na decisão recorrida (ff. 1057 a 1076), a fiscalização apresentou todos os elementos de formação e alterações contratuais das nove empresas do grupo.

26. Ficou evidente que os Srs. Mauro Suaiden, Geraldo Prearo e Ney Padilha são os personagens centrais na sustentação financeira, administrativa e gerencial destas empresas. Formalmente aparecem como sócios apenas da empresa Ampla Empreendimentos e Participações Ltda. Nas demais empresas fizeram constar arditosamente ora os cônjuges (Verena Maria Bannwart Suaiden, Rosângela de Lurdes Veronesi Prearo e Tânia Maria Elias Padilha), ora o irmão (Milton Prearo), ora o sogro (Alexandre Elias), ora outros (Jelicoe Pedro Ferreira, Aldomiro Lopes de Oliveira, Lourenço Augusto Brizoto, José Geraldo de Freitas, Cláudio Sobral Oliveira, Marcelo Ribeiro Rocha) que simploriamente cederam seus nomes para figurarem artificialmente como responsáveis pelos empreendimentos ocultando as identidades dos seus verdadeiros proprietários. Da mesma forma Jelicoe Pedro Ferreira é utilizada de forma ostensiva, bem como aparecia á frente das empresas: Frigorífico Margem Ltda, Eldorado Participações Ltda., MF Alimentos BR Ltda., também é o representante legal da "offshore" uruguaia Cyndell Company Sociedad anônima. Pelas alterações, Jelicoe ficou como o único responsável pelo Frigorífico Margem, pois este é o sócio-gerente da empresa Eldorado Participações e o representante legal da Cyndel no Brasil (ff. 82 a 110).

27. Ao se analisar as cisões realizadas no Frigorífico Margem, com transferência de 98,07% do seu patrimônio líquido para a Água Limpa Transportes Ltda., e desta para a empresa Magna Administração, todas estas empresas eram dos mesmos sócios. Essa cisão teve como intuito descapitalizar o Frigorífico Margem para posteriormente operá-la com a interposição de pessoas denominadas de sócio-gerentes. Os ativos transferidos para a

empresa Água Limpa Transportes Ltda., contudo, continuaram a ser utilizados pelo Margem em suas atividades operacionais por meio de contratos de arrendamento (cf. ff. 707 a 753).

28. Nota-se, ainda, que o comando gerencial das empresas do Grupo Margem não está nas mãos daqueles que cederam os nomes para figurarem nos contratos sociais, como Jelicoe Pedro Ferreira, Cláudio Sobral Oliveira e José Geraldo de Freitas, constam nos autos diversas procurações que demonstram que a gestão administrativa está em nome de outras pessoas, todas relacionadas de algum modo (na maioria deles estreitos laços familiares) com os Srs. Geraldo Prearo, Mauro Suaiden e Ney Agilson Padil (ff. 103 a 107)

29. Assim, com razão a DRJ, quando afirma que:

“7.43. A fiscalização demonstrou, de forma inequívoca, que as pessoas jurídicas elencadas mantêm mais do que relações comerciais, elas desenvolvem suas atividades como se uma fosse, estabelecendo relações de demonstram a unicidade de interesses, atuando de maneira inequívoca como um grupo econômico de fato.

7.44. Do relato acima, conclui-se que os conceitos formulados abrangem um vasto rol de situações concretas, ou seja, empresas que realmente se associam sob um comando único, sem contudo, cumprirem estritamente os requisitos legais também compõem grupo econômico” (f. 1071).

30. Compõe grupo econômico de fato as empresas controladas e administradas conjunta e unitariamente, de forma que se confunde em um grupo de pessoas a administração e controle interno, e a própria atuação de mercado. Foi verificada a confusão na participação acionária, o controle comum da atividade empresarial e a identidade de sede das sociedades.

31. Assim, entendo que houve a demonstração dos requisitos necessários do grupo econômico (art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 c/c art. 2º, § 2º da CLT). Deve-se, portanto, neste ponto, se manter a decisão recorrida lavrada contra o contribuinte.

MULTA MORATÓRIA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA.

32. Ressalta-se que, 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.

33. 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.

34. 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.

35. 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 primeira 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.

36. 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 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, caso seja mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

37. Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer a decadência parcial e aplicar a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, caso seja mais benéfica para o contribuinte.

(assinado digitalmente)

Relator Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Bernadete de Oliveira Barros

Permito-me divergir do entendimento do Conselheiro Relator, quanto à aplicação do prazo decadencial, pelas razões a seguir expostas.

O Relator vota por aplicar a regra contida no art. 150, § 4º, do CTN.

De fato, 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.

Todavia, no caso em tela, entendo que aplica-se a regra contida no art. 173, I, do CTN, , uma vez que não houve recolhimento antecipado da contribuição devida, objeto do lançamento.

O referido dispositivo legal, estabelece que:

Art.173 - *O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:*

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - *O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.*

Constata-se que a cientificação da NFLD pelo contribuinte se deu em 30/11/2006 (f. 1), e o débito se refere ao período de 01/05/1999 a 31/03/2004,

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência dos valores lançados até a competência 11/2000, inclusive.

Cumpra esclarecer que, na aplicação da regra contida no art. 173, I, do CTN, para a competência 12/2000, o tributo poderia ter sido recolhido em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Nas demais questões, acompanho o entendimento do Conselheiro Relator.

Nesse sentido, voto por dar provimento parcial ao recurso, para que se exclua, do valor do débito, por decadência, os valores lançados até a competência 11/2000, inclusive.

É como voto.