



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

**Processo n°** 10380.731015/2013-72  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2301-004.954 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 14 de março de 2017  
**Matéria** CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA  
**Recorrente** EIT EMPRESA INDUSTRIAL TÉCNICA S/A  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010

PROVAS COLHIDAS EM BUSCA E APREENSÃO COM ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE.

Não há nulidade no procedimento de colheita de provas efetuado pela fiscalização em conjunto com a Polícia Federal, fundado em decisão judicial válida.

REMUNERAÇÃO INDIRETA DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Os pagamentos das despesas pessoais de contribuintes individuais e empregados que prestam serviços à empresa constituem remunerações indiretas sobre as quais incidem as contribuições previdenciárias.

COMPENSAÇÃO PREVIDENCIÁRIA INDEVIDA. PRETENSO CRÉDITO BASEADO EM AÇÃO JUDICIAL.

Deve ser mantida a glosa de valores compensados indevidamente, pretensamente com base em decisão judicial, mas calculados de forma incorreta e excedentes ao crédito que realmente caberia à empresa.

RETENÇÃO PREVIDENCIÁRIA DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA. COMPENSAÇÃO. VALOR NÃO DECLARADO OU JÁ UTILIZADO.

Deve ser mantida a glosa da compensação da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura/recibo se resta constatado em ação fiscal que os valores ou já haviam sido compensados ou não foram declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

COBRANÇA DE MULTA DE MORA JUNTAMENTE COM MULTA DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE.

A cobrança de multa de ofício agravada de 150% afasta automaticamente a pretensão de cobrança da multa moratória, sob pena de “bis in idem”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, por conhecer do Recurso Voluntário, para dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do relator.

*(assinado digitalmente)*

Andréa Brose Adolfo – Presidente em Exercício.

*(assinado digitalmente)*

Fábio Piovesan Bozza – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andréa Brose Adolfo (presidente em exercício), Júlio César Vieira Gomes, Fábio Piovesan Bozza, Jorge Henrique Backes, Alexandre Evaristo Pinto, Maria Anselma Coscrato dos Santos.

## Relatório

Em decorrência dos trabalhos de auditoria, a fiscalização federal lavrou diversos autos de infração contra a ora Recorrente com o objetivo de exigir o recolhimento de contribuições previdenciária patronal, contribuições de terceiros, além de multa e juros de mora, incidentes sobre as seguintes verbas:

**(1) Compensação Judicial Indevida.** A Recorrente ajuizou a Ação de Repetição de Indébito nº 94.0006420-9 perante a 5ª Vara da Justiça Federal da Seção Judiciária do Rio Grande do Norte, com vistas a reaver os valores indevidamente recolhidos a título de contribuição previdenciárias sobre remuneração de autônomos e administradores, exigida pelo art. 3º, inc. I da Lei nº 7.787/89. Embora a decisão final tenha sido favorável à Recorrente, inclusive com reconhecimento de expurgo inflacionário (84,32%), a fiscalização contesta os valores utilizados como crédito em compensações com contribuições previdenciárias vincendas. Portanto, a discussão não está no direito ao crédito, mas no valor do crédito a recuperar:

DEBCAD	PERÍODO DE APURAÇÃO	PRINCIPAL		TOTAL (em 12/2013)
51.032.406-1	08/2010 a 12/2010	contrib. previdenciária	7.947.044,34	11.764.426,92
51.032.402-9	08/2010 a 12/2010	multa isolada de 150%	11.920.566,67	11.920.566,67

**(2) Glosa de Compensações com Créditos de Retenções já Utilizados ou não Declarados.** A Recorrente sofreu retenções na fonte de contribuições previdenciárias

(11% sobre o valor das notas fiscais) e, como não teria conseguido realizar o aproveitamento no próprio mês de competência de emissão da nota fiscal, providenciou a respectiva compensação com a contribuição previdenciária de outros períodos. A fiscalização, no entanto, alega que os referidos créditos já teriam sido utilizados nas GFIP em que declarados ou não foram declarados em GFIP, e procedeu à respectiva glosa.

DEBCAD	PERÍODO DE APURAÇÃO	PRINCIPAL		TOTAL (em 12/2013)
51.032.398-7	01/2009 a 02/2010	contrib. previdenciária	7.574.189,17	11.909.729,54

**(3) Alíquota RAT.** A partir do ano de 2010, a alíquota do RAT passou a ser 3%, mas a Recorrente recolheu somente 2%. A fiscalização cobra a diferença.

DEBCAD	PERÍODO DE APURAÇÃO	PRINCIPAL		TOTAL (em 12/2013)
51.032.397-9	01/2010 a 12/2010	contrib. previdenciária	1.222.426,37	2.519.484,65

**(4) Remuneração Indireta a Diretores e Empregados.** Com base em documentos obtidos por meio de busca e apreensão autorizada judicialmente em escritórios da Recorrente (processo nº 0012616-29.2010.4.05.8100), a fiscalização concluiu que ela realizava o pagamento de *despesas pessoais* em nome de seus diretores e outros empregados, sem a devida contabilização e sem o pagamento dos tributos incidentes. Providenciou, assim, o lançamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre referida remuneração indireta de seus colaboradores.

DEBCAD	PERÍODO DE APURAÇÃO	PRINCIPAL		TOTAL (em 12/2013)
51.032.400-2	01/2009 a 10/2010	contrib. previdenciária	1.609.730,40	4.614.413,82
51.032.401-0	01/2009 a 10/2010	contrib. previdenciária	2.455,29	6.861,76

**(5) Remuneração de Autônomo – Diferença entre Folha e GFIP.** A fiscalização identificou suposta diferença entre os valores de remuneração de autônomos informados na folha de pagamentos e na GFIP, procedendo ao lançamento da diferença.

DEBCAD	PERÍODO DE APURAÇÃO	PRINCIPAL		TOTAL (em 12/2013)
51.032.375-8	01/2009 a 10/2010	contrib. previdenciária	20.418,39	43.917,73

O relatório do acórdão recorrido possui uma descrição pormenorizada dos acontecimentos, merecendo ser transcrito a seguir:

*Consta no Relatório Fiscal que:*

*1. Além dos documentos apresentados pela empresa, foram analisadas as fiscalizações e diligências anteriores, o processo judicial nº 940006420-9 e o processo administrativo fiscal nº 10380.721562/2011-88, protocolado em 22/02/2011, o qual tratava de pedido de habilitação de crédito supostamente reconhecido por decisão judicial. Neste último processo, o pedido foi indeferido e o processo arquivado.*

***Da Ação Judicial 940006420-9***

*2. Após intimada duas vezes a apresentar memória de cálculo das compensações efetuadas em GFIP, a empresa apresentou, em 21/10/2013, arquivos digitais contendo diversas planilhas, uma para cada competência (01/2006 a 12/2010). Nessas planilhas foi identificada parte da origem do crédito utilizado e a forma como foi compensado. Anteriormente, a empresa já havia apresentado planilha relativa ao período 2009 e 2010, demonstrando créditos que seriam oriundos de retenção sobre notas fiscais de execução de obras ou prestação de serviços de construção civil.*

*3. Conforme informação da própria empresa, parte do crédito compensado nas GFIP do período, refere-se a decisão judicial, tendo sido informado no campo “Competência Inicial” ou “09/1989” ou “11/2010”. Depois de análise das informações repassadas pela empresa e dos documentos internos da RFB, notadamente o processo administrativo nº 10380.721562/2011-88, o Auditor Fiscal concluiu que os créditos compensados seriam oriundos da decisão da Justiça Federal do Rio Grande do Norte proferida no processo nº 940006420-9.*

*4. A ação nº 940006420-9, de repetição do indébito, foi ajuizada pela empresa em 20/09/1994 contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando a declaração de inexistência de relação jurídica que a obrigasse a recolher contribuições incidentes sobre os honorários pagos a autônomos e sobre o pró-labore pago aos administradores e o reconhecimento do seu direito à restituição, mediante compensação, dos valores cobrados indevidamente, bem como dos devidos acréscimos legais.*

*5. As decisões judiciais de primeira e segunda instâncias foram favoráveis à empresa, tendo sido reconhecido, de forma incidental, a inconstitucionalidade da expressão “autônomos e administradores” contida no art. 3º, I, da Lei nº 7.787/1989. Foi estipulado os juros de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado da decisão, e correção monetária a ser apurada com base na UFIR.*

*6. A decisão judicial do Tribunal Regional Federal - TRF da 5ª Região transitou em julgado em 09/08/1996. Depois, a empresa obteve no julgamento dos Embargos à Execução em decisão na primeira instância, confirmada pelo TRF da 5ª Região, o direito de fazer incidir o indexador de 84,32%, correspondente ao IPC de março/1990 a fevereiro/1991.*

7. Entretanto, o processo de execução da sentença condenatória foi extinto em razão de pedido da própria empresa, acolhido pelo I. Juiz da 5ª Vara Federal do Rio Grande do Norte, que disse já haver compensado a totalidade dos créditos resultantes do título judicial.

8. Inconformado com a extinção da execução, o INSS recorreu, alegando ausência de intimação pessoal de seu procurador. Embora o recurso tenha sido indeferido, na decisão do Juiz Napoleão Maia Filho foi frisado que o Fisco tinha o direito-dever de fiscalizar as operações correspondentes à compensação, verificando a regularidade quantitativa dos valores e lavrando os autos de infração, se fosse o caso. Essa decisão foi confirmada no julgamento da Apelação Civil nº 96428-RN, na qual também foi ressaltado o poder-dever do Fisco de verificar a regularidade dos valores compensados.

9. Após o trânsito em julgado da decisão judicial, foi realizada ação fiscal iniciada em 06/05/2003 e finalizada em 28/05/2004 e abrangendo o período 01/1999 a 12/2002. Essa fiscalização resultou em lançamentos fiscais que totalizaram R\$ 77.281.158,46, compreendendo os Autos de Infração e NFLD, todos julgados procedentes pela Administração Tributária e, posteriormente, quitados ou parcelados pela empresa.

10. Na fiscalização encerrada em 28/05/2004, além de chegar às mesmas conclusões acima quanto à ação judicial, a auditoria concluiu também que o crédito a que a empresa teria direito era inferior ao que ela alegava possuir, pelos seguintes motivos:

a. O cálculo da incidência do índice de 84,32% foi efetuado sobre o valor total do crédito já atualizado, quando o correto seria corrigir apenas os recolhimentos que sofreram os expurgos inflacionários dos planos governamentais (período março/1990 a fevereiro/1991), não incidindo tal índice sobre os recolhimentos efetuados em período posterior;

b. Em várias competências, o valor utilizado pela empresa na sua planilha foi a remuneração dos segurados pela prestação de serviços, quando o correto seria partir da contribuição de 20% incidente sobre esse valor;

c. Na época, a Auditoria solicitou à Procuradoria do INSS que efetuasse os cálculos do indébito objeto do processo judicial, tendo o Setor de Cálculos e Precatórios desse órgão elaborado cálculos, corrigindo os valores originários dos recolhimentos indevidos, na forma da decisão judicial. Foi concluído, então, que o valor do crédito em janeiro/1999 era R\$ 1.625.047,17.

d. O valor calculado pela Procuradoria restava integralmente utilizado entre janeiro e fevereiro de 1999. A auditoria observou que mesmo que a empresa tivesse obedecido à previsão legal de limite de 30% para compensação, o citado valor estaria extinto em março/2000. Além disso, os valores lançados nos livros

*contábeis não encontravam correspondência documental com os valores reais dos créditos que a empresa possuía.*

*e. Embora estivesse claro que o valor do crédito pleiteado não estava homologado pelo Poder Judiciário, mas tão somente reconhecido o direito da empresa em se restituir do valor calculado na forma das decisões judiciais, ela se diz detentora do direito de crédito milionário, registrando na sua contabilidade em 01/01/1999 R\$ 37.159.907,84 e em 31/12/2010 R\$ 160.191.789,33.*

*11. A Decisão Notificação – DN nº 18.401.4/0086/2004, referente às impugnações dos lançamentos fiscais efetivados na ação fiscal terminada em 28/05/2004, homologou o crédito já compensado de R\$ 1.625.017,17, concluiu pela procedência dos créditos e confirmou o entendimento da autoridade lançadora.*

*12. Além de a empresa ter feito ressurgir um crédito já compensado, apesar de ter declarado em GFIP a compensação de R\$ 7.947.044,34 no exercício de 2010, nos seus registros contábeis não há nenhum valor creditado na conta que controlaria a quantia que ela alega existir.*

*13. O Auditor ressalta que o INSS recorreu ao Superior Tribunal de Justiça da decisão que julgou extinta a execução do título, em atendimento aos pedidos formulados pela empresa, ocorrendo o trânsito em julgado em 16/11/2010. Todavia, as discussões na instância superior versaram apenas sobre os critérios de correção dos débitos já compensado e do pedido de extinção do processo. Portanto, tais decisões não surtiram nenhum efeito sobre as compensações já efetivadas pela empresa e homologadas pela autoridade fiscal.*

*14. Dessa forma, foi glosada a compensação indevida de R\$ 7.947.044,34 (08/2010 a 13/2010), com a incidência da multa de mora prevista no at. 89, §9º, da Lei nº 8.212/1991, c/c art. 61 da Lei nº 9.430/1996, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009.*

*15. O fato de a empresa continuar a utilizar como crédito valor que não possuía e não abater da contabilidade as compensações efetuadas revela falsidade nas declarações apresentadas a partir de 08/2010. Assim, foi aplicada a multa isolada no percentual previsto na Lei nº 9.430/1996, art. 44, I, aplicado em dobro, incidente sobre o valor do débito indevidamente compensado.*

#### **Da Retenção de 11% sobre Notas Fiscais**

*16. As retenções sobre notas fiscais que acobertaram a execução de obras de construção civil ou de serviços prestados apontadas como não utilizadas na competência da emissão da nota fiscal, na verdade, ou já haviam sido utilizadas na GFIP em que foram declaradas, ou não foram declaradas em GFIP. Dessa forma, o valor de R\$ 7.574.189,17 compensado indevidamente foi glosado.*

*17. No Anexo III há planilha, onde estão demonstrados, mês a mês, inscrição por inscrição, os valores que não foram confirmados como créditos passíveis de compensação, bem como o motivo da glosa.*

18. O Auditor salienta, ainda, que os registros contábeis revelam valores lançados a débito (retenção) na Conta “1121102010002 INSS COMPENSAR (RETIDO P/ TERCEIR)”, porém não há os correspondentes lançamentos a crédito na mesma conta, mesmo a empresa tendo efetivado compensações. Há também lançamentos de valores com o histórico “RETORNO DE LANÇAMENTO CF PLANILHA”. Portanto, os créditos nunca se exaurem, já que os correspondentes registros a crédito dos valores efetivamente compensados não são realizados.

#### **RAT**

19. A atividade preponderante da empresa é a construção de rodovias e ferrovias, cujo código CNAE é 4211-1/01. Antes da vigência do Decreto nº 6.957/2009, a alíquota da contribuição destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT era 2%. Todavia, a partir da vigência do Decreto nº 6.957/2009, ou seja, a partir de 01/2010 essa alíquota passou a ser 3%. Entretanto, para todas as competências de 2010, a empresa informou na GFIP o RAT DE 2%. O Fator Acidentário de Prevenção – FAP da empresa para o ano de 2010 era 1,2686.

20. Portanto, foi lançada a diferença recolhida a menor pela empresa, ou seja, 1,2686% sobre a base de cálculo da contribuição.

21. O Auditor Fiscal ressaltou que mesmo que o enquadramento fosse por estabelecimento, não haveria alteração da alíquota, já que todas as atividades desenvolvidas ensejam a aplicação da alíquota de 3%, para todos os estabelecimentos.

#### **Remuneração Indireta de Contribuintes Individuais e Empregada**

22. Em face de inquérito deflagrado pela Polícia Federal, o Juiz Federal Substituto da 11ª Vara Federal do Ceará proferiu decisão nos autos do Processo nº 0012616- 29.2010.4.05.8100, autorizando a execução de medidas de busca e apreensão na empresa em conjunto com os servidores da Receita Federal do Brasil.

23. Dentre os documentos apreendidos, foram selecionadas planilhas constando anotações sobre despesas pessoais de diretores e outras pessoas físicas (diretores não empregados, autônomos ou empregados), bem como comprovantes de pagamento nelas relacionados. A relação desses trabalhadores está no Anexo V. Havia um controle minucioso, no qual foi possível identificar variado tipo de gastos, como pagamentos de jogos de azar e faturas de cartões de créditos de titulares e parentes. É possível identificar-se, ainda, pela informação da coluna “Tipo de Movimento”, que se tratavam de valores recebidos em espécie. Como os valores discriminados nessas planilhas e respectivos documentos não foram detectados na contabilidade da companhia, se infere a existência de uma

*contabilidade paralela com o objetivo de controlar os gastos pessoais de acionistas, conselheiros, diretores e pessoas envolvidas na sua administração, inclusive empregados. Tal benefício financeiro obtido pelos segurados de forma mensal, contínua e habitual, configura remuneração indireta não oferecida à tributação.*

*24. O Auditor Fiscal salienta que os pagamentos a seus diretores era organizado de tal forma que as contas de propriedades particulares, como contas de luz, tinham como endereço de cobrança o endereço da empresa.*

*25. Dos segurados que receberam remuneração indireta no período fiscalizado, um fazia parte do conselho de administração e três eram diretores da empresa. Esses segurados constavam nas GFIP, porém não foi declarada a remuneração indireta percebida.*

*26. Além dos segurados acima, José Alberto Rola, advogado da empresa em diversos processos judiciais, conforme apurado pela Auditoria nos sítios da Justiça Federal na internet, teve despesas pessoais pagas pela empresa, da mesma forma que seus diretores. Esse segurado não constava nas GFIP, tampouco constam nos registros contábeis lançamentos que possam identificar os serviços prestados por ele.*

*27. Ademais, apesar de não constar como diretor da empresa, Marcus Pinto Rola, que também recebeu remuneração indireta por meio de pagamento de suas despesas pessoais e de parentes próximos, tem vínculo com ela. Ele é filho de um dos fundadores da empresa e figura como sócio majoritário de MJM Participações S/A, com 99,99% das ações, companhia que, por sua vez, é acionista da empresa fiscalizada, com 6,64% do capital total e 8,59% do capital votante, de acordo com informações prestadas à Receita Federal do Brasil.*

*28. Ainda com relação a Marcus Pinto Rola, dentre os documentos apreendidos, constam diversas cópias de mensagens de correio eletrônico trocadas entre empregados da empresa e entre estes e parentes desse segurado, cujo conteúdo tratava de numerário para pagamento de suas despesas. Além disso, periodicamente era solicitada a realização de depósito em sua conta corrente, também para pagamento de suas despesas pessoais. Há também mensagens enviadas pelas senhoras Cristina Rola e Júlia Rola com a determinação de pagamentos de despesas ou depósitos em constas de terceiros. O Auditor ressalta que a esposa e os filhos de Marcus Pinto Rola tinham poder para autorizar pagamentos/depósitos, o que indica que o segurado não era mero acionista, mas exercia poder de mando na empresa fiscalizada.*

*29. Por fim, recebeu também remuneração indireta, por meio de pagamento de despesas pessoais, a Sra. Maria Evaneida Ibiapina Soares, empregada da empresa. Essa empregada consta nas folhas de pagamento e GFIP, apesar de não estar registrada a sua remuneração indireta.*

*30. Dessa forma, foram lançadas as contribuições patronais incidentes sobre as remunerações indiretas mencionadas*

*(inclusive aquelas destinadas a outras entidades incidentes sobre a remuneração da segurada empregada), tendo sido aplicada a multa qualificada prevista no art. 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996. A aplicação da multa qualificada deveu-se à existência de conluio da empresa com seus segurados (Lei nº 4.502/1964, art. 73), para dolosamente omitir do Fisco o pagamento de remuneração, enquadrando-se a situação no art. 71 da Lei nº 4.502/1964 (sonegação). Diferenças entre Folha e GFIP da Remuneração de Contribuintes Individuais*

*31. Examinando as folhas de pagamento da empresa (arquivos do Manual Normativo de Arquivos Digitais – MANAD), a Auditoria verificou que a remuneração dos contribuintes individuais listados no Anexo VI (categoria 13) foi indevidamente reduzida, tendo sido lançada a contribuição patronal de 20% incidente sobre essa diferença. Essa informação foi corroborada com os arquivos digitais das folhas de pagamento em formato texto, as quais reproduzem fielmente as folhas impressas. Incorreções em GFIP*

*32. Por não ter informado nas GFIP a menor a alíquota RAT, o FAP em algumas competências (1,00 ao invés de 1,26), a remuneração de segurados contribuintes individuais e de empregado, a empresa incorreu em infração ao art. 32, IV e §9º, da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, com multa prevista no art. 32-A, caput, II e §§ 1º, 2º e 3º, da Lei nº 8.212/1991, na redação dada pela Medida Provisória nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009. Entretanto, essa multa não pode ser cumulada com a multa de ofício prevista no art. 44, I, da Lei nº 9.430/1996.*

Cientificado do lançamento, o Recorrente apresentou impugnação.

Em decisão de primeira instância administrativa, a Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) em Fortaleza/CE declarou como matéria não impugnada os lançamentos relativos aos DEBCAD nº 51.032.397-9 (item 3, supra) e 51.032.375-8 (item 5, supra) e julgou improcedente a defesa quanto às exigências relativas aos demais DEBCAD. O julgado possui a seguinte ementa:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

*Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2010*

*PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA.*

*Considera-se não impugnada a matéria que não foi expressamente contestada pelo sujeito passivo.*

*BUSCA E APREENSÃO COM ORDEM JUDICIAL. AUSÊNCIA DE NULIDADE.*

*Não há que se falar em nulidade do procedimento de colheita de provas efetuadas pela Auditoria Fiscal da Receita Federal do*

*Brasil em conjunto com a Polícia Federal fundada em decisão judicial válida.*

*REMUNERAÇÃO INDIRETA DE CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS E EMPREGADOS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.*

*Os pagamentos das despesas pessoais de contribuintes individuais e empregados que prestam serviços à empresa constituem remunerações indiretas sobre as quais incidem as contribuições previdenciárias.*

*PRETENSO CRÉDITO BASEADO EM AÇÃO JUDICIAL. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. AÇÃO FISCAL.*

*Deve ser mantida a glosa de valores compensados indevidamente, pretensamente com base em decisão judicial, mas calculados de forma incorreta e excedentes do crédito que realmente cabia à empresa.*

*RETENÇÃO DE 11% SOBRE O VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL/FATURA/RECIBO. COMPENSAÇÃO. VALOR NÃO DECLARADO OU JÁ UTILIZADO.*

*Deve ser mantida a glosa da compensação da retenção de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal/fatura/recibo se resta constatado em ação fiscal que os valores ou já haviam sido compensados ou não foram declarados em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

Inconformada, a Recorrente apresenta recurso voluntário reafirmando, em essência, os mesmos fundamentos da peça de impugnação, a saber:

(a) a nulidade de todo o procedimento em virtude de a fiscalização ter utilizado provas ilegítimas e ilegais, oriundas da busca e apreensão autorizada judicial na denominada “Operação Podium”;

(b) a inexistência de preclusão quanto ao questionamento dos DEBCAD nº 51.032.397-9 (item 3, supra) e 51.032.375-8 (item 5, supra), em virtude de a alegação de nulidade oferecida na impugnação abarcar também esses temas;

(c) a presunção infundada de que os documentos apreendidos nos escritórios da Recorrida por ocasião da busca e apreensão revelam a existência de remuneração indireta e não contabilizada, uma vez que se trata de documentos pessoais dos seus colaboradores, e não documentos da empresa; ademais, o referido procedimento policial conteria vícios já reconhecidos pelo Superior Tribunal de Justiça;

(d) os créditos compensados pela Recorrente decorrem da ação de repetição de indébito nº 94.0006420-9, cujos respectivos valores alcançaram a R\$ 5.137.370,50 no momento do ajuizamento, os quais não foram contestados pelo INSS; além disso, a Recorrente obteve judicialmente o direito de computar o expurgo inflacionário de 84,32%, referente a

março/90; a fiscalização pretende agora reabrir uma discussão que já se encontra pacificada pela coisa julgada;

(e) com relação ao crédito oriundo da retenção das contribuições previdenciárias, a Recorrente alega que cumpriu com todas as intimações e que o único lapso cometido foi ter deixado de declarar os créditos em GFIP, embora isso não obste o direito à compensação.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Relator Fábio Piovesan Bozza

A intimação do acórdão de primeira instância ocorreu em 02/09/2014 e o recurso voluntário foi interposto em 01/10/2014. Por ser tempestivo e por cumprir com as formalidades legais, dele tomo conhecimento.

### Nulidade do Lançamento de Ofício

A Recorrente alega que todo o procedimento fiscal estaria eivado de vício insanável, uma que a fiscalização teria se baseado em provas ilegalmente obtidas pela Polícia Federal, na denominada “Operação Podium”, para lastrear o lançamento de ofício.

Em primeiro lugar, alega ser equivocada e inconsequente a conclusão da fiscalização de que os documentos encontrados nos escritórios (planilhas e comprovantes de pagamento) seriam a comprovação de que a Recorrente remunerava indiretamente seus diretores e empregados, mediante o pagamento de despesas pessoais, sem trânsito na contabilidade. Na verdade, estes seriam documentos pessoais dos diretores e empregados, os quais ficavam arquivados nos escritórios para comodidade destes e por tolerância da Recorrente.

Contudo, ao compulsar os mencionados documentos (fls. 1397 e seguintes), o que se vê é um autêntico *sistema contábil paralelo*, forjado para operar longe dos domínios da fiscalização, com recursos próprios (as rubricas utilizadas levam à conclusão de que toda a movimentação era feita em dinheiro) e com o objetivo de controlar os gastos pessoais de diretores e empregados.

Tal sistema paralelo é composto de diversos demonstrativos, denominados “conta-corrente”, nos quais há a discriminação individual do correntista (diretor ou empregado), a periodicidade do controle (mensal), as datas de vencimento, a identificação da natureza dos créditos e dos débitos, bem como dos respectivos valores (dentre muito, cite-se exemplificativamente o demonstrativo das fls. 1402).

Nesse sentido, em razão do conjunto probatório apresentado nos autos, não tenho como concluir diferentemente da fiscalização quando esta afirma que (fls. 565):

*O benefício financeiro obtido pelos segurados é evidente, haja vista que as despesas necessárias a sua manutenção pessoal e de seus parentes eram suportadas pela empresa EIT de forma*

*mensal, contínua e habitual. Essas planilhas apreendidas na sede administrativa da EIT, nesta capital, por si só, evidencia a forma de retribuição de seus diretores não contabilizada e muito menos oferecida a tributação como contribuição patronal que incidiria nestes casos. Esses documentos são bastante para comprovar a remuneração indireta advinda dos vínculos com a companhia. Mas, como se não bastasse, inserimos, após cada planilha, relação significativa de documentos apreendidos também na Operação Podium e que estão relacionados nesses documentos.*

Em segundo lugar, alega que o procedimento judicial de busca e apreensão estaria corrompido por vício que tornariam as provas obtidas imprestáveis. Para tanto, invoca o pronunciamento do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Habeas Corpus nº 198.224-CE, proferido pela 6ª Turma, em 05/03/2013:

*PENAL. PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CORRUPÇÃO ATIVA. BUSCA E APREENSÃO. LIMITAÇÃO À GARANTIA CONSTITUCIONAL. NECESSIDADE DE CONCRETA FUNDAMENTAÇÃO. VÍCIOS NA COLHEITA DA PROVA. IMPRESTABILIDADE À SUA UTILIZAÇÃO NO PROCESSO JUDICIAL. DIREITO DE ACESSO AOS AUTOS DO INQUÉRITO. SÚMULA VINCULANTE 14/STF.*

*1. Toda decisão judicial que impõe limitação a uma garantia constitucional deve, obrigatoriamente, ser concreta e adequadamente fundamentada, sob pena de nulidade.*

*2. O magistrado de primeiro grau, ao deferir a medida requerida, limitou-se a apontar os requisitos legais à sua concessão e a citar acórdão desta Corte em que são apontados os objetivos da medida e os momentos em que ela pode ser adotada, fundamentos que não se mostram suficientes à imposição da medida acautelatória.*

*3. Ainda que se admita a utilização de fatos mencionados na representação da autoridade policial, não há na decisão elementos idôneos a autorizar a imposição da cautelar, pois o próprio magistrado afirma, nessa mesma decisão, que não relatou a autoridade policial fatos que autorizem a formação de um juízo, ainda que sumário, de que os referidos investigados irão empecer ou obstaculizar as investigações.*

*4. A desnecessidade da medida e a ausência de justificativa idônea na decisão de primeiro grau fica mais evidenciada quando se leva em consideração que a prática dos fatos apontados ocorreu entre os anos de 2003 e 2008 e, mesmo após dois anos de interceptação telefônica e telemática dos pacientes, a autoridade policial não foi capaz de apontar um único diálogo com relação aos fatos originalmente investigados, de forma a autorizar o afastamento das garantias constitucionais à intimidade e à inviolabilidade das comunicações e de seus domicílios.*

*5. A existência de vícios nos autos de busca e arrecadação impede o uso dos bens e objetos apreendidos no processo judicial, vedada a utilização de prova ilícita.*

*6. É direito da defesa dos acusados o amplo acesso às peças de informação já documentadas no inquérito policial, sob pena de ofensa à garantia constitucional do direito à informação e ao exercício do direito de defesa. Súmula Vinculante 14/STF.*

*7. Habeas corpus concedido para determinar a devolução dos bens e documentos apreendidos nos endereços residenciais e comerciais dos pacientes, bem como para assegurar à defesa dos acusados o amplo acesso às peças de informação já documentadas no inquérito policial.*

Realmente, a leitura do inteiro teor do acórdão sugere tratar-se da “Operação Podium”, deflagrada em 25/10/2010, mediante a emissão de mandados de busca e apreensão em diversos endereços residenciais e comerciais. Em alguns trechos, há menção ao nome da Construtora EIT, ora Recorrente.

Contudo, referida decisão no Habeas Corpus nº 198.224-CE não beneficia quaisquer dos diretores ou empregados da Recorrente. Tanto assim que o pedido de extensão dos efeitos dessa ação aos diretores da Recorrente acabou sendo indeferido no Habeas Corpus nº 285.653-CE (fls. 14330):

*A análise dos autos, nos limites da cognição in limine, não permite a constatação de indícios suficientes para a configuração do fumus boni iuris, não restando configurada, de plano, a flagrante ilegalidade, a ensejar o deferimento da medida de urgência, devendo a quaestio, portanto, ser apreciada pelo Colegiado, após uma verificação mais detalhada dos dados constantes dos autos.*

*Denego, pois, a liminar.*

*Solicitem-se, com urgência e via telegrama, informações atualizadas e pormenorizadas à autoridade tida por coatora.*

*Após, vista à douta Subprocuradoria-Geral da República.*

*P. e I.*

*Brasília (DF), 20 de dezembro de 2013.*

*MINISTRO FELIX FISCHER*

*Presidente*

Em suma, a alegação de nulidade do lançamento – além de estar restrita à acusação fiscal de remuneração indireta de diretores e empregados, não atingindo as outras matérias – não tem razão de ser, uma vez que as decisões judiciais proferidas não beneficiaram diretores ou empregados da Recorrente.

Por esses motivos, rejeito a preliminar de nulidade.

### **Matéria Não Impugnada**

Como visto, a alegação de nulidade restringe-se ao lançamento sobre remuneração indireta a diretores e empregados, não se comunicando às demais exigências.

Por isso, na mesma linha de entendimento adotada pela DRJ/Fortaleza, considero matérias não impugnadas os lançamentos relativos aos DEBCAD nº 51.032.397-9 (item 3 – Alíquota RAT) e 51.032.375-8 (item 5 – Remuneração de Autônomo – Diferença entre Folha e GFIP).

### **Compensação Judicial Indevida**

O crédito ostentado pela Recorrente e utilizado na compensação de contribuições previdenciárias entre agosto/2010 e dezembro/2010 seria oriundo da ação de repetição de indébito nº 94.0006420-9, no bojo da qual se discutiu a incidência da contribuição previdenciárias sobre a remuneração de autônomos e administradores exigida pelo art. 3º, inc. I da Lei nº 7.787/89. Além da decisão final favorável à repetição, a Recorrente também obteve o reconhecimento de expurgo inflacionário (84,32%) para fins de apuração do valor do indébito.

O ponto em discussão não é o direito à repetição, mas o respectivo valor. Entretanto, as informações a esse respeito são muito díspares. Senão, vejamos:

– R\$ 5.137.370,50 teria sido o valor da causa atribuído pela Recorrente à ação judicial nº 94.0006420-9, em 1994 (fls. 13961);

– 14.339.328,43 UFIR seria o valor do crédito informado pela Recorrente após aplicação do expurgo (fls. 610);

– segundo a fiscalização, o expurgo de 84,32% (março/1990 a fevereiro/1991) foi aplicado sobre o valor total do crédito já atualizado, quando o correto seria corrigir apenas os recolhimentos que sofreram os expurgos inflacionários dos planos governamentais (fls. 558); tal assertiva não foi contestada pela Recorrente;

– os cálculos do Setor de Cálculos e Precatórios da Procuradoria do INSS, realizados a pedido da fiscalização, apontam para o valor do crédito, em janeiro/1999, de R\$ 1.625.047,17 e já teria sido utilizado entre janeiro/99 e fevereiro/99, restando extinto em março/2000;

– segundo a Procuradoria do INSS, os valores lançados nos livros contábeis não encontravam correspondência documental com os valores reais dos créditos que a empresa possuía;

– o valor do crédito que estaria registrado na contabilidade da Recorrente seria de R\$ 37.159.907,84 (em 01/01/1999), de R\$ 50.763.311,23 (em 31/01/2000), R\$ 158.731.459,86 (em 16/11/2010) e de R\$ 160.191.789,33 (em 31/12/2010) (fls. 558-559, 14048);

– já teria havido ação fiscal prévia, finalizada em 28/05/2004 e abrangendo a utilização dos mesmos créditos no período de janeiro/1999 a dezembro/2002, cujo total de autuação foi de R\$ 77.281.158,46, todos julgados procedentes na via administrativa e, posteriormente, quitados ou parcelados pela Recorrente; tal informação não foi contestada pela Recorrente (fls. 557, 655 e 854);

– apesar de a compensação ora discutida de R\$ 7.947.044,34 ter sido declarada em GFIP no exercício de 2010, os registros contábeis da Recorrente não evidenciam nenhum valor creditado na conta que controlaria a quantia que ela alega existir.

Enfim, o conjunto de informações acima conduz à conclusão de que a Recorrente, de modo consciente, fez ressurgir um crédito já compensado, pretensamente

acobertado por decisão judicial transitada em julgado, tal como posto pelo auto de infração (fls. 572):

*72. Comprovou-se neste Relatório Fiscal que NÃO restou nenhum crédito previdenciário oriundo de decisão judicial ainda não compensado pela EIT. De fato, a empresa foi cientificada, à época, de que tinha se utilizado de valores além daquilo que a aludida decisão estabelecia. A auditoria fiscal realizada naquele momento homologou o valor a que teria direito, nos termos da decisão, e glosou os indevidamente compensados. As notificações fiscais lavradas naquele procedimento foram quitadas ou parceladas após decisão administrativa. Não obstante, a empresa continuou a utilizar, como crédito, valores que não possuía e que seriam provenientes da decisão judicial. A utilização desses valores milionários inexistentes revela a falsidade nas declarações apresentadas a partir de agosto de 2010. Com efeito, entre agosto e dezembro de 2010, a EIT efetivou compensações informando créditos inexistentes.*

*73. A empresa não possuía mais créditos a compensar tanto que protocolou, à época, pedido genérico de desistência do feito executivo da ação ao argumento de que já havia se compensado dos valores recolhidos indevidamente. Não obstante todas as evidências de que não mais restava nenhum valor oriundo daquela aludida decisão judicial a compensar, a EIT continua a efetuar compensações.*

Tal circunstância justifica, a meu ver, a aplicação da multa de 150% aludida pelo art. 89, §10 da Lei nº 8.212/91.

No entanto, considero que a cobrança da referida multa de 150% afasta automaticamente a pretensão de cobrança da multa moratória, sob pena de “bis in idem”.

#### **Glosa de Compensações Já Utilizadas, Não Declaradas**

A fiscalização aduz que a Recorrente compensou indevidamente créditos oriundos de retenções de 11% incidentes sobre o valor das notas fiscais ou faturas emitidas, no montante de R\$ 7.574,189,17, com débitos de contribuições previdenciárias de outros períodos.

A glosa está fundamentada em levantamento específico, sendo que as retenções apontadas como ainda não utilizadas ou já haviam sido utilizadas na mesma GFIP ou não foram declaradas em GFIP e, portanto, inexistentes. Além disso, as compensações efetuadas não eram registradas na contabilidade, evitando que o correspondente crédito fosse exaurido.

A Recorrente, por seu turno, rebateu as conclusões do auto de infração informando tão somente que a documentação solicitada foi entregue à fiscalização e que as retenções foram efetivamente realizadas, sendo a falta de declaração em GFIP um fato não impeditivo à realização da compensação. Tal lapso somente poderia gerar uma penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

Entretanto, considero insatisfatórias as explicações ofertadas pela Recorrente, a uma, porque não refuta a principal acusação fiscal, que são as compensações anteriores,

preferido tratar da existência dos créditos (fato, a meu ver, não controverso, tanto que a fiscalização considerou as retenções existentes em cada uma das notas fiscais); a duas, porque pretende impor um procedimento próprio de compensação, a margem da regulamentação governamental criada – não para proibir – mas para permitir o exercício regular do direito à compensação que, como cediço, deve ser objeto de controle, sob pena de abuso.

A retenção na fonte dos 11% constitui antecipação da contribuição previdenciária devida no mês de competência de emissão da nota fiscal ou fatura. Somente o crédito excedente presta-se à compensação com contribuições previdenciárias relativas a períodos de apuração distintos. E como bem esclarece o acórdão recorrido (fls. 14306):

*Para que se comprove esse excedente é necessário um controle transparente e eficaz, sendo uma das formas de se efetivá-lo a declaração da retenção na GFIP.*

*Ademais, no caso, a ausência da declaração da retenção está aliada à situação de desregramento do controle contábil das compensações na empresa, situação essa também revelada pelo relato da Auditoria em conjunto com as provas que produziu.*

Por essas razões, a exigência fiscal deve ser mantida.

### **Remuneração Indireta a Diretores e Empregados**

Os argumentos de defesa suscitados pela Recorrente relativamente à acusação fiscal de pagamento de remuneração indireta à diretores e empregados já foram analisados na preliminar de nulidade e refutados.

### **Conclusão**

Por todo o exposto, voto por conhecer e dar provimento parcial ao recurso voluntário interposto pela Recorrente, somente para reconhecer a nulidade da cobrança da multa moratória exigida juntamente com a multa qualificada de 150%, mantendo-se os demais itens da autuação.

É como voto.

Fábio Piovesan Bozza – Relator