



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10280.723401/2013-19
RESOLUÇÃO	2402-001.412 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	03 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	DISTRIBUIDORA BIG BENN S.A
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Conversão do Julgamento em Diligência

RESOLUÇÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência, para que a unidade preparadora da Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil instrua os autos com as informações solicitadas, nos termos do voto que segue na resolução.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior – Relator

Assinado Digitalmente

Francisco Ibiapino Luz – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, João Ricardo Fahrion Nüske, Luciana Vilardi Vieira de Souza Mifano, Marcus Gaudenzi de Faria e Rodrigo Duarte Firmino.

RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário (p. 1.971) interposto em face da decisão da 4ª Turma da DRJ/BEL, consubstanciada no Acórdão nº 01-32.453 (p. 1.874), que julgou improcedente as impugnações apresentadas.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

O presente processo se refere ao Auto de Infração nº 51.014.433-0, no valor de R\$ 5.810.170,41, relativo a glosas de compensações indevidas e declaradas em GFIP nas competências 01 a 13/2009, lançadas por meio do levantamento GC – GLOSA COMPENSAÇÃO.

(...)

Registra, ainda, a autoridade fiscal em seu relato as demais informações minudenciadas nos itens que se seguem.

I - Quanto aos procedimentos formais, registra que:

- o procedimento fiscal teve como escopo a verificação da regularidade das compensações declaradas, nas GFIP e os créditos lançados referem-se as contribuições destinadas a previdência social;
- em 20/03/2012, o sujeito passivo, por meio do Termo de Início do Procedimento Fiscal, foi intimado a apresentar: - Atas de assembleias gerais e de reuniões da diretoria ou conselhos; - Balanços patrimoniais; - Cópia de comprovante de residência, CPF e RG dos representantes legais e contador; - Estatuto social; - Livro Diário; - Livro Razão;
- em 29/03/2012, em cumprimento a intimação, apresentou cópia do Balanço patrimonial de 2009; cópia dos comprovantes de residência, CPF e RG dos representantes legais e do contador, declaração de habilitação profissional do contador, estatuto social, livros Diário e razão pelo sistema SPED, conforme Recibo de Entrega de Livro Digital e em meio magnético no formato estabelecido pela IN SRF 86/2001 autenticados pelo sistema SVA, , conforme Recibo de Entrega de Arquivos Digitais e cópia das GFIP, relativas as competências de Julho a Dezembro e o 13º salário;
- em 09/05/2012 por meio do Termo de Intimação nº 0001/2012, foi intimado a apresentar os documentos comprobatórios que embasaram as compensações lançadas em GFIP e o seu detalhamento;
- em 21/05/2012, em atendimento a intimação 0001/2012, a empresa apresentou: a) Os relatórios, não assinados pelo representante legais, cujo conteúdo estava ilegível, detalhando os valores utilizados na compensação, a título de aviso prévio indenizado; 13º salário; horas extras, adicional noturno; adicional de periculosidade, insalubridade e de transferência;

b) Cópia da petição inicial e da decisão exarada pelo juiz da 1ª vara federal, Seção Judiciária do Estado do Pará no processo nº 0025748-23.2011.4.01.3900, Mandado de Segurança; c) Cópia da sentença exarada no processo nº 2009.39.00.002540-0 (Mandado de Segurança), pelo juiz da 5ª vara federal, Seção Judiciária do Estado do Pará;

- em 13/07/2012, por meio do Termo de Intimação nº 0002/2012, foi intimado a apresentar novo demonstrativo com os valores que originaram as compensações na GFIP, legível e assinado pelos representantes legais da empresa, o que foi atendida no prazo e na forma estipulados, entretanto continham verbas e valores diferentes dos apresentados anteriormente, contando tão somente as verbas pagas a título de: Salário Maternidade, Férias, 1/3 de Férias;

- em 17/09/2013, por meio do Termo de Intimação nº 0003/2013, foi intimado a apresentar o demonstrativo dos valores que representam os pagamentos efetuados a título de Auxílio-Doença e Auxílio-Acidente, aos seus empregados nos primeiros 15 (quinze dias) de afastamento e os relativos a 1/3 (um terço) de férias constitucional, declarados no campo compensação da GFIP por estabelecimento e por competência referente ao mês da compensação;

- em atenção a esta intimação apresentou os resumos das folhas de pagamento, em meio papel, do exercício de 2009.

II - Quanto aos elementos examinados relata que:

- serviram de base para a apuração dos créditos: - as informações prestadas no campo compensação das GFIP, aceitas como válidas pelos sistemas informatizados, da Receita Federal do Brasil, entregues antes do início da ação fiscal; - as decisões e sentenças relativas aos processos judiciais nº 2009.39.00.002540-0 e 0025748-23.2011.4.01.3900 da Seção Judiciária do Estado do Pará.

III - Quanto a origem dos créditos lançados discorre que:

- os créditos lançados decorrem de decisão judicial desfavorável ao sujeito passivo ou pendente de definitividade, relativas aos processos nº 2009.39.00.002540-0 e 0025748-23.2011.4.01.3900;

- relativamente ao processo judicial nº 2009.39.00.002540-0, como não foi apresentada a petição inicial, do relatório da sentença depreende-se que o objeto da ação é a concessão de liminar em mandado de segurança para a não exigibilidade, pelo fisco, das contribuições previdenciárias incidentes sobre um terço constitucional de férias, o salário maternidade, férias, auxílio-doença e auxílio-acidente nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado, para não recolher as contribuições sobre tais parcelas e para compensar os valores já recolhidos, nos últimos 10 (dez) anos, com correção monetária, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de cada recolhimento indevido e taxa SELIC a partir de 1996, sem as limitações do art. 170-A do CTN e outras restrições legais e infralegais, bem como abstenção, por parte da Fazenda Nacional de praticar

qualquer medida constritiva, multas, inscrição no CADIN, relativas a estas contribuições;

- conforme relatório da sentença, fls. 03, a liminar solicitada foi indeferida tendo sido impetrado pelo sujeito passivo, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o agravo de instrumento nº 2009.01.00.029217-9, cuja decisão judicial deu provimento em parte para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente a contribuição social incidente sobre os valores pagos nos primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do trabalho anteriores à obtenção do auxílio-doença e do auxílio-acidente e sobre o adicional de férias de 1/3 (um terço);

- ao decidir o mérito, a sentença foi no sentido de conceder parcialmente a liminar em mandado de segurança para:

a) Reconhecer o direito a não recolher a contribuição previdenciária incidente sobre o adicional de 1/3 (um terço de férias) e sobre o auxílio-doença e auxílio-acidente nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado;

b) Reconhecer o direito a compensação em relação às contribuições acima referidas, indevidamente recolhidas a partir de 27/03/1999 nos seguintes termos:

b.1. a correção monetária deverá incidir sobre os valores desde os recolhimentos indevidos, em decorrência da Súmula nº 162 do STJ, com a utilização da taxa SELIC excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4o, da Lei nº 9.250/95);

b.2. deve-se aplicar as limitações do art. 170-A do CTN e das Leis nº 9.032/95 e nº 9.129/95 e as disposições da Instrução Normativa RFB nº 900/2008;

b.3. a compensação somente pode ser realizada com outras contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social;

b.4. o fisco deve se abster de impedir o exercício do direito a compensação tributária de tais créditos e não promover autuações fiscais nem obstruir a expedição de certidão negativa de débito, e tampouco multas e inscrições no CADIN;

- em decorrência da sentença prolatada, o agravo de instrumento interposto foi declarado prejudicado pela perda do objeto, conforme decisão publicada em 16/01/2012 no diário oficial do Distrito Federal, em anexo, conforme consulta ao histórico do processo, em anexo, encontrando-se arquivado, com baixa definitiva, desde 02/07/2012;

- em análise ao processo judicial nº 0025748-23.2011.4.01.3900, verifica-se que a peça inicial tem como objeto, dentre outros, a concessão de medida liminar em mandado de segurança para:

a) suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias referente a cota patronal sobre as seguintes verbas: Adicional sobre Horas-extras, Adicionais

Noturno, de Insalubridade, de Periculosidade e de Transferência, bem como, Aviso Prévio Indenizado e a correspondente parcela de 13º;

b) efetuar a compensação dos valores recolhidos a tais títulos, observando o prazo decenal antes da vigência da Lei Complementar 118/2005 e, quinquenal para pagamentos efetuados posteriormente a esta Lei;

c) efetuar a compensação, em relação exclusivamente as verbas referentes ao Aviso Prévio Indenizado e a correspondente parcela de 13º, somente a partir de janeiro/2009;

d) aplicar sobre as compensações a taxa selic, além dos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir de cada recolhimento indevido, conforme o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, ou subsidiariamente, com a aplicação dos mesmos índices de correção monetária e juros aplicados quando da cobrança dos créditos pelo fisco;

e) efetivar a compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administradas pelas extintas Secretarias da Receita Federal e da Receita Previdenciária;

f) realizar compensação sem as (imitações impostas pelos art. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005 ou do § 3º do artigo 89 da Lei nº 8.212/91, afastando-se a aplicação das restrições de qualquer norma legal ou infra-legal;

g) que a autoridade fazendária não obste o exercício do que foi solicitado bem como não promova, por qualquer meio, administrativo ou judicial, a cobrança ou a exigência dos valores correspondentes a contribuição em apreço, afastando qualquer restrição, autuação, impedimento de expedição de Certidões Negativas, imposição de multas, penalidades, ou ainda, inscrição em órgãos de controle.

