



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

Processo nº 18186.000087/2007-34
Recurso nº 259.625 Voluntário
Acórdão nº 2301-02.345 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente SIDERURGICA J.L. ALIPERTI S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de Apuração: 12/1999 a 05/2005

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. EXISTÊNCIA DEMONSTRADA. DECADÊNCIA PARCIAL. CARACTERIZAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, aplica-se a regra do artigo 150, §4º, do CTN, haja vista a existência de pagamento parcial do tributo, considerada a totalidade da folha de salários da empresa recorrente.

Sempre que uma ou mais empresas, embora, cada uma delas, tenha personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra estará constituída a figura do Grupo Econômico.

As sociedades controladas e coligadas integram o mesmo grupo econômico para fins de incidência de contribuição previdenciária

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.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento as contribuições

apuradas até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, devido à aplicação da regra decadencial expressa no § 4º, Art. 150 do CTN, nos termos do voto do (a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pela aplicação do I, Art. 173 do CTN para os fatos geradores não homologados tacitamente até a data do pronunciamento do Fisco com o início da fiscalização; b) em manter a aplicação da multa. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou em excluir a multa presente no lançamento; c) 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; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Declaração de voto: Marcelo Oliveira.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Declaração de voto

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

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte SIDERURGICA J.L ALIPERTI S/A, contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal de contribuições devidas a Seguridade Social, no período de 12/1999 a 05/2005.

2. O crédito apurado é de natureza suplementar e refere-se à diferença de contribuições devidas à Seguridade Social correspondente à parte da empresa para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados.

3. O relatório fiscal substituto emitido após o pedido de diligência concluiu que a empresa notificada é integrante de “Grupo Econômico” (ff. 216 a 220).

4. Foi juntada aos autos uma Certidão expedida pela 23ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária de São Paulo, que atesta que a ação ordinária interposta pelo contribuinte, não transitada em julgado, discute apenas o SAT. O presente crédito previdenciário foi apurado com o objetivo de prevenir a decadência (item n. 3, f. 216).

5. O acórdão recorrido restou ementado nos termos que se transcreve:

“EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DISCUSSÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. DECADÊNCIA. JUROS. TAXA SELIC. PERÍCIA. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.

Caso a matéria discutida na impugnação administrativa, tenha o mesmo objeto da ação judicial, forçoso se faz o reconhecimento da renúncia ao contencioso administrativo, conforme dispõe o art. 126, §3º, da Lei nº 8.213/91 e art. 41 da Portaria nº 520/04.

Inexistindo o efetivo pagamento das contribuições previdenciárias, As mesmas serão lançadas acompanhadas dos juros e multa decorrentes.

O julgamento administrativo de matérias discutidas na esfera judicial se limita à parte diferenciada não submetida ao contencioso judicial.

É de 10 (dez) anos o prazo para apuração e constituição do crédito previdenciário, na inteligência do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Os juros e a multa de mora têm caráter irrelevável, a eles aplicando-se a legislação vigente em cada competência. Artigo 34 da Lei nº 8.212/91 c/c parágrafo 6º do artigo 239 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Sobre as contribuições sociais pagas com atraso incidem, a partir de 01.04.97, juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC – e multa de mora que não pode ser relevada. Art. 34 e 35 da Lei 8.212/91.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente entre si, na forma da lei.

Não caracteriza cerceamento de defesa o indeferimento de diligência ou perícia tecno-contábeis, consideradas prescindíveis ou impraticáveis, nos termos do Art. 11º da Portaria MPS/GM nº 520, de 19/05/2004, publicada em 31/05/2004.

Compete exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre matéria à inconstitucionalidade de lei.

LANÇAMENTO PROCEDENTE”

6. Inconformada, a recorrente apresentou recurso voluntário aduzindo em síntese o seguinte:

- a) o cerceamento de defesa, por não ter sido apreciado o pedido de produção de provas, dentre as quais a de natureza pericial, contrariando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, de inteira aplicação nos processos administrativos;
- b) a decadência, no prazo é de cinco anos, contados da data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, extinguindo-se os créditos relativos aos fatos geradores praticados anteriormente a 12/2001;
- c) a inoccorrência de configuração de grupo econômico, uma vez que a recorrente é uma sociedade anônima de capital aberto;
- d) a inaplicabilidade da alíquota SAT 3% ao estabelecimento administrativo de CNPJ n. 61.156.931/0001-78, vez que não tem operações industriais, apenas atividades administrativas, incidindo, assim, na alíquota SAT de 1%. Ao contrário do estabelecimento de CNPJ n. 61.156.931/0002-59, que é estabelecimento industrial;
- e) a inconstitucionalidade da incidência da taxa SELIC, tanto na correção monetária quanto nos juros moratórios;

7. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados a esta Câmara para apreciação do recurso voluntário.

