



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

Processo nº 10580.723550/2013-01
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2301-004.895 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2017
Matéria GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrentes INTERMARITIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2010 a 30/12/2012

MATÉRIA SUB JUDICE. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
RENÚNCIA.

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

MULTA ISOLADA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. AUSÊNCIA.

A aplicação de multa isolada nas glosas de compensação indevida exige a comprovação da falsidade da declaração, que se caracteriza quando o contribuinte conhece a improcedência de seu crédito.

CO-RESPONSABILIDADE DOS REPRESENTANTES LEGAIS.

Com a revogação do artigo 13 da Lei nº 8.620/93 pelo artigo 79, inciso VII da Lei nº 11.941/09, a “Relação de Vínculos” passou a ter a finalidade de apenas identificar os representantes legais da empresa e respectivo período de gestão sem, por si só, atribuir-lhes responsabilidade solidária ou subsidiária pelo crédito constituído.

GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

Caracteriza-se grupo econômico quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de outra, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, ainda que cada uma delas tenha personalidade jurídica própria.

Recurso de Ofício e Voluntário Negados

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado: I) por unanimidade de votos em a) conhecer do recurso de ofício, negando-lhe provimento; e b) conhecer parcialmente do recurso voluntário, por concomitância de ação judicial; e II) por maioria de votos, na parte conhecida, negar-lhe provimento. Vencidos os conselheiros Fábio Piovesan Bozza e Alexandre Evaristo Pinto, que votaram por excluir a responsabilidade por formação do grupo econômico.

Andrea Brose Adolfo - Presidente

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: ANDREA BROSE ADOLFO, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, FABIO PIOVESAN BOZZA, JORGE HENRIQUE BACKES, ALEXANDRE EVARISTO PINTO e MARIA ANSELMA COSCRATO DOS SANTOS.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente em parte o lançamento fiscal com ciência em 27/08/2013 em razão da glosa de compensações com supostos créditos de contribuições previdenciárias recolhidas sobre parcelas consideradas pelo recorrente como de natureza indenizatória e objeto de mandados de segurança com pedidos pela suspensão da exigibilidade e direito à compensação do que fora até então recolhido. Também foi aplicada multa isolada por falsidade de declaração. A decisão recorrida excluiu a multa isolada e a responsabilidade pessoal dos representantes legais Roberto Zitelmann de Oliveira, Clovis Mendes Duarte, Matheus Oliva Marcílio Souza e Roberto Zitelmann de Oliveira Junior. Seguem transcrições da ementa e trechos do relatório/voto que compõem o acórdão recorrido:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/07/2010 a 30/12/2012*

*LANÇAMENTO. NULIDADE. DESCRIÇÃO DOS FATOS.
SUFICIÊNCIA.*

Não configura hipótese de nulidade a descrição sucinta dos fatos, cabendo o juízo de valor quanto à procedência ou não do lançamento ao julgamento de mérito.

*TRIBUTO OBJETO DE DISCUSSÃO JUDICIAL.
RECOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO
TRANSITADA EM JULGADO. COMPENSAÇÃO.
IMPOSSIBILIDADE.*

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, não havendo crédito definitivamente reconhecido.

*REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. DELEGACIA
DE JULGAMENTO. COMPETÊNCIA. EXAURIMENTO DA
INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. DELITO FORMAL.
DESNECESSIDADE.*

Carece de competência a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento quanto à análise do cabimento ou não da Representação Fiscal Para Fins Penais - RFFP, consistindo tal procedimento em dever de ofício da fiscalização.

O exaurimento da instância administrativa não é condição essencial a que a Representação Fiscal Para Fins Penais - RFFP seja encaminhada ao Ministério Público, quando se refere a mesma à ocorrência de delito formal que independa da exigência tributária - delito de falso.

AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO COM FALSIDADE NA GFIP. INOCORRÊNCIA.

O cabimento da multa isolada, no caso de compensação indevida na GFIP, depende da comprovação, pelo Fisco, da falsidade da declaração, não constituindo falsidade o exercício do direito de compensação de “créditos” ainda não definitivos, abrangidos por sentenças judiciais sem trânsito em julgado.