- do processo em questão resultou a decisão prolatada em 16/09/2011, na qual a autoridade judicial deferiu parcialmente o pedido de liminar determinando que “a autoridade coatora suspenda a incidência de contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, bem como sobre a gratificação natalina proporcional ao aviso prévio indenizado”;

- da decisão a empresa interpôs recurso em agravo de instrumento o qual encontra-se, desde a data de 15/02/2012, aguardando a prolação da sentença, conforme consulta ao sítio do TRF da 1ª Região;

- das contribuições recolhidas sobre as alegadas verbas remuneratórias, lançadas no campo *compensação* da GFIP, apenas em relação às relativas ao auxílio-doença, ao auxílio-acidente pago aos seus empregados nos primeiros 15 de afastamento e os relativos a 1/3 (um terço) de férias constitucional, a decisão judicial exarada no processo nº 2009.39.00.002540-0, já transitou em julgado, sendo reconhecido o direito à compensação;

- as demais, como o aviso prévio indenizado e a gratificação natalina proporcional ao aviso prévio indenizado, a decisão foi no sentido de o fisco abster-se de lançar e encontra-se ainda pendente de julgamento;

- visando identificar as parcelas remuneratórias, as quais a justiça reconheceu o direito da empresa se compensar das contribuições pagas, solicitamos através da intimação 0003/2013, o detalhamento destas verbas e ao atender a intimação, apresentou os resumos das folhas de pagamento do exercício de 2009, os quais não nos permitiram identificar os referidos valores, uma vez que as compensações se referem, segundo os processos judiciais analisados, a períodos anteriores a este ano;

- pela total impossibilidade de se identificar qual a origem, o período e os acréscimos legais dos débitos incluídas no campo compensação da GFIP, bem como, por não haver provas do trânsito em julgado dos processos já citados, houve a Glosa dos referidos valores os quais estão sendo objeto deste lançamento.

IV - No que concerne à responsabilidade tributária, aponta que:

- a empresa, inicialmente, constituída sob a forma de Sociedade Limitada tinha em seu quadro societário a seguinte formação:

NOME	CPF	% participação no capital	Função	Data de Ingresso
Ana Maria Canelas Aguilera	088.383.992-04	50%	Sócio Gerente	23/04/1999
Laide Noemi Mendes Aguilera	562.782.682-72	50%	Sócio	23/04/1999

- em 09/02/2012, conforme alteração contratual registrada na Junta Comercial do Estado do Pará sob o nº 15300019184, em anexo, procedeu a transformação de Sociedade Limitada para Sociedade Anônima de Capital Fechado, mudando a sua denominação para Distribuidora Big Benn S.A, continuando o quadro social assim constituído:

NOME	CPF	% participação no capital	Função	Data de Ingresso
Ana Maria Canelas Aguilera	088.383.992-04	50%	Acionista	09/02/2012
Laide Noemi Mendes Aguilera	562.782.682-72	50%	Acionista	09/02/2012

- em 13/03/2012, a empresa Drogaria Guararapes Brasil S.A, inscrita no CNPJ sob o nº 11.174.756/0001-73, adquiriu do sujeito passivo, sob ação fiscal, 62,13% de suas ações com direito a voto e incorporou as demais, no percentual de 37,87%, passando a deter a totalidade destas, conforme Ata de Reunião do Conselho de Administração, realizado nesta data

- em 29/03/2012, conforme Ata da Assembléia Geral Extraordinária, publicada no diário oficial empresarial de São Paulo, a Brazil Pharma S.A, inscrita no CNPJ nº 11.395.624/0001-71, através de seus acionistas, aprovou o Protocolo de Incorporação e Instrumento de Justificação de Ações, para incorporar todas as

ações da Drogaria Guararapes Brasil S.A, que ainda não detinha a propriedade, tornando-a sua subsidiária integral nos termos do art. 252 da Lei 6.404/76;

- a fiscalizada, de acordo com o que consta no cadastro da Receita Federal do Brasil, diretamente ou através de seus sócios, possui participação em outras empresas conforme demonstrado a seguir:

DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA				
NOME	CPF/CNPJ	% DE PARTICIPAÇÃO	FUNÇÃO	DATA DE INGRESSO
Ana Maria Canelas Aguilera	088.383.992-04	1%	Sócio Administrador	17/05/1999
Laide Noemi Mendes Aguilera	562.782.682-72	1%	Sócio Gerente	17/05/1999
Distribuidora Big Benn S.A	83.754.234/0001-51	98%	Sócio	17/05/1999

DBN DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA				
NOME	CPF/CNPJ	% DE PARTICIPAÇÃO	FUNÇÃO	DATA DE INGRESSO
Ana Maria Canelas Aguilera	088.383.992-04	40%	Sócio	23/04/1999
Laide Noemi Mendes Aguilera	562.782.682-72	40%	Sócio	23/04/1999
Ricardo Takeo Kitamura	048.120.078-95	20%	Sócio Administrador	26/08/2010

BIG SERVIÇOS LTDA				
NOME	CPF/CNPJ	% DE PARTICIPAÇÃO	FUNÇÃO	DATA DE INGRESSO
DISTRIBUIDORA BIG BENN S.A.	83.754.234/0001-51	100%	Sócio	02/03/2012
Ana Maria Canelas Aguilera	088.383.992-04	33,3%	Sócio	22/07/2007 02/03/2012

NEX Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda				
NOME	CPF/CNPJ	% DE PARTICIPAÇÃO	FUNÇÃO	DATA DE INGRESSO
Distribuidora Big Benn S.A	83.754.234/0001-51	98%	Sócio	28/02/2012 ???
ALCINO DIAS TEIXEIRA NETO	611.987.902-10	30%	Cadastro receita	13/05/2008 17/12/2009
RODRIGO AUGUSTO CANELAS AGUILERA	666.064.892-53	40%	Cadastro receita	13/05/2008 28/02/2012
Laide Noemi Mendes Aguilera	562.782.682-72	1%	Sócio Gerente	17/05/1999
Distribuidora Big Benn S.A	83.754.234/0001-51	98%	Sócio	17/05/1999 ???

- após a reestruturação societária, ficou assim composto o grupo, no que diz respeito o relacionamento do sujeito passivo objeto deste procedimento fiscal:

BRASIL PHARMA S/A			
DROGARIA GUARARAPES			
DISTRIBUIDORA BIG BENN S/A			
Distribuidora Big Benn Hospitalar Ltda	DBN Distribuidora Farmacêutica Ltda	Big Serviços Ltda	NEX Distribuidora de Produtos Farmacêuticos

V - No que concerne à configuração de grupo econômico, explana que:

- dispõe o art. 2o, § 2o da CLT, que, sempre que uma ou mais empresas, tendo embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a mesma 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;
- o art. 30 inciso IX da Lei 8.212/91, prevê que as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da Lei;
- a configuração do Grupo Econômico prescinde do fato das empresas envolvidas estarem formalmente constituídas nos termos da Lei 6.404/76, como "grupo de sociedades" ou grupo econômico de direito, basta a existência de poder, de controle único sobre diversas empresas para caracterizar-se o grupo, independente do tipo de empresa ou da natureza do poder, neste sentido também os tribunais tem se manifestado e a jurisprudência tem aceitado amplamente os grupos econômicos de fato;
- é irrelevante se o grupo está constituído de fato ou de direito, já que a sua constituição formal é mera faculdade permitida pela norma, pois a sua consolidação dá-se pela forma de estruturação definida pelos seus dirigentes e também, pela gestão e poder decisório centralizado;
- o sujeito passivo sob ação fiscal, é detentor da quase totalidade do capital social das empresas Distribuidora Big Benn Hospitalar Ltda, DBN Distribuidora Farmacêutica Ltda, Big Serviços Ltda e NEX Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda, ou por si só, ou através de seus sócios, denotando de forma inequívoca, o estreito vínculo de interesses recíprocos que persiste entre elas, evidenciando todas as características de um grupo de empresas, que são gestão e poder decisório centralizados, o que as torna, por força desta relação, solidárias entre si, para todos os fins tributários;
- a mesma relação, ocorre entre as empresas Brazil Pharma S.A, que controla a Drogeria Guararapes Brasil S.A e que por sua vez é detentora da totalidade das ações da Distribuidora Big Benn e, embora não reúnam todos os pressupostos previstos na seção I do capítulo XXI da Lei 6.404/76, para a formação de um "grupo de sociedades", se revestem, na essência, de todas as características destes, uma vez que combinam recursos e esforços para a realização dos respectivos objetos, participam de atividades e empreendimentos comuns e, a sociedade controladora, ou de comando do grupo, exerce diretamente e de modo permanente o controle das demais, como titular de direitos de acionista (art. 265 caput e § 1º);
- ainda que a existência de grupo econômico entre as empresas supracitadas pudesse comportar dúvidas ou suscitar discussões, em nada alteraria a presente situação, em virtude do que dispõe o art. 124 Código Tributário Nacional – CTN, que determina que são solidariamente obrigadas:

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

II - as pessoas expressamente designadas por lei.