É o relatório.

Processo nº 18186.000087/2007-34
Acórdão n.º **2301-02.345**

S2-C3T1
Fl. 3

CÓPIA

Voto

Conselheiro Relator Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

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

DECADÊNCIA

2. Tendo em vista o período de apuração da exação objeto do presente recurso, se faz necessária a verificação da matéria nos termos do Código Tributário Nacional.

3. Sobre essa questão, cumpre dizer que o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08, *verbis*:

“Súmula Vinculante nº 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”.

4. Os efeitos da Súmula Vinculante estão previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei nº 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.”

5. 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 judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.”

6. 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.

7. 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 imponible, 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 imponíveis 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 efetuasse 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).

8. Compulsando os autos, constata-se que a própria autoridade que efetuou o lançamento afirma tratar de crédito de "natureza suplementar, e refere-se à diferença de contribuições devidas à Seguridade Social" (f. 76). A planilha de cálculos juntada à ff. 79/94 atesta, ainda, que o débito diz respeito à diferença de alíquota de SAT, o que deixa evidente o recolhimento parcial do tributo. Assim, verifica-se o cumprimento da exigência em parte devendo-se aplicar ao caso a regra do artigo 150, §4º do CTN.

9. Considerando que a recorrente foi cientificada do lançamento fiscal em 13/12/2005, verifica-se que o crédito previdenciário referente às competências anteriores a 12/2000 se encontram atingidas pela decadência.

DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE

10. Preliminarmente aduz o contribuinte a nulidade do presente lançamento pelo cerceamento de defesa, por não ter sido apreciado o pedido de produção de prova pericial, contrariando o princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório.

11. Não obstante o bom arrazoado trazido pela recorrente na busca de ver seu pleito acolhido, razão não lhe assiste. Cumpre ressaltar 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.

DO LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA

12. No mérito, a demanda conduzida nos autos diz respeito ao lançamento para prevenir a decadência, uma vez que houve a antecipação de tutela nos autos da Ação Ordinária nº 1999.61.00.057330-6 (item n. 3, f. 216).

13. Nos termos do art. 151, inciso V do CTN, a concessão de tutela antecipada em ação judicial suspende a exigibilidade do crédito tributário. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário, para prevenir a decadência do direito de lançar.

14. O art. 142 do CTN define que a autoridade administrativa é competente para constituir o crédito tributário pelo lançamento, atividade essa vinculada e obrigatória.

Sendo assim, é mandatório o lançamento de ofício para prevenir a decadência de créditos tributários, cuja exigibilidade encontra-se suspensa pelo depósito judicial do montante integral.

15. O entendimento, segundo o qual a Fazenda está impedida de efetivar o lançamento do tributo cuja exigibilidade encontra-se suspensa por ordem judicial, implica admitir a interrupção do prazo decadencial, o que, nesse caso, não se coaduna com a natureza do instituto. A legislação vigente determina que a autoridade tributária efetue o lançamento para prevenir a decadência nos casos em que o contribuinte esteja discutindo na via judiciária a legalidade do tributo (art. 142 do CTN e art. 63 da Lei n.º 9.430/93).

16. O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou pela obrigatoriedade do lançamento para prevenção da decadência, conforme ementa abaixo transcrita:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO DE FRONTAL DISPOSIÇÃO DE LEI. ART. 485, V, DO CPC. DECADÊNCIA. RELAÇÃO TRIBUTÁRIA. INTERRUÇÃO OU SUSPENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. ARTS. 173, PARÁGRAFO ÚNICO, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. PEDIDO PROCEDENTE.

[...] 4. O simples processamento de ação judicial em que se discute a existência ou inexistência de relação jurídico-tributária não tem o condão de impedir o Fisco de constituir o crédito tributário, que é atividade privativa e vinculada, nos termos do art. 142 do CTN. Ainda que presentes quaisquer das causas de suspensão da exigibilidade previstas no art. 151 do CTN, estaria a autoridade fiscal obrigada a constituir o crédito mediante lançamento com o objetivo de prevenir a decadência tributária. Precedente da Seção.

[...]9. Pedido rescisório que se julga procedente.” (AR 2.159/ SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, 1ª TURMA, julgado em 22/08/2007, DJe: 10/09/2007)

Confira-se também o festejado Alberto Xavier:

"A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito.