À fiscalização incumbe o dever de proceder ao lançamento do crédito tributário quando não oferecido à tributação os fatos geradores pelo contribuinte ou quando efetuada compensação indevida.

LANÇAMENTO. DISCUSSÃO DE MATÉRIAS EM JUÍZO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO.

A discussão em juízo pelo contribuinte, ou por terceiro legitimado em seu favor, das contribuições previdenciárias cuja glosa de compensação se operou implica renúncia ao contencioso administrativo.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em vigor, posto que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

LANÇAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. SÓCIOS E DIRETORES. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. INADIMPLEMENTO TRIBUTÁRIO. EXCESSO DE PODERES, VIOLAÇÃO À LEI, CONTRATO OU ESTATUTO. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA AFASTADA.

Não configura hipótese de excesso de poderes, violação à lei, ao contrato ou estatuto social, a informação de compensação indevida na GFIP, reduzindo-se a contribuição devida pelos fatos geradores declarados, configurando mero inadimplemento.

A responsabilidade solidária deve ser afastada quando não configurada situação concreta de excesso de poderes, violação à lei, ao contrato ou estatuto social

LANÇAMENTO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EMPRESAS INTEGRANTES DE GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA MANTIDA.

Respondem solidariamente entre si, pelos débitos relativos a contribuições previdenciárias, as empresas integrantes de grupo econômico.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

...

1) Manter integralmente o crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração DEBCAD nº 51.026.422-0;

2) Exonerar o crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração DEBCAD nº 51.026.423-9, na forma do voto do relator; e, 3) Excluir a responsabilidade solidária dos contribuintes Roberto Zitelmann de Oliveira, Clovis Mendes Duarte, Matheus Oliva Marcílio Souza e Roberto Zitelmann de Oliveira Junior.

Acordam, ainda, em submeter o presente Acórdão ao reexame necessário perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, com base no inciso II do art. 25 e no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 6-3-1972, c/c o inciso I do art. 366 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6-5-1999.

...

O contribuinte ingressou com diversas medidas judiciais visando obter a não tributação e respectiva compensação das contribuições previdenciárias incidentes sobre diversas rubricas, conforme segue:

1. APELAÇÃO 21033-26.2010.4.01.3300 MANDADO DE SEG. INDIVIDUAL:

a) A Impetrante requereu a concessão de liminar suspendendo a exigibilidade da contribuição previdenciária sobre férias, do valor do adicional de 1/3 (um terço) de férias, do salário maternidade, dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio, em virtude de não existir prestação de serviço nestas circunstâncias;

b) O Juiz Federal da 8ª turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão proferido em 17/06/11, rejeitou o pedido da Impetrante, em relação às rubricas férias e salário-maternidade, dando parcial provimento aos valores relativos aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, adicional de 1/3 de férias, aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio;

c) O acórdão condicionou a compensação ao julgamento em definitivo da lide, nos termos do disposto no art. 170-A do CTN.

2. PROCESSO 3598-05.2011.4.01.3300 MANDADO DE SEGURANÇA:

a) A Impetrante requereu a concessão de medida liminar suspendendo a exigibilidade da contribuição previdenciária sobre os adicionais de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade e de transferência, bem como, aviso prévio indenizado e respectiva parcela de 13º indenizado;

b) A Juíza Federal da 1ª Vara/SJBA, em decisão proferida em 16/02/11, indeferiu a liminar e em 31/08/12 denegou a segurança através de sentença tipo “A”, ou seja, todas as rubricas pleiteadas foram negadas duas vezes pela Justiça, conforme cópias da decisão e da sentença apresentadas pela Impetrante;