- estando demonstrada a constituição, ainda que informal, de grupo econômico, está presente a responsabilidade solidária tributária, razão pela qual estão sendo arroladas e notificadas, junto com a fiscalizada, na condição de responsáveis solidários pelos créditos previdenciários lançados, as empresas:

Brazil Pharma S.A - CNPJ: 11.395.624/0001 -71

Drogaria Guararapes Brasil S.A - CNPJ: 11.174.756/0001 -73

Distribuidora Big Benn Hospitalar Ltda - CNPJ: 03.267.117/0001 -24

DBN Distribuidora Farmacêutica Ltda - CNPJ: 12.463.788/0001-51

Big Serviços Ltda - CNPJ: 02.000.955/000174

NEX Distribuidora de Produtos Farmacêuticos-CNPJ: 09.646.827/0001-41

II - DA CIENTIFICAÇÃO DA DEVEDORA PRINCIPAL E DAS DEVEDORAS SOLIDÁRIAS

A empresa DISTRIBUIDORA BIG BENN S/A foi notificada do Auto de Infração em 27/12/2013 (sexta-feira), conforme Aviso de Recebimento-AR dos Correios às fls. 1591.

Também mediante entrega postal foram cientificadas do lançamento as empresas solidárias, conforme quadro abaixo:

SUJEITOS PASSIVOS SOLIDÁRIOS	DATA DA CIÊNCIA
BIG SERVIÇOS LTDA (CNPJ 02.000.955/0001-74)	27/12/2013 (fls. 1593) TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 1
DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA (CNPJ 03.267.117/0001-24)	27/12/2013 (fls. 1597) TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 2
NEX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA (CNPJ 09.646.827/0001-41)	27/12/2013 (fls. 1599) TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 3
DROGARIA GUARARAPES BRASIL S/A (CNPJ 11.174.756/0001-73)	27/12/2013 (fls. 1593) TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 4
BRASIL PHARMA S/A (CNPJ 11.395.624/0001-71)	27/12/2013 (fls. 1595) TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 5
DBN DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA (CNPJ 12.463.788/0001-51)	11/03/2014 (fls. 1805) TERMO DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA Nº 6

III - DAS IMPUGNAÇÕES APRESENTADAS

III.1) DA IMPUGNAÇÃO CONJUNTA

Inconformadas com o lançamento, em 27/01/2014 a devedora principal, DISTRIBUIDORA BIG BENN S/A, e as solidárias BIG SERVIÇOS LTDA (CNPJ 02.000.955/0001-74); DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA (CNPJ 03.267.117/0001-24); NEX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA (CNPJ 09.646.827/0001-41); e DROGARIA GUARARAPES BRASIL S/A (CNPJ 11.174.756/0001-73), protocolaram impugnação em conjunto contra o AI lançado, por intermédio do instrumento de fls. 1603 a 1635 , acompanhado dos anexos de fls. 1636 a 1711 , discutindo o que se segue.

DA TEMPESTIVIDADE

Afirma que a defesa é tempestiva, pois teve ciência dos Autos de Infração em 27/12/2013, findando o prazo em 28/01/2013.

DO EFEITO SUSPENSIVO.

Ressalta que deve a presente Impugnação ser recebida em seu efeito suspensivo, conforme disposição do artigo 151, III do CTN, não podendo, enquanto pendente apreciação por parte da Autoridade Administrativa, constituir óbice à expedição de certidão e regularidade fiscal.

DOS FATOS

Discorre que a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 2009.39.00.002540-0, reconheceu a não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e sobre 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado; e que a decisão proferida no Mandado de Segurança nº 0025748-23.2011.4.01.3900, reconheceu a não incidência da contribuição previdenciária sobre em relação aos valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado e de um terço de férias.

Afirma que em ambas, foi concedido o direito à compensação do valor indevidamente pago em relação a estas rubricas após o trânsito em julgado da ação, conforme disposição do artigo 170-A, do Código Tributário Nacional. Discorre que a autoridade fiscal, contudo, entendeu por bem glosar a compensação realizada, lançando os valores não recolhidos ordinariamente acrescidos dos encargos legais.

DA DISTINÇÃO ENTRE A COMPENSAÇÃO DO ARTIGO 66 DA LEI Nº 8.383/91 C/C ARTIGO 165 DO CTN E A DOS ARTIGOS 170 E 170-A DO CTN

Defende que possui o direito de efetuar a compensação dos valores indevidamente pagos, de imediato, independentemente de autorização ou processo administrativo.

Explana que ficou assentado que os tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação - como é o caso da contribuição previdenciária patronal - podem e devem ser compensados pelo contribuinte independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do art. 66, da Lei n. 8.383/91, afastadas as regras infralegais editadas em sentido contrário.

Entende que o art. 170 do Código Tributário e seu apêndice, o artigo 170-A, cuidam de outra modalidade de compensação, realizada diretamente pelos agentes fiscais a pedido do contribuinte, e que extingue o crédito tributário (já constituído, portanto), nos termos do art. 156, II, do CTN. Cita doutrina nesse aspecto.

Conclui que não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170-A do CTN, pois o que está sendo postulado na presente demanda é a compensação no

regime do lançamento por homologação (auto-lançamento), previsto no art. 66 da Lei n. 8.383/91.

Argumenta que o artigo 165 do Código Tributário Nacional prevê a possibilidade de restituição dos valores pagos indevidamente, independentemente de ação judicial e do seu trânsito em julgado ou qualquer outra providência.

Entende que se houve pagamento a maior da contribuição, é direito do contribuinte, independente de qualquer providência, ser restituído.

Destaca que a questão meritória da inclusão indevida de valores na composição da base de cálculo da Contribuição, não restou sequer ventilada no Auto de Infração ora guerreado, se limitando em glosar toda e qualquer compensação, cujos créditos não sejam conferidos por decisão judicial transitada em julgado, em flagrante atentado ao artigo 66 da Lei nº 8.383/91 e artigo 165 do CTN.

DA ORIGEM DOS CRÉDITOS. DOS VALORES PAGOS A MAIOR

Reputa que os créditos tomados são absolutamente legais, tendo em vista a manifesta existência de pagamentos a título da Contribuição Previdenciária a maior por longo período, porquanto o fisco sempre exigiu parcelas indevidas das contribuições incidentes sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), a título de salário-maternidade, férias, além do 1/3 (um terço) constitucional de férias e ainda aviso prévio indenizado e sobre a gratificação natalina proporcional ao aviso prévio indenizado.

Discorre que não se discute a eventual natureza destes valores - se remuneratória, salarial ou indenizatória -, nem mesmo o conteúdo destes conceitos para fins previdenciários ou trabalhistas, como também não se discute o fato destes pagamentos serem incorporáveis ou não ao salário, se são considerados para fins de aposentadoria, ou, ainda, se integram ou não o salário de contribuição dos segurados, mas apenas analisa-se, sob a égide do princípio da legalidade tributária, se tais valores subsumam-se à hipótese de incidência eleita pelo legislador para fins de exigência da contribuição previdenciária devida pelas empresas, qual seja, a prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91.

Cita jurisprudência e menciona que o Superior Tribunal de Justiça, em recente decisão, reconheceu a ausência de contraprestação pelo serviço prestado nestas hipóteses, aceitando discutir a questão em sede de Recurso Especial.

DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL

Explana que, exercendo a competência que lhe foi atribuída no artigo 195, inciso I, alínea "a", da CF, a União, através da Lei nº 8.212/91, o legislador ordinário elegeu como hipótese de incidência ou hipótese tributária da contribuição previdenciária patronal, o pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho, seja pelos serviços prestados, seja pelo tempo em que o empregado ou trabalhador avulso permanece à disposição do empregador ou tomador de serviços.

Destaca que a delimitação da incidência da contribuição em tela foi observada pela própria Receita Federal do Brasil em sua Instrução Normativa RFB nº 971, de 13.11.2009 em seus artigos 51, 52, 57 e 72.

Afirma que a delimitação da incidência da contribuição patronal sobre os valores pagos destinados a retribuir o trabalho efetivo ou potencial também foi consagrada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Ressalta que a ampliação da hipótese tributária para além dos valores pagos em decorrência de contraprestação de serviços, de modo a se abranger todos os quaisquer valores pagos pela empresa aos trabalhadores -inclusive verbas rescisórias já sob a égide do artigo 195, inciso I, da CF - foi prontamente obstada à unanimidade pelo Pleno da SUPREMA CORTE nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1.659-6 e destaca que a malfada alteração do § 2º do artigo 22 da Lei nº 8.212/91 restou expressamente rejeitada quando da conversão da MP 1596-14 na Lei nº 9.528/1.997.

Reclama que a autoridade Administrativa exigiu o recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador *in abstracto*, em inegável ofensa ao princípio da legalidade estrita, bem como ao histórico legislativo e jurisprudencial.

Mediante extensa explanação, citando doutrinas e jurisprudências, discorda da cobrança de contribuições previdenciárias sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3, evocando o princípio da legalidade tributária (CF, art. 150, inciso I) afirmando que tais rubricas não se inserem na hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91, devendo, portanto, ser afastada a cobrança sobre tais verbas, uma vez demonstrado que são manifestamente indevidas, gerando direito à sua restituição, conforme já consignado.

No caso do salário-maternidade e das férias e do terço constitucional, reportando-se aos art. 52 e 57 da IN RFB 971/09, acrescenta que não pode dispositivo de Instrução Normativa extrapolar a hipótese tributária, sob pena de nova e flagrante ofensa ao princípio da legalidade.

DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO JUDICIAL CORRELATA

Aponta a existência dos Mandados de Segurança nº 2009.39.00.002540-0 e nº 0025748-23.2011.4.01.3900, quanto debatido no presente Auto de Infração.

Menciona que em sentença nos autos do processo nº 2009.39.00.002540-0, foi declarado o seu direito de compensar os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado sobre os 15 dias primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como do terço constitucional de férias. Os

autos encontram-se no Tribunal Regional Federal da Primeira Região, para julgamento do Recurso de Apelação.