(...)

Embora de constitucionalidade discutível, do ponto de vista formal (dado a matéria de lançamento ser reservada a lei complementar), a verdade é que, do ponto de vista material, o preceito citado é compatível com o Código Tributário Nacional, pois é corolário do caráter 'obrigatório' do exercício do poder de lançar, tal como estabelecido no artigo 142 daquele Código" (in Do

lançamento - Teoria Geral do Ato, do Procedimento e do Processo Tributário, 2ª edição, p. 428).

17. Assim, é certo que a fiscalização agiu no estrito cumprimento da lei (art. 142 do CTN e art. 63 da Lei n.º 9.430/93), eis que o lançamento é ato vinculado, procedendo corretamente ao lançar o crédito previdenciário. A exigibilidade do crédito ficará suspensa até o final da demanda judicial, quando lhe seja possibilitada a cobrança.

DA CARACTERIZAÇÃO DO GRUPO ECONÔMICO

18 A recorrente insurge-se contra a configuração de grupo econômico feito pela fiscalização tributária. 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 n.º 8.212/91 c/c art. 2º, § 2º da CLT), ou seja, 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).

19. A fiscalização logrou êxito em delinear os requisitos ensejadores do grupo econômico, uma vez que o próprio contribuinte publicou sua posição de controladora das sociedades Agro Industrial Eldorado e Eldorado Comércio de Ferro e Aço Ltda. No relatório substitutivo de ff. 216 a 220, o Fisco consignou o seguinte:

“A Siderúrgica J.L. Aliperti S.A., CNPJ 61.156.931/0001-78, obedecendo as determinações da Comissão de valores Mobiliários, divulgou, nos anos de 1996 a 2006, informações sobre empresas por ela controladas. No relatório de Administração, publicado em jornais de grande circulação, nas Notas explicativas da Administração às Demonstrações Financeiras cita nominalmente as empresas cujo controle detém. Até o exercício de 1998 controlava a Agro Industrial Eldorado – CNPJ 61.288.874/0001-80 e a Eldorado Comércio de Ferro e Aço Ltda – CNPJ 52.139.177/0001-77, detendo mais de 99% das ações de cada uma das empresas. A partir do exercício de 1999 passou a controlar a RMCA Incorporação e Planejamento – CNPJ 52.139.177/0001-77” (f. 217).

20. O art. 243 da Lei n. 6.404/76 estabelece que: “§ 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores”. Em outras palavras, a controladora é aquela que exerce a direção da controlada. Este Conselho assim já decidiu:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/08/2001 A 31/03/2003 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, NFLD. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. EXISTÊNCIA DEMONSTRADA. I - NOS TERMOS DO ART. 30, IX DA LEI Nº 8.212/91, AS EMPRESAS QUE INTEGRAM GRUPO ECONÔMICO DE QUALQUER NATUREZA RESPONDEM SOLIDARIAMENTE PELOS DÉBITOS FISCAIS DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA; II - COMPÕEM GRUPO ECONÔMICO DE FATO AS EMPRESAS CONTROLADAS E ADMINISTRADAS CONJUNTA E UNITARIAMENTE, DE FORMA QUE SE CONFUNDE NUMA MESMA PESSOA A ADMINISTRAÇÃO E CONTROLE INTERNO, E A PRÓPRIA ATUAÇÃO DE MERCADO. RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO. VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS OS PRESENTES AUTOS. ACORDAM OS MEMBROS DA CÂMARA 4ª CÂMARA / 2ª TURMA ORDINÁRIA DA SEGUNDA SEÇÃO DE

JULGAMENTO, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR” (CARF. 2ª Seção de Julgamento. 4ª Câmara. 2ª Turma Ordinária. Acórdão nº 240200992. Processo 17546001022200715. Conselheiro Rogério de Lellis Pinto. Data 06/07/2010)

21. Assim, entendo que houve a demonstração dos requisitos necessários do grupo econômico (art. 243, § 2º da Lei n. 6.404/76 c/c art. 30, IX da Lei nº 8.212/91 c/c art. 2º, § 2º da CLT). Deve-se, portanto, neste ponto, se manter o auto de infração lavrado contra o contribuinte.

MULTA MORATÓRIA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA.

22. No que diz respeito à multa, não se aplica o art. 63, *caput* e § 2º da Lei n. 9.430/96, uma vez que o lançamento fiscal ocorreu após a cassação dos efeitos da antecipação de tutela concedida, ou seja, quando não mais havia a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

23. 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.

24. Assim, identificando de ofício o 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.

26. 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.