3. PROCESSO 35311-95.2011.4.01.3300 MANDADO DE SEG. INDIVIDUAL:

a) A Impetrante requereu a concessão de medida liminar suspendendo a exigibilidade da contribuição previdenciária sobre vale transporte convertido em pecúnia e 13º salário;

b) A Juíza Federal Substituta da 11ª Vara Cível do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em decisão de 21/10/11, rejeitou o pedido da Impetrante, em relação à rubrica 13º salário (gratificação natalina), julgando parcialmente procedente o pedido de ilegalidade de contribuição previdenciária relativa à rubrica vale transporte convertido em pecúnia;

c) A Juíza Federal Substituta em auxílio na 14ª Vara, na titularidade da 11ª Vara do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, confirmou a liminar concedida em 21/10/11, concedendo, em 01/02/12, parcialmente a segurança, à rubrica vale transporte convertido em pecúnia e rejeitando o pedido da Impetrante, em relação à rubrica 13º salário (gratificação natalina), condicionando a compensação ao julgamento em definitivo da lide, nos termos do disposto no art. 170-A do CTN.

...

Aduz a fiscalização os seguintes motivos à glosa das compensações efetuadas pelo contribuinte:

a) inobservância do comando contido no artigo 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, não se respeitando o trânsito em julgado dos processos nos quais houve o reconhecimento do direito ao contribuinte em relação às seguintes rubricas: primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do empregado doente ou acidentado; adicional constitucional de férias (1/3); aviso prévio indenizado; e parcela de 13º salário indenizado.

b) o contribuinte não respeitou mandamento judicial que denegou o pedido de suspender a exigibilidade de créditos tributários inexistentes, uma vez que considerou o pagamento das seguintes rubricas passíveis de incidência da contribuição previdenciária como recolhimento indevido: férias; salário-maternidade; 13º salário (gratificação natalina) e adicionais: noturno, de horas extras, de insalubridade e de periculosidade. Em relação a tais rubricas, apesar de provimento jurisdicional desfavorável ao contribuinte, ainda assim, o mesmo compensou os valores correspondentes a essas rubricas, sem o respectivo suporte legal ou jurídico. Em relação ao adicional de transferência, também foi negado pela Justiça, consta o nome dessa rubrica nas planilhas apresentadas, porém não consta valor.

À vista do exposto, o lançamento se consubstancia no levantamento “GC” – Glosa de Compensação Indevida Incluída na GFIP – corresponde ao lançamento que agrega as compensações de contribuições previdenciárias, declaradas em GFIP, glosadas pela RFB, sujeito à multa de mora de 20% (vinte por cento) e juro SELIC. (Auto de Infração DEBCAD nº 51.026.422-0 – glosa de compensações, no valor de R\$ 5.684.088,47)

Já em relação ao Auto de Infração DEBCAD nº 51.026.423-9, relativo à imposição de multa isolada pela falsidade de declaração levada a efeito na GFIP – artigo 89, § 10 da Lei nº 8.212/91, no valor de R\$ 6.247.796,13, a lavratura fiscal abrange os valores referentes à aplicação da multa isolada de 150% incidente sobre os valores indevidamente compensados declarados em GFIP referente ao período de 07/2010 a 09/2012.

Sustenta, a fiscalização que “as compensações feitas pelo contribuinte de forma indevida caracterizam, em tese, falsidade de documento público, no caso, a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP. Em consequência, o sujeito passivo está sendo penalizado com a multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento) sobre o valor compensado indevidamente.” Esta lavratura fiscal abrange o Levantamento “MI” – Multa isolada de 150% sobre o valor original da compensação indevida e falsidade na declaração da GFIP. Houve a elaboração de Representação Fiscal Para Fins Penais – RFFP, pela ocorrência, em tese, do delito de falsificação de documento público, capitulado no art. 297, parágrafo 3º, III, do Código Penal.

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde reitera as alegações trazidas na impugnação relativas à parte mantida pela primeira instância:

III - DOS FATOS

15) As compensações são originárias de créditos reconhecidos nos autos dos mandados de segurança nºs 21033-26.2010.4.01.3300, 3598-05.2011.4.01.3300 e 35311-95.2011.4.01.3300. Referidos mandados de segurança foram impetrados com intuito do contribuinte não ser compelido ao recolhimento da contribuição social previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título de salário-maternidade, férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço), aviso prévio indenizado, vale transporte pago em pecúnia, e adicionais noturno, de hora extra, insalubridade, periculosidade e de transferência. O autuado obteve êxito parcial na suas ações, tendo seu direito de não mais pagar sobre parcela das verbas discutidas, bem como compensar os créditos apurados decorrentes dos pagamentos indevidos.

...

V - DA LEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 66 DA LEI Nº 8.383/91

21) O artigo 66 da Lei nº 8.383/91 faculta ao contribuinte a possibilidade de utilizar os créditos com a Fazenda Pública, relativos a tributos pagos a maior ou indevidamente, o direito de compensar aludidos valores com débitos vincendos, independentemente de autorização da Administração Pública. Nesta hipótese, os valores a compensar são apurados e registrados pelo próprio contribuinte, em seus livros contábeis e fiscais, e a compensação efetiva-se independentemente de prévia autorização do ente tributário, cuja participação na operação, cinge-se a posterior revisão dos atos praticados pelo contribuinte, sua possível homologação, ou ao lançamento por discordância parcial ou total com a compensação realizada.

22) A Lei nº 8.383/91, em seu art. 66, trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização. 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 e julgados judiciais. Ademais, ainda que se admita, sob hipótese, que as compensação somente poderiam ter sido lançadas após o trânsito em julgado, os Autos de Infração deveriam ter sido lançados com exigibilidade suspensa quanto aos valores que foram objeto de compensação com créditos de contribuição previdenciária.

...

Além de todas estas razões, fartamente reproduzidas nos demais instrumentos de impugnação, os responsáveis solidários assim formulam seus específicos argumentos:

- Sagarana Participações Ltda (fls. 914/1.001) e Taizé Participações Ltda (fls. 4.092/4.179):

II – DA IMPOSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA À IMPUGNANTE

1) Invocam o preceito contido no artigo 146, inciso III, “a” da Constituição Federal de 1988, bem assim o artigo 124 do Código Tributário Nacional – CTN, para concluírem que a responsabilidade solidária, em razão do “interesse comum”, segundo jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, somente pode ser atribuída àqueles que têm vinculação com a ocorrência do fato gerador, não sendo suficiente o simples fato de pertencerem ao mesmo grupo econômico. Cita julgados.

2) Aduzem que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que a responsabilidade atribuída por lei está limitada às pessoas vinculadas ao fato gerador, porque deve ser observado o artigo 128 do CTN. Cita julgado.

3) Cada sociedade integrante de um mesmo grupo econômico é dotada de personalidade jurídica própria, possuindo o seu

próprio patrimônio (direitos e obrigações). A lei societária brasileira não atribui responsabilidade solidária (ou subsidiária) a sociedades ligadas, como também não atribui personalidade jurídica ao grupo de sociedades, seja ele de fato ou de direito. Cita doutrina. O inciso IX do artigo 30 da Lei nº 8.212/91 é ilegal e inconstitucional, porque extrapolou sua competência, na medida em que pretende atribuir responsabilidade solidária a qualquer integrante de grupo econômico, independente de sua vinculação ao fato gerador, em oposição ao que é exigido em lei complementar (artigos 124, inciso I e II c.c. artigo 128, todos do CTN).

4) Não foi demonstrado o suposto interesse comum no fato gerador das contribuições previdenciárias em questão, como forma a caracterizar a responsabilidade solidária.

5) Finalizam, em síntese, afirmando que não deve prevalecer a responsabilidade solidária pois: (i) não restou demonstrado o interesse comum no fato gerador das contribuições previdenciárias; e, (ii) o artigo 30, inciso IX da Lei nº 8.212/91 ofende o artigo 146, inciso III, “a” da Constituição Federal e os artigos 124, I e II, e 128 do CTN.

...

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame.

Recurso de ofício**Multa Isolada**

Além da glosa realizada, a fiscalização aplicou multa isolada agravada sob o fundamento de suposta falsidade de declaração, artigo 89, §10º da Lei nº 8.212/91:

Artigo 89 (...)

§10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

A declaração a que se refere a fiscalização seria a GFIP e a falsidade decorreria de a recorrente conhecer a inexistência de crédito a compensar. Acontece que todas as parcelas que originaram os créditos alegados pelo recorrente foram objeto de demandas judiciais do próprio recorrente, algumas das quais em outras ações foram apreciadas pelo STJ e se encontram aguardando julgamento definitivo no STF:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.957 - RS (2011/0009683-6)

(...)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

1. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

1.1 Prescrição.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 566.621/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11.10.2011), no regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC (repercussão geral), pacificou entendimento no sentido de que, "reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-

somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005". No âmbito desta Corte, a questão em comento foi apreciada no REsp 1.269.570/MG (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.6.2012), submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ficando consignado que, "para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN".

1.2 Terço constitucional de férias.

No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, "d", da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97).

Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: "Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção

(...)

RE 593068 RG / SC - SANTA CATARINA

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Ementa EMENTA: CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO NATALINA (DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO). HORAS EXTRAS. OUTROS PAGAMENTOS DE CARÁTER TRANSITÓRIO. LEIS 9.783/1999 E 10.887/2004. CARACTERIZAÇÃO DOS VALORES COMO REMUNERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO). ACÓRDÃO QUE CONCLUI PELA PRESENÇA DE PROPÓSITO ATUARIAL NA INCLUSÃO DOS VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (SOLIDARIEDADE DO SISTEMA DE CUSTEIO).

1. Recurso extraordinário em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno', e 'adicional de insalubridade'. Discussão sobre a caracterização dos valores como remuneração, e, portanto, insertos ou não na base de

cálculo do tributo. Alegada impossibilidade de criação de fonte de custeio sem contrapartida de benefício direto ao contribuinte. Alcance do sistema previdenciário solidário e submetido ao equilíbrio atuarial e financeiro (arts. 40, 150, IV e 195, § 5º da Constituição).

2. Encaminhamento da questão pela existência de repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

Em razão de toda a controvérsia jurisprudencial acerca da incidência ou não da contribuição previdenciária sobre essas parcelas não me parece razoável considerar que teria havido falsidade por parte do recorrente ao declarar os recolhimentos incidentes sobre essas parcelas créditos sujeitos à compensação.

Nesse sentido, merece transcrição trecho da decisão recorrida:

Se o contribuinte tivesse aproveitado o contexto para incluir fatos geradores diversos, ou apurar valores distorcidos, ou, ainda, tivesse contra si decisão judicial de improcedência com trânsito em julgado em ação que visasse reconhecer a não incidência de tais verbas, e, não obstante isto, fizesse a compensação, talvez fosse o caso da configuração da falsidade, pois, nestes casos, o contribuinte estaria distorcendo os fatos para iludir o Fisco. No caso do presente Auto de Infração, o contribuinte procedeu à compensação baseado em teses jurídicas que, ainda que o Fisco não as aceite por força do princípio da vinculação ao lançamento e da legalidade, são realidades no cenário jurisprudencial.

Quanto ao artigo 170-A do CTN, de fato o recorrente deixou de observá-lo. A antecipação da compensação antes do trânsito em julgado contraria norma expressa de lei. Assim procedendo, a compensação já se torna indevida, mas por si só não se caracteriza como uma conduta de falsificação. Do contrário, os conceitos de compensação indevida e falsidade na declaração sempre coincidiriam. As compensações devem ser obrigatoriamente declaradas em GFIP e quando consideradas indevidas o são justamente porque contrariam algum dispositivo legal, já que todas as regras decorrem de lei. Assim, contrário senso, toda compensação contrária à lei também seria em última instância uma falsidade. O que me parece um alargamento insustentável do conceito e, conseqüentemente, do redimensionamento dos casos de aplicação da multa isolada:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Por essas razões, entendo inaplicável ao caso a multa isolada por falsidade.

Responsabilidade solidária de representantes legais

No exame da responsabilidade solidária em relação aos representantes legais Roberto Zitelmann de Oliveira, Clovis Mendes Duarte, Matheus Oliva Marcílio Souza e Roberto Zitelmann de Oliveira Junior, a fiscalização entendeu que seria o caso de aplicação do artigo 124 do CTN em razão da caracterização da hipótese no artigo 135, III:

46. De acordo com o inciso III, do artigo 135 do Código Tributário Nacional, Lei no 5172 de 25.10.66, são pessoalmente

responsáveis pelos créditos tributários correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

47. *Conforme constatamos na verificação dos processos judiciais apresentados pela empresa, a mesma não respeitou o disposto no Art. 170-A do CTN, ou seja, as compensações só poderiam ser feitas após o trânsito em julgado das sentenças em relação às rubricas deferidas pela Justiça, o que, efetivamente, não havia ocorrido na época das compensações (ver item 8.1).*

48. *A empresa também efetuou a compensação de créditos tributários inexistentes, uma vez que considerou o pagamento de diversas rubricas incidentes de contribuição previdenciária como recolhimento indevido (ver item 8.2).*

49. *Por esta razão, seus representantes legais respondem solidariamente pelo crédito previdenciário devido neste processo.*

Ou seja, como se entendeu se tratar de falsidade da declaração, imputou-se responsabilidade solidária; contudo, uma vez que considero a inexistência de falsidade pelas razões acima, conseqüentemente chego à mesma conclusão da decisão recorrida de que não teria havido excesso de poderes ou infração a lei:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

No entanto, cabe ressaltar que a exclusão da responsabilidade solidária dos representantes legais não significa que na fase de execução o "Relatório de Vínculos" não possa se prestar para que a Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN, em outras hipóteses legais, venha a cobrar o crédito dos representantes legais. No momento, apenas se chega à conclusão de que ainda não há elementos suficientes para a responsabilização solidária na hipótese indicada pela fiscalização.

Assim, nego provimento ao recurso de ofício.

Recurso voluntário

Concomitância com ação judicial

De fato, na ação judicial promovida pela recorrente discute-se a procedência ou não do crédito tributário sobre as mesmas parcelas objeto das ações judiciais, inclusive com pedido pela procedência do direito de compensação, o que caracteriza a concomitância nessa

parte e, conseqüentemente, implica o reconhecimento da renúncia de se discutir a mesma questão no processo administrativo, ainda que a propositura da ação seja anterior à autuação fiscal que glosou as compensações:

Lei nº 6.830/80

Art. 38 (...)

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Lei n.º 8.213, de 24/07/91:

Art.126 (...)

§3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Assim, por concomitância com o objeto na ação judicial, não se conhecerá da matéria relativa ao direito à compensação. Contudo, em relação a matéria concomitante deve ser observado o artigo 86, §2º do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011:

Art. 86. (...)

§ 2º O lançamento para prevenir a decadência deve seguir seu curso normal, com a prática dos atos administrativos que lhe são próprios, exceto quanto aos atos executórios, que aguardarão a sentença judicial, ou, se for o caso, a perda da eficácia da medida liminar concedida.

Passo a examinar as demais questões.

Responsabilidade por formação de grupo econômico de fato

A fiscalização demonstrou que o quadro societário da recorrente é formado pelas duas empresas Sagarana Participações Ltda e Taizé Participações Ltda, adicionando que ocupam as mesmas instalações e estão sob a mesma direção dos representantes legais da recorrente Srs. Roberto Zitelmann de Oliva e Roberto Zitelmann de Oliva Junior:

38. Insta ressaltar que, após análise das alterações e consolidações contratuais nos 34, 35 e 36 da Intermarítima Terminais Ltda (DOC 13 a 15), registradas na JUCEB em 12.05.10 12.03.12 e 09.05.12, respectivamente, ficou constatada que a empresa era administrada pelos Srs. Roberto Zitelmann de Oliva e Roberto Zitelmann de Oliva Junior e que seu quadro societário é formado pelas empresas Sagarana Participações

Ltda e Taizé Participações Ltda, ambas administradas pelo Sr. Roberto Zitelmann de Oliva, ressaltando que as três empresas estão localizadas no mesmo endereço com atividades relacionadas à armazenagem, depósito de cargas, transporte marítimo e operação portuária de um modo geral.

39. Em 13.07.12, foi registrada na JUCEB a 37ª alteração contratual/Ata da Assembléia Geral Extraordinária (DOC 16), realizada em 04.07.12, para transformação da Intermarítima Terminais Ltda em Sociedade Anônima sob a denominação de Intermarítima Portos e Logística S/A, em que foram eleitos como membros do Conselho de Administração os Srs. Roberto Zitelmann de Oliva (Presidente), Roberto Zitelmann de Oliva Junior e Ricardo Zitelmann Santos de Oliva.

40. Posteriormente, em 08.08.12, foi registrada na JUCEB a Ata de Reunião do Conselho de Administração (DOC 17), realizada no dia 27.07.12, que elegeu como diretores os Srs. Roberto Zitelmann de Oliva Junior (Presidente), Matheus Oliva Marcílio de Souza e Clóvis Mendes Duarte.

41. Durante o período fiscalizado de 01/2010 a 12/2012, a empresa era uma sociedade limitada até 13.07.12 e a partir dessa data passou a ser uma Sociedade Anônima - S/A.

41.1. No 1º período, a empresa teve como sócias as empresas Sagarana Participações Ltda e Taizé Participações Ltda, sendo o Sr. Roberto Zitelmann de Oliva administrador comum das três sociedades e o Sr. Roberto Zitelmann de Oliva Junior, administrador da Intermarítima Terminais Ltda; e

41.2. No 2º período, as empresas sócias passaram a ser acionistas, tendo o Sr. Roberto Zitelmann de Oliva como administrador de ambas e presidente do conselho de Administração da Intermarítima Portos e Logística S/A cujo diretor-presidente é o Sr. Roberto Zitelmann de Oliva Junior.

42. Sendo assim, fica caracterizada a existência de GRUPO ECONÔMICO formado pelas três empresas, pois, existe uma coordenação geral entre elas, uma vez que estão sob a direção, controle ou administração das mesmas pessoas, os Srs. Roberto Zitelmann de Oliva e Roberto Zitelmann de Oliva Junior.

43. De acordo com o art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), temos o conceito legal de grupo econômico:

43.1. “Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para efeitos da relação de emprego, solidariamente responsável a empresa principal e cada uma das subordinadas.”

44. O artigo 494 da Instrução Normativa – IN RFB no 971, de 13/11/2009, conceitua grupo econômico, assim:

44.1. “Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica”.

45. As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previdenciárias, conforme disposto no inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212, de 1991 e art. 222 do RPS – Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06.05.99 (com a redação dada pelo Decreto nº 4.032, de 26.11.01).

O recorrente, através de jurisprudência de nossos tribunais, sustenta que deveria a fiscalização demonstrar que as empresas teriam interesse comum na situação que constitui os fatos geradores em questão.

Contudo, a responsabilidade pelas contribuições previdenciárias tem regra especial no artigo 30, IX da Lei nº 8.212/91, segundo o qual bastaria a formação do grupo econômico para que todas as empresas que dele participem respondam individual e conjuntamente sobre as contribuições devidas por qualquer uma delas, independentemente da participação ou não nos atos que constituam fatos geradores ou infração. A responsabilidade, assim, é objetiva:

Art. 30 (...)

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

O conceito de grupo econômico ou societário tem previsão tanto na Lei nº 6.404/76 como também, para fins de proteção do trabalhador, na CLT. Em ambas, a característica essencial é o controle de uma ou mais empresas sobre as demais. Esse controle é exercido pela prevalência nas deliberações, o que decorre da participação no capital social, o que ficou plenamente demonstrado pela fiscalização.

Por tudo, voto por conhecer do recurso de ofício e parcialmente do recurso voluntário para, na parte conhecida, negar-lhes provimento.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes

Processo nº 10580.723550/2013-01
Acórdão n.º **2301-004.895**

S2-C3T1
Fl. 5.070