Afirma que nos autos do processo nº 0025748-23.2011.4.01.3900, em sentença foi declarado o direito da parte impetrante de compensar os créditos decorrentes do pagamento indevido da contribuição previdenciária apenas sobre aviso prévio indenizado, 13º salário proporcional sobre aviso prévio indenizado.

Ressalta que a existência do pleito judicial em comento não prejudica o direito da Impugnante em reaver valores comprovadamente pagos a maior, conforme todo o exposto, precipuamente no concernente às disposições do artigo 165, I do CTN.

Defende que o mandado ajuizado constitui óbice ao lançamento fiscal ora guerreado porque visa à suspensão da contribuição previdenciária patronal prevista no art. 22, inciso I da Lei nº 8.212/91, sobre as remunerações pagas aos seus empregados nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento de funcionários doentes, bem como a título de salário maternidade, férias gozadas e um terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional sobre aviso prévio indenizado.

Afirma que o Auditor Fiscal, olvidou-se de tal condição e lançou tais valores relativos à parte suspensa da Contribuição Previdenciária, ao incluir no cálculo do suposto débito também as importâncias pagas a título de terço constitucional de férias.

Reclama a insubsistência da Auto de Infração, porque ao menos parte dos débitos nele englobados encontra-se com exigibilidade suspensa e tendo em vista a ausência de liquidez, certeza e exequibilidade quanto aos valores lançados.

Subsidiariamente, requer que seja o julgamento do presente processo convertido em diligência, para que se apure e exclua no cômputo total do suposto débito, a parcela inegavelmente suspensa da Contribuição Previdenciária.

DA VINCULAÇÃO DOS ÓRGÃOS DE JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

Reafirma que a presente cobrança mostra-se novamente insubsistente, uma vez que existe ação judicial questionando a exigibilidade dos valores cobrados, inclusive com ordem judicial declarando a inexigibilidade de tais valores, conforme demonstrado anteriormente.

Ressalta o julgamento realizado na data de 23/10/2013 pela 1ª Seção do E. Superior Tribunal de Justiça do Recurso Representativo da Controvérsia - REsp 1.230.957/RS, onde pacificou-se a não incidência da contribuição previdenciária patronal - prevista no artigo 22, inciso I, da Lei n. 8.212/91 -, sobre os valores pagos pelas empresas aos funcionários a título de i) 15 (quinze) dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, ii) 1/3 (um terço) de férias e iii) aviso prévio indenizado, na sistemática do art. 543-C do CPC.

Argumenta que no caso concreto aplica-se os exatos termos do Despacho do Ministro da Fazenda, datado de 02.07.2013, publicado no DOU de 05.07.2013, que aprovou o Parecer PGFN/CDA/CRJ/IMº 396/2013, o julgamento de matéria tributária pelo STJ na sistemática do Recurso Repetitivo (CPC, art. 543-C).

Conclui que, inclusive por determinação da própria administração fazendária, não pode prosperar tal autuação, uma vez que tal matéria é pacífica perante o STJ, inclusive com julgamento na sistemática do art. 543-C do CPC

DA ILEGITIMIDADE PASSIVA. DA RESPONSABILIDADE DA EMPRESA PERTENCENTE AO GRUPO ECONÔMICO

Defende que não há que se falar em responsabilidade solidária das empresas BIG SERVIÇOS LTDA; DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA; NEX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACÊUTICOS LTDA; DROGARIA GUARARAPES BRASIL LTDA e DBN DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA, concomitantemente à DISTRIBUIDORA BIG BENN LTDA, como sustenta o Fisco em suas razões.

Discorre que os grupos societários são formados com o objetivo de atender as necessidades do desenvolvimento dos processos de produção, pesquisa e prestação de serviços, racionalizando a exploração empresarial, baixando custos para aumento de lucros.

Entende que, neste diapasão, obviamente há um interesse de toda e qualquer pessoa jurídica integrante de grupo econômico com as atividades desempenhadas por qualquer delas, mas que somente esta premissa não pode ser capaz de caracterizar a responsabilidade das demais empresas de um determinado grupo econômico pela obrigação tributária de outra, uma vez que tratam, obviamente, de pessoas jurídicas distintas.

Pondera que a Carta Maior, ao delimitar o fato tributável pela descrição de uma materialidade, já define uma pessoa por ele responsável, que deve suportar o seu encargo, qualificada como contribuinte no Art. 121, parágrafo único, I, do CTN.

Entende que deve haver uma expressa previsão legal para que outra pessoa seja incluída no pólo passivo de uma dada exigência fiscal, devendo ser observados os limites estabelecidos pelo art. 128 do mesmo codex e conclui que o Fisco, no ato de autuação, deve comprovar que as demais empresas do Grupo Econômico tenham colaborado para a consecução do fato gerador do tributo, não bastando, como argumento ensejador da inclusão destas no pólo passivo da exação, a mera alegação de que estas fazem parte de um mesmo conglomerado societário.

Explana que a distinção da personalidade jurídica das empresas pertencentes a um mesmo grupo econômico advém da liberdade de contratação, ordem insculpida pelo Art. 170 da Carta Constitucional e que os indivíduos são livres para contratar sociedades que se conformem às demais normas regentes da atividade econômica, escolhendo, ainda as formas de relacionamento entre as sociedades por eles constituídas para fins lícitos.

Argui que fora as hipóteses de simulação, as relações jurídicas travadas por uma sociedade não interferem na esfera jurídica das outras do mesmo grupo, ainda que submetidas a um mesmo centro de controle.

Cita doutrinas e jurisprudência acerca da solidariedade passiva de empresas de mesmo grupo econômico.

Entende que resta claro que não deve ser mantida como responsável solidária pela exação as demais empresas do grupo, que devem ser excluídas do pólo passivo do presente Auto, sob pena de violação a princípios constitucionalmente previstos, bem como da assentada jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

DA NECESSIDADE DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

Requerem as Impugnantes a conversão do julgamento em diligência, com esteio no artigo 16, IV do Decreto nº 70.235/72, para que se verifique:

a) Se no presente Auto de Infração está sendo cobrada a parcela suspensa da Contribuição Previdenciária, ou seja, relativa aos valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado e de 1/3 (um terço) de férias e sobre o aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado, conforme decisões proferidas nos Mandados de Segurança n.º 2009.39.00.002540-0 e 0025748- 23.2011.4.01.3900;

b) Se os créditos tomados e cuja compensação restou glosada referem-se aos valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, salário maternidade e férias e adicional de 1/3 (um terço) de férias, aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado, valores cuja inclusão na base de cálculo da Contribuição Previdenciária é totalmente controversa à luz do atual posicionamento da jurisprudência.

Ressalta a necessidade de se excluir a parcela suspensa da Contribuição do Auto de Infração e de se comprovar que os créditos foram tomados à luz do entendimento jurisprudencial acerca da matéria.

Aduz que é medida de Justiça a conversão do presente julgamento em diligência para elucidação destes pontos que guardam íntima ligação com o crédito tributário exigido, e que o indeferimento deste pleito, restando devidamente justificado nos termos da lei, constituir-se-á flagrante atentado ao princípio da ampla defesa.

DO PEDIDO

Reputa que resta demonstrado:

a) a regularidade da compensação realizada nos termos do artigo 66 da Lei nº 8.383/91 c/c artigo 165 do CTN, efetivada com débitos próprios, vincendos, da mesma Contribuição e desprovida de falsidade, dolo, fraude ou má fé;

b) a NÃO-INCIDÊNCIA da contribuição social previdenciária patronal pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados (de modo efetivo ou potencial), quais sejam, os referentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como, a título de salário-maternidade, férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço), aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado.

c) a existência de CRÉDITO da Impugnante, decorrente dos pagamentos realizados a maior da Contribuição a tais títulos;

d) as nulidades que viciam o Auto de Infração;

e) a necessidade de aplicação do Parecer PGFN/CDA/CRJ/Nº 396/2013.

f) a ilegitimidade passiva das empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico para responder solidariamente aos termos da presente cobrança;

g) a necessidade na conversão do julgamento em diligência para as verificações apontadas.

Requer que seja acolhida a presente impugnação, preliminarmente, anulando-se o auto de infração por preterição ao direito de defesa, ou por violação da motivação dos atos administrativos, do contraditório, da ampla defesa, ilegitimidade de parte, ou, subsidiariamente, no mérito, determinando-se a anulação AI 51.014.433-0 do presente Auto de Infração, por sua insubsistência, ensejando, assim, a convalidação da compensação efetuada, inexistindo tributo ou qualquer cominação que dele advenha a ser recolhido, ainda que em parte, pela contribuinte, como a indevida multa isolada, bem como não seja instaurado o procedimento de arrolamento de bens.

Requer a intimação da Impugnante na pessoa de seu representante legal infra-assinado para oportuna SUSTENTAÇÃO ORAL, quando do julgamento da referida Impugnação; bem como reitera a necessidade de conversão do julgamento em diligência para as verificações necessárias para o real deslinde do feito e regularização da fiscalização realizada.

Requer a concessão do prazo de 10 (dez) dias para juntada de Procuração e atos constitutivos das empresas Impugnantes.

Requer, sob pena de nulidade, que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam sempre lançadas em nome do patrono NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES, inscrito na OAB/SP sob nº 128.341, com escritório matriz na Avenida das Nações Unidas, 12.901, Torre Oeste, 17º andar, Centro Empresarial Nações Unidas, Brooklin, São Paulo/SP - CEP 04578 910, fone (11) 3330 2299.

III.2) DA IMPUGNAÇÃO APRESENTADA PELA SOLIDÁRIA BRASIL PHARMA S/A

Inconformada com o lançamento, em 27/01/2014 a devedora solidária BRASIL PHARMA S/A protocolou impugnação ao AI lançado, por intermédio do

instrumento de fls. 1712 a 1743, acompanhado dos anexos de fls. 1744 a 1802, discutindo o que se segue.

Da Tempestividade

Afirma que foi intimada do Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 5 emitido no Auto de Infração em epigrafe, em 27 de dezembro de 2013, conforme comprovante anexo, sendo tempestiva a impugnação protocolada nesta data, nos termos do art. 15 do Decreto nº 70.235/72.

Da Autuação

Destaca que é pessoa jurídica de direito privado constituída na forma de sociedade anônima que se dedica à participação em outras sociedades não-financeiras, na qualidade de sócia, acionista ou quotista, e, secundariamente, ao comércio varejista de produtos farmacêuticos, sem manipulação de fórmula, nos termos de seu estatuto social.

Discorre que, por ser parte ilegítima para responder pelos débitos ora em exigência, não pretende se aprofundar no tocante ao mérito da cobrança, sobretudo porque fogem do seu conhecimento os fatos que ensejaram o lançamento tributário, mas que concentrará sua defesa em demonstrar que não tem nenhuma responsabilidade solidária com relação ao débito lançado no Auto de Infração em epigrafe, devendo ser excluída do pólo passivo da obrigação tributária.

Da Caracterização do Grupo Econômico

Reclama que a Fiscalização buscou responsabilizar de forma solidária qualquer sociedade que, direta ou indiretamente, apresentasse algum vínculo societário com a Distribuidora Big Benn (empresa originalmente atuada).

Narra que, em 13 de março de 2012, quase três anos após a ocorrência dos fatos geradores, a Drogaria Guararapes, adquiriu 62,13 % (sessenta e dois virgula treze por cento) das ações da Distribuidora Big Benn, incorporando os 37,87 % (trinta e sete virgula oitenta e sete por cento) das ações restantes, mantendo integra a personalidade jurídica da sociedade originalmente atuada.

Menciona que, embora a Impugnante não apresente qualquer participação direta na Distribuidora Big Benn, a D. Fiscalização entendeu que o fato da Impugnante deter, desde 2012, a totalidade das ações da Drogaria Guararapes seria o suficiente para sua inclusão no pólo passivo do lançamento.

Explana que foi considerada responsável tributária por ser suposta controladora da Drogaria Guararapes e destaca que sequer a Drogaria Guararapes, na época dos fatos geradores, poderia fazer parte do grupo econômico da Impugnante, uma vez que a Impugnante foi constituída somente em 07 de dezembro de 2009, conforme Ficha Cadastral Simplificada emitida pela Junta Comercial do Estado de São Paulo.

Defende que é parte ilegítima para responder pelos débitos ora em exigência, seja porque não tinha nenhum vínculo com a empresa originalmente autuada na época dos fatos geradores, seja porque, de qualquer forma, a imputação da responsabilidade a empresa do mesmo grupo econômico só é possível se comprovada a participação da empresa supostamente responsável na prática de atos que tenham ensejado o fato gerador.

Da Nulidade Do Auto De Infração Em Relação à Impugnante

Argumenta que a fiscalização imputou à Impugnante a responsabilidade tributária sem apontar nenhum dos elementos necessários à configuração da hipótese legal, deixando de demonstrar o vínculo devidamente da Impugnante ao fato gerador da obrigação tributária que pretende exigir.

Afirma que os documentos apresentados pelo Fisco se restringem a apontar que no ano de 2012, ou seja, três anos após a ocorrência dos fatos geradores, a empresa Drogaria Guararapes, sociedade da qual a Impugnante detém a totalidade das ações, adquiriu participação societária na Distribuidora Big Benn, sociedade originalmente autuada, buscando caracterizar a existência de grupo econômico, ainda que informal, constituído entre as referidas sociedades, fato este supostamente apto por si só a imputar a responsabilidade solidária à Impugnante com relação a débito previdenciário cujos fatos geradores ocorreram em 2009.

Reputa que, para caracterizar a responsabilidade tributária, a Fiscalização deveria, necessariamente, ter evidenciado a efetiva participação da Impugnante na ocorrência do fato gerador do tributo, conforme preceituam os fundamentos legais invocados para sustentar sua pretensão (art. 124 do CTN c/c o art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91), o que não ocorreu no caso sob análise.

Aponta a inexistência de vínculo societário entre a Impugnante e a Distribuidora Big Benn na época da ocorrência dos fatos geradores em questão, afastando a possibilidade de caracterização de grupo econômico entre tais sociedades.

Assinala que a Fiscalização não logrou demonstrar a acusação fiscal de convergência de objetos com atividades e empreendimentos comuns, ou a eventual existência de confusão administrativa, contábil e financeira entre as sociedades, o que nem poderia ser diferente, já que, reitera-se, na época dos fatos geradores a Impugnante sequer possuía vínculo societário, direto ou indireto, com a empresa originalmente autuada.

Ressalta que o trabalho investigativo do Fisco e o seu dever de instrução probatória devem ocorrer antes do lançamento e que na relação tributária sequer é adequado se falar em ônus da prova, já que se está diante de verdadeiro dever do Fisco.

Destaca o direito do contribuinte de só ver invadida sua esfera jurídica particular com a limitação ao seu direito de propriedade, quando inequivocamente comprovada a existência da obrigação tributária e a efetiva participação do sujeito passivo no fato gerador da obrigação tributária.

Menciona que o artigo 142 do CTN impõe à Administração Tributária (atividade vinculada e obrigatória), a obrigação de averiguar a subsunção da ocorrência do fato gerador à norma hipotética prevista na norma geral e abstrata, individualizando-a e tipificando-a, ou seja, "determinando a matéria tributável,

calculando o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível".

Discorre que, para que se possa imputar a responsabilidade pelo pagamento do crédito tributário a terceiros, há a necessidade, pelos próprios princípios que regem a Administração (principalmente os da motivação e legalidade), da comprovação efetiva da participação do sujeito passivo e do interesse comum nos fatos geradores que ensejaram a autuação.

Afirma que a acusação fiscal não pode se fundar em mera presunção e que a simples composição societária de um conglomerado econômico não autoriza, por si só, a imputação indiscriminada da responsabilidade solidária a qualquer empresa do grupo, tal como pretendeu fazer crer a Fiscalização.

Cita doutrinas e jurisprudência do Egrégio Conselho Administrativo de Recurso Fiscais no sentido de exigir do Fisco a comprovação dos fatos imputados aos contribuintes para fundamentar a responsabilidade tributária.

Conclui que, deixando a Fiscalização de oferecer prova contundente da configuração da hipótese normativa, ou seja, no caso concreto, da participação do sujeito passivo e o interesse comum na prática dos fatos que ensejaram o lançamento, não merece prosperar a imputação da responsabilidade à Impugnante, em razão da patente precariedade do lançamento.

Da Ilegitimidade Passiva. Da Impossibilidade De Atribuição De Responsabilidade Solidária À BRASIL PHARMA S.A.

Contesta que, ainda que se pudesse admitir, para argumentar, que o simples fato de pertencer ao mesmo grupo econômico autorizaria a imputação da responsabilidade solidária à Impugnante, o que não prospera, a aplicação do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91 pretendida pela Fiscalização minimamente deve estar condicionada à caracterização, no plano fático, da existência de "grupo econômico" na ocasião dos fatos geradores.

Ressalta que os artigos 265 e 266 da Lei nº 6.404/76 ("Lei das Sociedades Anônimas"), ao conceituar "grupo econômico" utilizam o conceito de controle para defini-lo, pois este pressupõe um todo organizado sob o controle de um centro decisório que seja capaz de tomar decisões relativas à realização de atos ou negócios jurídicos e pelo cumprimento das obrigações tributárias dele decorrentes.

Afirma que não existia na época dos fatos geradores a configuração de grupo econômico entre a Impugnante e a Distribuidora Big Benn, o que afasta a possibilidade de atribuição de responsabilidade solidária à Impugnante para pagamento do débito previdenciário exigido da Distribuidora Big Benn.

Frisa que, conforme textualmente relatado pela própria Fiscalização (item 5.2 do Relatório Fiscal) até março de 2012, a empresa Distribuidora Big Benn Ltda. era controlada pelas sócias Ana Maria Canelas Aguilera e Laide Noemi Mendes

Aguilera, as quais juntas detinham 100% (cem por cento) das quotas/ações da sociedade originalmente autuada, sendo portanto, fato incontroverso que a Impugnante não apresentava qualquer vínculo com empresa originalmente autuada no período objeto de autuação: fevereiro e julho a dezembro de 2009.

Entende que, para atendimento às condicionantes do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, não basta existir, na data do lançamento, vínculo societário entre a Impugnante e a empresa originalmente autuada, tributária, como exige o art. 128 do CTN. mas é imperiosa a constatação da existência de grupo econômico ao tempo do fato gerador da obrigação.

Questiona que se os fatos geradores que originaram o débito exigido ocorreram no ano de 2009, a Impugnante não poderia exercer qualquer tipo de ingerência sobre a sociedade Distribuidora Big Benn, tendo em vista que a empresa originalmente autuada esteve sob o controle das quotistas Ana Maria Canelas Aguilera e Laíde Noemi Mendes Aguilera até março de 2012.

Afirma que o fato de integrar hoje um mesmo conglomerado econômico, não permite imputar à Impugnante vínculo com um fato gerador ocorrido quase três anos antes da formação do grupo econômico, ou seja, quando sequer havia qualquer tipo de participação societária, direta ou indireta, entre a Impugnante e a Distribuidora Big Benn (empresa originalmente autuada).

Reputa que a jurisprudência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais é pacífica em afastar a responsabilidade de terceiro quando comprovado que não havia, na ocasião dos fatos geradores, nenhum vínculo societário entre a empresa originalmente autuada e a empresa supostamente responsável.

Afirma que na jurisprudência é certo que a participação direta ou indireta no quadro societário da empresa originalmente autuada é exigência constante em todos os dispositivos que versam sobre a responsabilidade de um terceiro pelo crédito tributário, conforme se verifica da interpretação conferida ao art. 135 do CTN pelo STJ e discorre que, no caso concreto, estando inequívoco que, na época dos fatos geradores, em 2009, não havia nenhum vínculo societário entre a Impugnante e a empresa originalmente autuada, concluindo que não há que se cogitar na imputação da responsabilidade tributária com fundamento no art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, já que, conforme reconhecido inclusive pela Fiscalização, não existia grupo econômico formado pela Impugnante e a Distribuidora Big Benn.

Da Inexistência de Participação da Impugnante nos Fatos Geradores Objeto de Autuação (art. 124 do CTN c/c art. 30 lei 8.212/91)

Critica que a atual participação societária da Impugnante na Drogaria Guararapes, e desta, por sua vez, na Distribuidora Big Benn, constitui o único argumento utilizado pelo Fisco para fundamentar a atribuição de responsabilidade solidária à Impugnante caracterização do "grupo econômico", ensejando a aplicação da

hipótese de responsabilidade solidária prevista nos art. 124 do CTN c/c art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91.

Assinala que, ao contrário do entendimento fiscal, a partir da leitura do artigo 124 do CTN percebe-se que a simples existência de um grupo econômico não é suficiente para a caracterização da solidariedade passiva tributária, sendo necessário, também se comprovar que a empresa integrante do grupo econômico da devedora tem relação com o fato gerador do tributo devido.

Entende que, ainda que a Impugnante, a Drogaria Guararapes e a Distribuidora Big Benn possam pertencer atualmente ao mesmo conglomerado econômico, a responsabilidade do grupo econômico é inaplicável ao caso concreto, já que o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91 não pode ser aplicado de forma isolada sem a conjugação com o art. 124, I, do CTN.

Pondera que a responsabilidade solidária entre empresas do mesmo grupo econômico somente existe se ficar comprovado que ambas agiram conjuntamente para a prática de atos que culminaram no não pagamento dos tributos ora em exigência, nos termos do art. 124, I, do CTN.

Pontua que a responsabilização de terceiro (ainda que pertencente ao mesmo grupo econômico do suposto devedor) pelo pagamento do tributo, exige que este terceiro também participe da conduta que gera a obrigação tributária.

Explana que o cerne da análise a ser empreendida pelo intérprete repousa sobre a verdadeira extensão e alcance semântico da expressão "interesse comum", cuja vagueza e imprecisão desde logo indicam a aridez do trabalho de interpretação a ser desenvolvido pelo aplicador do Direito.

Reporta-se à definição de "interesse comum" do art. 124, inciso I, do CTN, que autoriza a imposição de responsabilidade tributária, afirmando que é restrita, aplicável apenas quando existente íntima conexão entre as pessoas envolvidas e o fato gerador do tributo, dado o princípio básico da autonomia das pessoas jurídicas (art. 50 do Código Civil).

Conclui que no caso presente, para se aplicar o artigo 124, I do CTN ao caso presente, deveria estar fartamente demonstrado o interesse jurídico da Impugnante em relação às operações originárias dos fatos geradores da contribuição previdenciária exigida.

Argumenta que tendo em vista que não fazia parte do mesmo grupo econômico da empresa originalmente autuada, o que só veio a ocorrer três anos após a ocorrência dos fatos geradores, não há que falar em "interesse comum na situação".

Reclama que o fisco alega, mas não comprova a suposta existência de (i) comando do grupo; de (ii) combinação de recursos e esforços para a realização dos respectivos objeto; e (iii) atividades e empreendimentos comuns, no momento de ocorrência dos fatos geradores, tendo em vista que apenas em 2012 a

Impugnante passou a ter algum vínculo societário indireto com a empresa originalmente autuada.

Afirma que está demonstrada está a ilegitimidade passiva da Impugnante, devendo ser afastada a sua responsabilidade.

Da Inconstitucionalidade do Art. 30, Inciso IX, da Lei nº 8.212/91

Assinala que a Constituição Federal, seu artigo 146, inciso III, determina que a definição das normas gerais em matéria de legislação tributária compete exclusivamente à lei complementar, sendo inadmissível que qualquer outro diploma legal, que não a lei complementar, venha a dispor sobre obrigação tributária, contribuintes e responsabilidade, de forma diversa da prevista no CTN.

Cita que o Código Tributário Nacional, que possui eficácia de lei complementar, é o diploma legal que atualmente regula definição de tributos, contribuintes e responsabilidade tributária no Ordenamento Jurídico Brasileiro, e há de se entender que o faz de forma exclusiva, em prejuízo às leis ordinárias, tal como a Lei nº 8.212/91, que venham a dispor de forma diversa.

Argumenta que, assim como a aplicação da Lei nº 8.212/91 já foi afastada pelos Tribunais Superiores no tocante à definição dos prazos de decadência e prescrição por ser contrária às disposições do Código Tributário Nacional, pela mesma razão são inaplicáveis, de forma isolada, as regras de responsabilidade fixadas pelo art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, já que contrárias à disposição do Código Tributário Nacional.

Explana que a única hipótese em que se poderia cogitar a validade do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91 seria interpretando-o de forma sistemática ao art. 124, inciso I, do CTN, situação em que a responsabilidade do grupo econômico somente se sustenta quando comprovado o interesse comum das empresas (do mesmo grupo econômico) no fato gerador que ensejou o imposto.

Defende que qualquer interpretação isolada do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91 para aplicar a responsabilidade solidária pelo simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico é manifestamente inconstitucional por ampliar a hipótese de responsabilidade solidária, à margem do disposto no art. 124, inciso I, do CTN.

Entende que o art. 124, inciso II, do CTN, que reconhece a responsabilidade solidária com relação às "pessoas expressamente designadas por lei", não legitima a aplicação isolada da responsabilidade prevista no art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91.

Conclui que a aplicação isolada do art. 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91 ao caso concreto para imputar à Impugnante a responsabilidade solidária por débitos de empresa com a qual não mantinha nenhum vínculo econômico ou societário, é manifestamente ilegal e inconstitucional, por ofensa ao artigo 146, inciso III, da CF, que reserva exclusivamente à lei complementar a legislação sobre normas gerais em matéria tributária.

Da Inaplicabilidade da Multa ao Grupo Econômico

Contesta que é ilegítima a atribuição de responsabilidade solidária à Impugnante pelo pagamento de tributo e de multa devidos pela devedora originária, tendo em

vista que inexistente nexo de causalidade entre o fato gerador de tais obrigações tributárias e a conduta da Impugnante (mas tão somente entre os fatos geradores e os atos da devedora originária).

Discorre que, ainda que afastado tal entendimento, a responsabilização pelo adimplemento de obrigações tributárias deve estar adstrita, no mínimo, ao pagamento do tributo, jamais devendo recair sobre a penalidade aplicada (multa), sob pena de violação ao princípio da pessoalidade da pena insculpido no art. 5º, inciso XLV, da Constituição Federal.

Pleiteia que no mínimo seja afastada a multa imposta a Impugnante.

Da Ilegalidade Da Incidência De Juros SELIC Sobre a Multa

Reputa que a multa exigida no Auto de Infração não pode ser corrigida mediante aplicação de juros SELIC, sob pena de violação às determinações do artigo 61 da Lei 9.430/96, e que somente são admitidos os acréscimos moratórios referentes aos débitos decorrentes de tributos e contribuições, mas não sobre as penalidades pecuniárias.

Cita jurisprudência do Conselho de Contribuintes no sentido de que não incidem os juros com base na taxa Selic sobre a multa de ofício.

Requer que, na hipótese de ser mantida a responsabilidade solidária da Impugnante e a multa, seja afastada a incidência de juros sobre a parcela da multa de ofício.

Do Pedido

A Impugnante requer:

- que seja anulado o Auto de Infração impugnado, conforme as razões desenvolvidas no tópico IV acima;
- que seja julgada totalmente procedente a presente Impugnação, com base nos fundamentos exposto no tópico V, afastando o lançamento em relação à Brasil Pharma S.A;
- que na hipótese de manutenção da responsabilidade solidária da Impugnante, seja afastada a multa aplicada, de acordo com o exposto no tópico V.4 e os juros sobre a multa.
- que todas as intimações e publicações relativas a este processo sejam efetuadas, exclusivamente, em nome das advogadas Raquel Cristina Ribeiro Novais e Daniella Zagari Gonçalves, inscritas na OAB/SP sob os nºs 76.649 e 116.343, respectivamente, com escritório localizado na Av. Brigadeiro Faria Lima, 3144, 8º andar, São Paulo, SP.

IV. DA DILIGENCIA

Verificada a ausência de documentos necessários à instrução processual, a autoridade julgadora de primeira instância converteu o julgamento em diligência por meio Despacho nº 51/2015 (fls. 1854 a 1855), para:

a) intimar as empresas solidárias BIG SERVIÇOS LTDA (CNPJ 02.000.955/0001-74) e DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA (CNPJ 03.267.117/0001-24) a apresentar procuração outorgada à Mario Célio Costa Alves Filho, OAB/PA nº 16.719, subscritor da impugnação conjunta apresentada às fls. 1603 a 1635, sob pena da referida impugnação ser havida como inexistente para essas solidárias, conforme art. 37, parágrafo único, do Código de Processo Civil;

b) comprovação de que resultou improfícua a cientificação da solidária DBN DISTRIBUIDORA FARMACÊUTICA LTDA (CNPJ 12.463.788/0001-51), por meio das formas dispostas nos incisos I a III do art. 23 do Decreto 70.235/72, conforme dispõe o § 1º do mesmo artigo, vez que a cientificação por meio do Edital Eletrônico 000638182, publicado em 24/02/2014 (fls. 1804), não é forma de cientificação preferencial.

Em resposta à diligência, o setor competente informa por meio do despacho às fls.1871 que:

- anexou o Aviso de Recebimento, rastreamento nº SF257456209BR da DBN Distribuidora Farmacêutica Ltda, inscrita no CNPJ sob o nº 12.463.788/0001-51, devolvido pelo correio onde consta como motivo Desconhecido, pelo que a mesma foi intimada por edital em cumprimento ao art. 23, § 1º, do Decreto 70.235/1972;

- foram intimadas as empresas BIG Serviços Ltda (CNPJ 02.000.955/0001-74) e Distribuidora BIG BENN Hospitalar LTDA (CNPJ 03.267.117/0001- 24), para apresentarem o instrumento legal em que conste o sr. Mario Célio Costa Alves Filho, com poderes para representá-las perante a RFB, sendo a intimação cumprida apenas pela segunda, a Distribuidora BIG BENN Hospitalar Ltda;

- anexa as intimações e ciência das mesmas que se deu por via postal e a procuração do sr. Mario Célio Costa Alves Filho para representar a Distribuidora BIG BENN Hospitalar Ltda (fls. 1861/1864).

A DRJ, como visto, julgou improcedente as impugnações apresentadas, nos termos do susodito Acórdão nº 01-32.453 (p. 1.874), conforme ementa abaixo reproduzida:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/02/2009 a 31/12/2009

COMPENSAÇÃO. GLOSA. PRESCRIÇÃO.

Não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária e no Código Tributário Nacional - CTN, e não comprovada a certeza e liquidez dos créditos, deverá a fiscalização efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados, com o consequente lançamento de ofício das importâncias que deixaram de ser recolhidas.

CONSTITUCIONALIDADE. LEGALIDADE.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação, ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, cujo reconhecimento encontra-se na esfera de competência do Poder Judiciário.

AÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE IMPEDITIVO AO LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA

A decisão proferida, que impede apenas a emissão de ato tendente à cobrança das exações beneficiadas pela imunidade, não impede o lançamento do crédito objeto de discussão judicial para efeitos de prevenir a sua decadência, desde que fique a cobrança respectiva sobrestada até decisão definitiva na ação judicial.

SUSTENTAÇÃO ORAL

A legislação que rege o processo administrativo fiscal não prevê a oportunidade de sustentação oral no julgamento de 1ª instância.

INTIMAÇÃO

As intimações devem ser feitas por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte Devedora Principal - DISTRIBUIDORA BIG BENN S.A - apresentou o recurso voluntário de p. 1.971 e seguintes em conjunto com as responsáveis solidárias BIG SERVIÇOS LTDA, DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA, NEX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA e DROGARIA GUARARAPES BRASIL S/A, reiterando, em síntese, os termos da impugnação apresentada (p. 1.603).

Sem contrarrazões.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de lançamento fiscal, consubstanciado no DEBCAD nº 51.014.433-0 (p. 2), relativo a glosas de compensações declaradas em GFIP nas competências de 01 a 13/2009, consideradas como indevidas pela autoridade administrativa fiscal.

Nos termos do Relatório Fiscal (p. 118), tem-se que:

4. DA ORIGEM DOS CRÉDITOS LANÇADOS

4.1 Decorrem os créditos lançados de decisão judicial desfavorável ao sujeito passivo ou pendente de definitividade, relativas aos processos nº 2009.39.00.002540-0 e 0025748-23.2011.4.01.3900;

4.2 Em análise aos processos judiciais, acima citados, apresentados pela empresa, quando intimada a esclarecer a origem das compensações declaradas em GFIP, nas competências objeto deste procedimento fiscal, em que figura como parte impetrante contra a Fazenda Nacional, verificamos o que segue:

4.2.1 Relativamente ao processo judicial nº 2009.39.00.002540-0, como não foi apresentada a petição inicial, do relatório da sentença depreende-se que o objeto da ação é a concessão de liminar em mandado de segurança para a não exigibilidade, pelo fisco, das contribuições previdenciárias incidentes sobre um terço constitucional de férias, o salário maternidade, férias, auxílio-doença e auxílio-acidente nos primeiro quinze dias de afastamento do empregado, para não recolher as contribuições sobre tais parcelas e para compensar os valores já recolhidos, nos últimos 10 (dez) anos, com correção monetária, juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir de cada recolhimento indevido e taxa SELIC a partir de 1996, sem as limitações do art. 170-A do CTN e outras restrições legais e infralegais, bem como abstenção, por parte da Fazenda Nacional de praticar qualquer medida constritiva, multas, inscrição no CADIN, relativas a estas contribuições;

4.2.2 Extraí-se ainda do relatório da sentença, fls. 03, que a liminar solicitada foi indeferida e que da mesma foi impetrado, pelo sujeito passivo, no Tribunal Regional Federal da 1ª Região, o agravo de instrumento nº 2009.01.00.029217-9, cuja decisão judicial deu provimento em parte para determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente a contribuição social incidente sobre os valores pagos nos primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do trabalho anteriores à obtenção do auxílio-doença e do auxílio-acidente e sobre o adicional de férias de 1/3 (um terço);

4.2.3 Ao decidir o mérito, a sentença foi no sentido de conceder parcialmente a liminar em mandado de segurança para:

a) Reconhecer o direito a não recolher a contribuição previdenciária incidente sobre o adicional de 1/3 (um terço de férias) e sobre o auxílio-doença e auxílio-acidente nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado;

b) Reconhecer o direito a compensação em relação às contribuições acima referidas, indevidamente recolhidas a partir de 27/03/1999 nos seguintes termos:

1. A correção monetária deverá incidir sobre os valores desde os recolhimentos indevidos, em decorrência da Súmula nº 162 do STJ, com a utilização da taxa SELIC excluindo-se qualquer índice de correção monetária ou juros de mora (art. 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95);

2. Aplicar as limitações do art. 170-A do CTN e das Leis nº 9.032/95 e nº 9.129/95 e as disposições da instrução Normativa RFB nº 900/2008;

3. A compensação somente pode ser realizada com outras contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social;

4. Determinar que o fisco deve se abster de impedir o exercício do direito a compensação tributária de tais créditos e, em relação a estes, não promova autuações fiscais nem obstrua a expedição de certidão negativa de débito, e tampouco multas e inscrições no CADIN;

4.2.4 Em decorrência da sentença prolatada, o agravo de instrumento interposto foi declarado prejudicado pela perda do objeto, conforme decisão publicada em 16/01/2012 no diário oficial do Distrito Federal, em anexo, abaixo transcrita e, conforme consulta ao histórico do processo, também em anexo, o mesmo encontrando-se arquivado, com baixa definitiva, desde 02/07/2012;

(...)

4.3 Em análise ao processo judicial nº 0025748-23.2011.4.01.3900, verifica-se que a peça inicial tem como objeto, dentre outros, a concessão de medida liminar em mandado de segurança para:

a) suspender a exigibilidade das contribuições previdenciárias referente a cota patronal sobre as seguintes verbas: Adicional sobre Horas-extras, Adicionais Noturno, de Insalubridade, de Periculosidade e de Transferência, bem como, Aviso Prévio Indenizado e a correspondente parcela de 13º;

b) efetuar a compensação dos valores recolhidos a tais títulos, observando o prazo decenal antes da vigência da Lei Complementar 118/2005 e, quinquenal para pagamentos efetuados posteriormente a esta Lei;

c) efetuar a compensação, em relação exclusivamente as verbas referentes ao Aviso Prévio Indenizado e a correspondente parcela de 13º, somente a partir de janeiro/2009;

d) aplicar sobre as compensações a taxa selic, além dos juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir de cada recolhimento indevido, conforme o artigo 39, § 4º, da Lei nº 9.250/95, ou subsidiariamente, com a aplicação dos mesmos índices de correção monetária e juros aplicados quando da cobrança dos créditos pelo fisco;

e) efetivar a compensação com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administradas pelas extintas Secretarias da Receita Federal e da Receita Previdenciária;

f) realizar compensação sem as (imitações impostas pelos art. 3º e 4º da Lei Complementar 118/2005 ou do § 3º do artigo 89 da Lei nº 8.212/91, afastando-se da aplicação das restrições de qualquer norma legal ou infra-legal;

g) que a autoridade fazendária não obste o exercício do que foi solicitado bem como não promova, por qualquer meio, administrativo ou judicial, a cobrança ou a exigência dos valores correspondentes a contribuição em apreço, afastando qualquer restrição, autuação, impedimento de expedição de Certidões Negativas, imposição de multas, penalidades, ou ainda, inscrição em órgãos de controle.

4.2.1 Do processo em questão resultou a decisão prolatada em 16/09/2011, em anexo, na qual a autoridade judicial deferiu parcialmente o pedido de liminar cujo teor é o que segue, “ipsis literis”:

Determinar que a autoridade coatora suspenda a incidência de contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, bem como sobre a gratificação natalina proporcional ao aviso prévio indenizado

4.2.2 Da decisão a empresa interpôs recurso em agravo de instrumento o qual encontra-se, desde a data de 15/02/2012, aguardando a prolação da sentença, conforme consulta ao sítio do TRF da 1ª Região, em anexo.

4.3. Por todo exposto, conclui-se que das contribuições recolhidas incidentes sobre as verbas remuneratórias, lançadas no campo *compensação* da GFIP, conforme foi informado pela empresa, apenas as relativas ao auxílio-doença, ao auxílio-acidente pago aos seus empregados nos primeiros 15 de afastamento e os relativos a 1/3 (um terço) de férias constitucional, a decisão judicial exarada no processo nº 2009.39.00.002540-0, em tese, com base nas informações do site, uma vez que não foi fornecido pela empresa nenhum documento comprovando o fato, já transitou em julgado, sendo reconhecido o direito à compensação; as demais, como o aviso prévio indenizado e a gratificação natalina proporcional ao aviso prévio indenizado, a decisão foi no sentido de o fisco abster-se de lançar e encontra-se ainda pendente de julgamento;

4.4 Visando identificar as parcelas remuneratórias, as quais a justiça reconheceu o direito da empresa se compensar das contribuições pagas, solicitamos através da intimação 0003/2013, o detalhamento destas verbas e ao atender a intimação, apresentou os resumos das folhas de pagamento do exercício de 2009, os quais não nos permitiram identificar os referidos valores, uma vez que as compensações se referem, segundo os processos judiciais analisados, a períodos anteriores a este ano.

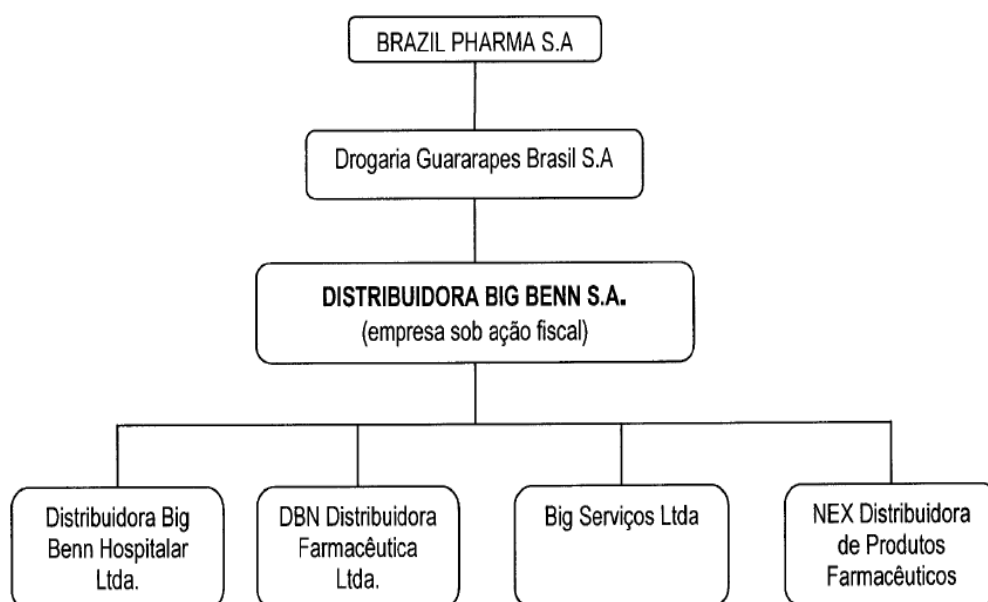
4.5 Desta feita, pela total impossibilidade de se identificar qual a origem, o período e os acréscimos legais dos débitos incluídas no campo *compensação* da GFIP, bem como, por não haver provas do trânsito em julgado dos processos já citados, houve a Glosa dos referidos valores os quais estão sendo objeto deste lançamento.

Outrossim, houve, no lançamento fiscal em análise, atribuição de responsabilidade solidária tributária em relação às pessoas jurídicas abaixo indicadas, nos termos o Item 5 do susodito Relatório Fiscal:

Relação dos sujeitos passivos solidários ao presente Auto de Infração:

CNPJ/CEI/CPF	Nome / Nome Empresarial
02.000.955/0001-74	BIG SERVICOS LTDA
03.267.117/0001-24	DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR LTDA
09.646.827/0001-41	NEX DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS FARMACEUTICOS LTDA
11.174.756/0001-73	DROGARIA GUARARAPES BRASIL S/A
11.395.624/0001-71	BRASIL PHARMA S.A.
12.463.788/0001-51	DBN DISTRIBUIDORA FARMACEUTICA LTDA

O grupo econômico restou assim configurado pela Autoridade Administrativa Fiscal:



Pois bem!

Para o que interessa no momento, tem-se que, além do sujeito passivo principal autuado (Distribuidora Big Benn S.A), todos os demais responsáveis solidários foram igualmente cientificados da lavratura do auto de infração que deu origem ao presente processo administrativo fiscal, tendo as empresas “Drogaria Guararapes”, “Distribuidora Big Benn Hospitalar”, “Big Serviços” e “NEX Distribuidora” apresentaram impugnação em conjunto com a sociedade fiscalizada, a empresa Distribuidora Big Benn S.A (p. 1.603).

A responsável Brasil Pharma S.A apresentou impugnação própria (p. 1.712), enquanto a empresa “DBN Distribuidora”, intimada por meio do Edital Eletrônico 000638182, publicado em 24/02/2014 (p. 1.805), não apresentou impugnação.

O órgão julgador de primeira instância, por meio do Acórdão nº 01-32.453 (p. 1.874) certificou que a empresa “DBN Distribuidora” não impugnou o lançamento fiscal, bem como considerou inexistente a impugnação de p. 1.603 em relação a empresa “BIG SERVIÇOS”.

Assim foi que, na parte dispositiva do acima mencionado Acórdão nº 01-32.453, a DRJ determinou a cientificação da interessada (sujeito passivo principal, empresa Distribuidora Big Benn S.A), *bem como das empresas solidárias participantes da lide: **Brazil Pharma S.A** - CNPJ: 11.395.624/0001 –71; **Drogaria Guararapes Brasil S.A** - CNPJ: 11.174.756/0001 –73; **Distribuidora Big Benn Hospitalar Ltda** - CNPJ: 03.267.117/0001–24; **NEX Distribuidora de Produtos Farmacêuticos**-CNPJ: 09.646.827/0001- 41.*

Ocorre que, não consta nos autos a intimação das responsáveis solidárias supra destacadas acerca dos termos do acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento.

De fato, após o acórdão de primeira instância, constam nos autos do presente processo os seguintes documentos / atos processuais:

- Intimação nº 848/2015, tendo como interessada a empresa Distribuidora Big Benn S.A (p. 1.913);
- Despacho de Encaminhamento (p. 1.915);
- Petição apresentada pela responsável solidária Brasil Pharma S.A, anexando aos autos o estatuto social da Companhia e instrumentos de mandato (p. 1.917);
- Cópia do AR referente à intimação do sujeito passivo principal, empresa Distribuidora Big Benn S.A (p. 1.970);
- Recurso Voluntário único, apresentado pelo sujeito passivo principal (Distribuidora Big Benn LTDA) em conjunto com as seguintes responsáveis solidárias: “BIG SERVIÇOS”, “DISTRIBUIDORA BIG BENN HOSPITALAR”, “NEX DISTRIBUIDORA” e “DROGARIA GUARARAPES” (p. 1.971);
- Despacho atestando a tempestividade do recurso voluntário interposto por Distribuidora Big Benn Ltda (p. 2.104);
- Despacho de Encaminhamento (p. 2.105);
- Despacho de Saneamento (p.p. 2.106 e 2.107);
- Despachos de Encaminhamento (p.p. 2.108 e 2.109).

Como se vê, não houve – pelo menos não consta nos autos qualquer informação neste sentido – a devida ciência das responsáveis solidárias acerca dos termos da decisão de primeira e, por conseguinte, a intimação para pagar o crédito tributário em litígio ou interpor recurso para esse Egrégio Conselho, no prazo de 30 (trinta) dias.

Registre-se pela sua importância que tal medida (intimação das responsáveis solidárias) foi expressamente registrada no dispositivo do Acórdão da DRJ.

Neste esboço, para que não se alegue eventual cerceamento do direito de defesa e/ou nulidade processual, entendo ser imprescindível, no caso vertente, a conversão do presente julgamento em diligência, para que a Unidade de Origem cientifique as responsáveis solidárias abaixo indicadas acerca do Acórdão nº 01-32.453 (p. 1.874), facultando-lhes a possibilidade de interpor recurso voluntário para esse Egrégio Conselho no prazo de 30 (trinta) dias, contados a partir da ciência, nos termos da legislação em vigor.

Responsáveis Solidárias a serem Intimadas:

- Brazil Pharma S.A;
- Drogaria Guararapes Brasil S.A;
- Distribuidora Big Benn Hospitalar Ltda;
- NEX Distribuidora de Produtos Farmacêuticos Ltda;
- Big Serviços Ltda; e
- DBN Distribuidora Farmacêutica Ltda.

Após, retornar os autos para este Conselho para prosseguimento do julgamento do recurso voluntário.

Assinado Digitalmente

Gregório Rechmann Junior