25. 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.

26. 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, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

27. Dado o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de que seja decotada a parte decaída, bem como aplicada a multa prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991, combinado com o art. 61, § 2º da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica ao contribuinte, nos termos acima delineados.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Declaração de Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira.

Com todo respeito ao nobre Relator, divirjo de seu entendimento quanto à conclusão sobre a multa.

Concordo com a posição do Relator a respeito da aplicabilidade do Art. 106 do CTN ao caso:

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

...

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

...

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

Portanto, pela determinação do CTN, acima, a administração pública deve verificar, nos lançamentos não definitivamente julgados, se a penalidade determinada na nova legislação é menos severa que a prevista na lei vigente no momento do lançamento.

Só não posso concordar com a análise feita pelo Relator, que leva à comparação de penalidades distintas: multa de ofício e multa de mora.

A Lei 8.212/1991 trazia a seguinte redação quando tratava de multas:

Lei 8.212/1991:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

*I - para pagamento, após o vencimento de obrigação **não incluída em notificação fiscal de lançamento:***

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

*II - para pagamento de créditos **incluídos em notificação fiscal de lançamento:***

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cinqüenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

§ 1º Na hipótese de parcelamento ou reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado

dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999). (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Com a edição da Medida Provisória 449/2008 ocorreram mudanças na legislação que trata sobre multas, com o surgimento de dois artigos:

Lei 8.212/1991:

*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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).***

...

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Ocorre que o nobre Relator comparou, para a aplicação do Art. 106 do CTN, penalidade de multa aplicada em **lançamento de ofício**, com penalidade aplicada quando o sujeito passivo está em mora, sem a existência do lançamento de ofício, e decide, espontaneamente, realizar o pagamento.

Para tanto, na defesa dessa tese, há o argumento que a antiga redação utilizava o termo **multa de mora**.

Lei 8.212/1991:

*Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá **multa de mora**, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).*

*I - para pagamento, após o vencimento de obrigação **não incluída em notificação fiscal de lançamento:***

...

*II - para pagamento de créditos **incluídos em notificação fiscal de lançamento:***

Esclarecemos aqui que a **multa de lançamento de ofício**, como decorre do próprio termo, pressupõe a atividade da autoridade administrativa que, diante da constatação de descumprimento da lei, pelo contribuinte, apura a infração e lhe aplica as cominações legais.

Em direito tributário, cuida-se da obrigação principal e da obrigação acessória, consoante art. 113 do CTN.

A obrigação principal é obrigação de dar. De entregar dinheiro ao Estado por ter ocorrido o fato gerador do pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária.

A obrigação acessória é obrigação de fazer ou obrigação de não fazer. A legislação tributária estabelece para o contribuinte certas obrigações de fazer alguma coisa (escriturar livros, emitir documentos fiscais etc.): são as prestações positivas de que fala o §2º do art. 113 do CTN. Exige também, em certas situações, que o contribuinte se abstenha de produzir determinados atos (causar embaraço à fiscalização, por exemplo): são as prestações negativas, mencionadas neste mesmo dispositivo legal.

O descumprimento de obrigação principal gera para o Fisco o direito de constituir o crédito tributário correspondente, mediante **lançamento de ofício**. É também fato gerador da cominação de penalidade pecuniária, leia-se multa, sanção decorrente de tal descumprimento.

O descumprimento de obrigação acessória gera para o Fisco o direito de aplicar multa, igualmente por meio de **lançamento de ofício**. Na locução do §3º do art. 113 do CTN, este descumprimento de obrigação acessória, isto é, de obrigação de fazer ou não fazer, converte-a em obrigação principal, ou seja, obrigação de dar.

Já a multa de mora não pressupõe a atividade da autoridade administrativa, não têm caráter punitivo e a sua finalidade primordial é desestimular o cumprimento da obrigação fora de prazo. ***Ela é devida quando o contribuinte estiver recolhendo espontaneamente um débito vencido.*** Essa multa nunca incide sobre as multas de **lançamento de ofício** e nem sobre as multas por atraso na entrega de declarações.

Portanto, para a correta aplicação do Art. 106 do CTN, que trata de retroatividade benigna, o Relator deveria ter comparado a penalidade determinada pelo II, Art. 35 da Lei 8.212/1991 (**créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento**), antiga redação, com a penalidade determinada atualmente pelo Art. 35-A da Lei 8.212/1991 (**nos casos de lançamento de ofício**).

Conseqüentemente, divirjo do voto do Relator, pelas razões expostas, a fim de negar provimento ao recurso na questão analisada acima.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira