



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

Processo n° 10580.728069/2013-02
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.446 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de junho de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FOX DO BRASIL SERVIÇOS DE LIMPEZA E CONSERVAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

DISSOLUÇÃO IRREGULAR. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ADMINISTRADORES.

Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando a responsabilização pessoal dos administradores pelo crédito tributário, de acordo com a Súmula 435 do STJ.

RESPONSABILIDADE PESSOAL DO ADMINISTRADOR. INFRAÇÃO À LEI.

A dissolução irregular da sociedade que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal sem comunicação aos órgãos competentes representa hipótese de infração à lei, enseja a responsabilização pessoal pelo crédito tributário, com base no artigo 135 do CTN.

FÉRIAS INDENIZADAS E RESPECTIVO ADICIONAL. ADICIONAL SOBRE FÉRIAS USUFRUÍDAS. VERBAS INDENIZATÓRIAS. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Não incidência de contribuição previdenciária sobre as férias indenizadas e respectivo adicional (1/3), bem como em relação ao adicional (1/3) sobre férias usufruídas (gozadas).

OUTRAS VERBAS INDENIZATÓRIAS. ÔNUS DA PROVA. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PROVAS.

Cabe ao interessado a prova do alegado. Não o fazendo, tornam-se improcedentes as razões apresentadas por estarem desacompanhadas de provas.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 de férias e sobre as férias indenizadas por motivo de rescisão contratual, vencidos os Conselheiros Martin da Silva Gesto (Relator), Dílson Jatahy Fonseca Neto e Junia Roberta Gouveia Sampaio, que deram provimento parcial em maior extensão, para também afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre as férias indenizadas não gozadas por necessidade de serviço. Foi designada a Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto (Suplente convocada) para redigir o voto vencedor na parte em que o Relator foi vencido.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator.

(assinado digitalmente)

Rosemary Figueiroa Augusto - Redatora designada

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Martin da Silva Gesto, Márcio Henrique Sales Parada, Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dílson Jatahy Fonseca Neto e Rosemary Figueiroa Augusto (Suplente Convocada).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto nos autos do processo nº 10580.728069/2013-02, em face do acórdão nº 14-54.754, julgado pela 7ª. Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (DRJ/RPO) no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo Jorge Acácio de Miranda Reis.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem, que assim os relatou:

Do Lançamento

Trata-se Autos de Infração de Obrigação Principal - AIOPs de 14/10/2013 (ciência do contribuinte), relativos ao período de

01/2009 a 12/2010, incluindo o décimo terceiro salário, constituídos dos seguintes débitos:

- *Debcad nº 51.046.776-4: contribuições da empresa sobre a remuneração dos empregados, contribuintes individuais e para financiamento dos benefícios em razão da incapacidade laborativa (SAT/RAT), no valor de R\$ 14.081.812,91 (quatorze milhões, oitenta e um mil, oitocentos e doze reais e noventa e um centavos);*
- *Debcad nº 51.046.887-0: contribuição dos segurados empregados e contribuintes individuais, no valor de R\$ 5.070.154,87 (cinco milhões, setenta mil, cento e cinquenta e quatro reais e oitenta e sete centavos);*
- *Debcad nº 51.046.888-8 contribuições a outras entidades e fundos (terceiros), qual sejam Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE, Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA, Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – SENAC, Serviço Social do Comércio – SESC e Serviço de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – SEBRAE, no valor de R\$ 924.115,77 (novecentos e vinte e quatro mil, cento e quinze reais e setenta e sete centavos).*

De acordo com o Relatório Fiscal - RF (fls. 50/65), o Aviso de Recebimento – AR, através do qual a empresa seria comunicada do início da ação fiscal, retornou por motivo de mudança de endereço.

Não tendo havido a comunicação à Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB da alteração do endereço, foi efetuada a cientificação por meio de publicação de edital.

Diante da não manifestação do sujeito passivo e a consequente não apresentação dos documentos solicitados no Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, o presente crédito tributário foi apurado com base nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social – GFIPs constantes no sistema GFIP-Web e na Escrituração Contábil Digital – ECD, obtida através do Sistema Público de Escrituração Digital – SPED, bem como das Relações Anual de Informações Sociais – RAIS, obtidas do sistema CNISA.

Afirma o RF que identificou-se, através de exame das RAIS e da ECD, remunerações pagas a segurados empregados e contribuintes individuais e não declaradas em GFIPs, conforme demonstração de fls. 122/123.

Os valores referentes a contribuintes individuais - pro labore -, foram apurados por meio da contabilidade da empresa, conforme relação de fl. 141.

Foram apropriados como crédito e deduzidos dos valores das contribuições previdenciárias apuradas os valores das Guias da Previdência Social – GPS recolhidas, relativas à retenção sobre as notas fiscais de prestação de serviços, deduzidos os valores

anteriormente compensados em GFIP, conforme demonstrado no RF às fls. 54/55.

Em função da não entrega dos arquivos digitais da folha de pagamento e pela falta de esclarecimentos durante a ação fiscal, a multa de ofício (75%) foi aplicada agravada em 50%, nos termos do art. 44, § 4º, I e II da Lei nº 9.430/96.

Dissolução Irregular da Empresa - Sujeição Passiva Solidária

De acordo com o RF, a conduta da empresa ao mudar de endereço sem a devida comunicação à RFB e sua não manifestação após a publicação do edital para a apresentação dos documentos solicitados no TPF caracteriza sua dissolução irregular, visto que a dissolução de uma sociedade se constitui em um conjunto de atos regulados por lei e o descumprimento das disposições legais por parte de uma sociedade implica, nos termos do art. 135, III do CTN (Lei nº 5.172/66), a responsabilização solidária dos sócios quanto a seus débitos fiscais.

Conclui a auditora fiscal que, diante da constatação in loco do não funcionamento da empresa e do não atendimento à intimação publicada através de edital, resta claramente evidenciado o encerramento da atividade empresarial, porém sem proceder aos ditames legais exigidos, configurando-se, portanto, uma situação de dissolução de fato da sociedade, ou seja, uma dissolução irregular, conforme a Súmula 435 do STJ:

"Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente".

Por essa razão, foram formalizados os Termos de Sujeição Passiva Solidária dos sócios Augusto César da Silva Teixeira, Fabiana Teixeira Gonçalves e Jorge Acácio de Miranda Reis (fls. 142/159).

Para os sócios Augusto César da Silva Teixeira e Jorge Acácio de Miranda Reis foram emitidos Termos de Arrolamento de Bens e Direitos, com base nas informações obtidas nas bases integradas da RFB, através do sistema CONPROVI, tais como a DOI – Declaração de Operações Imobiliárias e, para a sócia Fabiana Teixeira Gonçalves, foi emitido o Termo de Ausência de Bens e Direitos, por não terem sido encontrados bens nas bases integradas da RFB através do sistema CONPROVI, sendo que, a depender do resultado da circularização, caso sejam encontrados bens, será lavrado o Termo de Arrolamento de Bens e Direitos.

De acordo com as alterações contratuais de fls. 87/110 e Relatório de Vínculos de fl. 66, os períodos de atuação dos sócio administradores são:

- Jorge Acácio de Miranda Reis: de 26/08/1999 a 16/11/2009;

- Fabiana Teixeira Gonçalves: de 25/11/2003 a 13/11/2009;

- Augusto César da Silva Teixeira: a partir de 21/10/2009.

Representação Fiscal

Informa ainda o RF que, pela omissão em GFIP de fatos geradores das contribuições previdenciárias, será formalizada Representação Fiscal para Fins Penais – RFFP junto ao Ministério Público Federal, em virtude da prática, em tese, do crime de sonegação fiscal, conforme disposto no artigo 337-A, I e III, da Lei nº 9.983/2000 e que, pela omissão em GFIP de fatos geradores das contribuições para outras entidades e fundos, será formalizada RFFP junto ao Ministério Público Federal, em virtude da prática, em tese, de crime contra a ordem tributária, conforme previsto no artigo 1º, I da Lei nº 8.137/90.

Desmembramento do processo administrativo

Conforme o Termo de Transferência de Crédito Tributário e Extrato de Processo de fls. 541/561, em 25/07/2014, foi transferido para o processo n.º Comprot 18050- 720255/2014-76 o crédito tributário referente a terceiros, inicialmente lançado no presente processo, sob o Debcad nº 51.046.888-8, no valor de R\$ 924.115,77, o qual segue rito próprio, independente do processo em discussão.

Impugnação

No prazo regulamentar, apenas o sócio Jorge Acácio de Miranda Reis apresentou impugnação (fls. 175/191), na qual alega, resumidamente:

Da Impugnação À Sujeição Passiva

Inicialmente o impugnante afirma que:

- por discordar da forma de gestão da empresa e estando apto exercer outra atividade profissional, deixou de fazer parte de seu quadro societário 19/11/2009, vendendo as suas cotas para um dos atuais sócios, o Sr. Frederico Monteiro Campos;

- atuou como advogado empregado do sujeito passivo até agosto de 2011, quando, demitido sem justa causa, foi obrigado a ingressar com reclamação trabalhista para receber seus proventos e parcelas rescisórias;

- segundo os dados contábeis existentes à época e de conhecimento do sócio que se retirava, a empresa possuía ativos muito superiores ao passivo conhecido;

- a devedora principal - Fox do Brasil - sempre funcionou no endereço constante no seu Contrato Social, qual seja, Rua da Cacimba S/N;

- se houve alguma mudança de endereço não comunicada aos órgãos competentes para o atual domicílio conhecido e onde

funciona, como comprovado pela documentação em anexo (contas de água, energia, notificações da Justiça do Trabalho), tal fato se deu após sua saída da sociedade empresarial, incluindo aí o lapso temporal previsto nos art. 1.003 e 1.032 do Código Civil, em nada concorrendo para tal evento;

- a empresa, pelo que se depreende das provas coletadas, está longe de ter sido extinta - muito ao contrário, vem funcionando plenamente no endereço "Praça Martiniano Maia, nº 15, Edifício Biana, Centro, Lauro de Freitas, Bahia";

Aduz o impugnante que, pelo exposto, o Termo de Sujeição Passiva Solidária não se coaduna com o melhor direito, tão pouco pode se valer da fundamentação posta, seja porque a presunção de extinção resta elidida, seja porque o redirecionamento, se cabível, deve se limitar ao sócio responsável pelo ato que a justifica.

Ainda que não seja responsável pelo débito, assustando-se com o montante envolvido, o impugnante buscou, junto ao contribuinte principal toda a documentação que pudesse vir a aclarar a pretensão fiscal e a realidade da pretensão tributária: GRFs, Extratos de Contribuições de Empresas e Equiparados, DMSs, GPSs pagas, no período de janeiro a dezembro de 2009.

Reitera que, se foi deixado de informar à Receita Federal do Brasil uma mudança de endereço, esse fato é de responsabilidade exclusiva dos atuais sócios, pois o impugnante saiu regularmente da sociedade empresarial em 19/11/2009, data do registro dos atos na Junta Comercial do Estado da Bahia, não havendo por que redirecionar a citação a ex-sócio que já se retirou do quadro societário há aproximadamente quatro anos e a ocorrência da mudança de endereço se deu quando ele não mais se encontrava na empresa, muito menos fazia parte do seu quadro societário;

Aduz ainda que foge ao princípio da razoabilidade a imputação de responsabilidade solidária de ex-sócio calcada unicamente em presunção de extinção irregular da sociedade, que seria de responsabilidade de quem deu causa, neste caso, os atuais sócios.

A Súmula 435 do STJ, tomada por base pela fiscalização, não encontra guarida no caso em tela, eis que não há qualquer prova que justifique que o impugnante agiu com dolo ou fraude no período em que era sócio.

Se há presunção da extinção da empresa de forma irregular por não ter a mesma comunicado a mudança de endereço ou não ter atendido à fiscalização que lhe foi direcionada em 12/06/2013, a responsabilidade é dos atuais sócios e não do impugnante que, como já dito, deixou regularmente a sociedade há aproximadamente quatro anos.

Citando trecho de ilustre doutrinadora e também jurisprudência do STJ, conclui o impugnante não ter qualquer responsabilidade

pelas decisões dos atuais administradores da empresa após sua retirada regular e legal do quadro societário, ensejando assim, a improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 003, bem como a anulação do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos em seu nome lavrado.

Dos Aspectos Contábeis dos Autos de Infração

Aduz o interessado que a auditora fiscal afirma, no Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 003, a ele direcionado, que os valores apurados, obtidos através da ECD, não foram detectados nas GFIPs, conforme demonstrado nas Planilhas Contabilidade X GFIP 2009 e 2010 anexadas a este processo, o que gerou os levantamentos de créditos previdenciários referente ao período de 01/2009 a 12/2010.

Mas, já no primeiro momento da autuação, a auditora alega que a base impositiva foi transversa em razão da não apresentação das GFIPs em alguns períodos, promovendo uma insegurança nos números por ela apontados.

Anexando cópias da guias de FGTS do período mencionado, cuja emissão só pode ser realizada após a transmissão da GFIP, aduz que, pelos princípios do contraditório, ampla defesa e razoabilidade, há que se devolver o prazo para quem de direito possa apresentar os documentos que presumidamente estão em seu poder, devendo os lançamentos serem revistos, confrontando-se os documentos ora carreados, isto porque, depreende-se dos AIOPs lavrados que os valores de créditos previdenciários levantados no período de janeiro a dezembro de 2009 foram apurados de forma genérica, o que vai de encontro aos preceitos legais aplicáveis.

Destaca o impugnante que, na documentação que traz aos autos, resta demonstrado que não havia débito em aberto de contribuições previdenciárias quando de sua saída do quadro societário - ao contrário, parcelas em aberto referentes a diferença de recolhimentos haviam sido objeto de parcelamento, já pelos atuais sócios, e em valores diversos dos pretendidos pela fiscalização, isto é, os documentos pertinentes e hábeis para demonstrar o real valor do crédito tributário do período desconstituem os números apurados pela via indireta, utilizada no lançamento de ofício.

A assertiva anterior se robustece quando analisadas as folhas do faturamento contabilizadas, as guias de retenção lançadas e as Guias de Recolhimento da Previdência Social em anexo, todas indicando bases impositivas e recolhimentos efetuados em desacordo com as lançadas na autuação, pois todos os débitos previdenciários devidos no período de 01/2009 a 12/2009 foram apurados e registrados pela própria Receita Previdenciária e, se saldo havia, foi parcelado pelos atuais gestores da empresa em 01/2010.

Além disso, os valores auto-lançados pelo contribuinte, à época, são superiores aos efetivamente devidos, face às ilegalidades na

constituição dos valores, uma vez que é pessoa jurídica de direito privado, utiliza mão de obra direta, realizando atividade como empregadora e, por força do nosso ordenamento jurídico, se posiciona como responsável pelo recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a folha salarial, nos exatos termos da CLPS.

Ao se depurar a formatação da base imponible, detecta-se que a formatação imposta pela legislação infraconstitucional vai de encontro à regra "mater", encontrando-se em desacordo com o ordenamento jurídico pátrio, em particular no que tange à inclusão de rubricas de caráter indenizatório em seu totalizador.

Também afirma que a fiscalização não computou os pagamentos efetuados a título de contribuições previdenciárias devidas, como retenções feitas em Notas Fiscais Fatura, recolhimentos para terceiros e complementação de recolhimentos, além de não ter computado os valores que foram pagos em parcelamentos.

Os documentos que acompanham a presente impugnação comprovam a inexistência de débitos previdenciários, com exceção de algumas parcelas dos parcelamentos feitos pelo atual sócio e que se encontram em atraso, não se podendo permitir que a exigibilidade prossiga sem que se confronte os documentos em poder da empresa devedora, no sentido de se expurgar da base de cálculo das contribuições previdenciárias exigidas, verbas de natureza indenizatória e, portanto não tributadas, em consonância com o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores, que entendem que a base de cálculo das contribuições previdenciárias devem ser, exclusivamente, as parcelas incorporáveis ao salário, ou seja, verbas de natureza salarial, expurgando aquelas de natureza indenizatória ou previdenciária.

No presente caso, auditora lançou débitos a partir de uma leitura genérica de alguns dados existente na base de dados da Receita Previdenciária, englobando as rubricas indevidas no período em que se projetou os lançamentos (01/2009 a 10/2009): a verba a título de 1/3 sobre férias, horas extras, a primeira quinzena do auxílio doença e vale transporte em pecúnia, as quais, face a seu caráter indenizatório, não devem compor a base de cálculo da contribuição para a Previdência Social.

Da natureza indenizatória do terço de férias

Afirma o sujeito passivo terem as verbas recebidas pelos trabalhadores a título de terço de férias caráter exclusivamente indenizatório, não podendo servir como base de cálculo para fins de contribuição previdenciária, uma vez essa que tem por objetivo viabilizar ao trabalhador em férias a realização de atividades não habituais.

Apresentando jurisprudência na forma de acórdãos do STF e TRF, conclui que não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária sobre verbas pagas a sob esse título.

Da Natureza Indenizatória Do Auxílio Doença

O contribuinte também contesta a exigência de contribuições sociais sobre valores pagos a título de auxílio doença, relativo aos 15 primeiros dias de afastamento do servidor acidentado, por não possuírem natureza salarial, visto que visam ressarcir o servidor das despesas médicas, não sendo uma contraprestação do trabalho prestado.

Transcreve acórdão do STJ corroborando seu entendimento.

Da Natureza Indenizatória Das Horas Extras

Da mesma forma, afirma possuírem natureza indenizatória os valores pagos pela a título de hora extra, razão pela qual também não sofrem incidência de contribuição previdenciária.

Transcreve acórdãos do STF corroborando seu entendimento.

Do Vale Transporte

Aduz a interessada que, do mesmo modo que as demais rubricas citadas, aquelas pagas a título de vale transporte em pecúnia também possuem natureza indenizatória, razão pela qual sobre elas também não incide contribuição previdenciária, conforme jurisprudência do STJ, que transcreve.

Do Pedido

Ao final, anexando os documentos de fls. 192/537, requer:

- a rejeição do Termo de Sujeição Passiva Solidária n.º 0003;*
- a total improcedência dos autos de infração a ele relacionados, uma vez que comprovada a inexistência de omissão de recolhimento;*
- caso não seja esse o entendimento, a determinação de revisão fiscal por estranho ao feito, a fim de se confirmar os números e os recolhimentos apontados pela impugnação;*
- a anulação do Termo de Arrolamento de Bens lavrado.*

É a síntese dos autos.

A DRJ de origem entendeu pela improcedência da impugnação apresentada pelo sujeito passivo. Inconformado, apresentou ele recurso voluntário às fls. 602/657, onde são reiterados os argumentos já lançados na impugnação.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Do Termo de Sujeição Passiva

Alega a recorrente que não deverias ser incluído no polo passivo da autuação fiscal, apresentando ele as seguintes razões:

- deixou de fazer parte do quadro societário em 19/11/2009;
- segundo os dados contábeis existentes à época, a empresa possuía ativos muito superiores ao passivo conhecido;
- se houve alguma mudança de endereço não comunicada aos órgãos competentes, tal fato se deu após sua saída da sociedade empresarial, incluindo aí o lapso temporal de 2 anos previsto no art. 1.003 e 1.032 do Código Civil;
- a empresa está longe de ter sido extinta - muito ao contrário, vem funcionando plenamente em endereço que informa;
- o Termo de Sujeição Passiva Solidária não se coaduna com o melhor direito, tão pouco pode se valer da fundamentação posta, seja porque a presunção de extinção resta elidida, seja porque o redirecionamento, se cabível, deve se limitar ao sócio responsável pelo ato que a justifica;
- a Súmula 435 do STJ, tomada por base pela fiscalização, não encontra guarida no caso em tela, eis que não há qualquer prova que justifique que o impugnante agiu com dolo ou fraude no período em que era sócio;

Todavia, não assiste razão ao recorrente. Ocorre que em consulta a diversos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB, constatou a DRJ de origem, com relação à Fox do Brasil Serviços de Limpeza e Conservação Ltda:

a situação cadastral do CNPJ 40.586.117/0001-91 é “Inapta”, por motivo de “Localização Desconhecida” desde 27/12/2013 (consulta anexada aos autos);

a declaração da inaptidão se deu por meio do Ato Declaratório Executivo – ADE nº 86, de 23/12/2013 (cópia anexada aos autos), em consequência da Representação Fiscal - Pessoa Jurídica Inapta, emitida pela auditora fiscal autuante em 31/10/21013 (processo n.º Comprot 10580.729172/2013-61), logo após o encerramento da ação fiscal que culminou com a lavratura dos AIOP em discussão;

a condição de inapta perante a RFB se mantém até o momento, não tendo a empresa tomado qualquer atitude no sentido de regularizar a situação;

a última GIFP transmitida refere-se à competência 06/2011;

a última GPS recolhida com contribuições previdenciárias foi para a competência 11/2011, referente à retenção de 11% sobre o valor de nota fiscal ou fatura relativa a prestação de serviços;

após 11/2011 constam várias GPS, todas relativas a reclamatórias trabalhistas;

Diante do exposto, incabíveis as alegações que a empresa continua em atividade, bem como do não cabimento da aplicação da Súmula 435 do STJ, a qual estabelece tão somente que presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente, independentemente da ocorrência – ou não – de dolo ou fraude.

Portanto, correta a fiscalização ao imputar responsabilidade solidária aos sócios administradores listados no item 6.2 do Relatório Fiscal, ressalvando-se que cada um deles é responsável legal pelos atos praticados durante o período em que exerceram função de administração na empresa autuada. Tal situação está clara em fl. 61 e 153 dos autos.

Em fl. 61:

Nome: Jorge Acácio de Miranda Reis

RG:4603693 BA 1100

CPF: 165.616.605-44

Endereço : Rua Manoel Gomes de Mendonça, 167, EDF São Matheus, apto.904

Bairro : PITUBA

Cidade / UF : SALVADOR - BA

CEP : 41.810-820

Vínculo com a empresa fiscalizada :

SOCIO – ADMINISTRADOR – Período de 26/08/99 a 19/11/2009.

O senhor Jorge Acácio de Miranda Reis foi sócio administrador da empresa no período de 26/08/99 à 19/11/2009, e, portanto, responsável legal pelos atos praticados durante o período fiscalizado de 01/2009 a 10/2009, conforme 14ª. Alteração e Consolidação Contratual com registro na JUCEB No. 96811834 em 12/02/2008 e 16ª. Alteração Contratual registro na JUCEB No. 96959798 em 19/11/2009.

Em fl. 153:

Vinculo com a empresa fiscalizada: SOCIO-ADMINISTRADOR no período de 26/08/1999 até 19/11/2009.

Os débitos em que participa solidariamente com a empresa, são os que possuem os DEBCAD nº 51.046.886-1 no valor de R\$14.081.812,91 (Quatorze milhões oitenta e um mil e oitocentos e doze reais e noventa e um centavos) e DEBCAD nº 51.046.887-0 no valor de R\$5.070.154,97 (Cinco milhões setenta mil e cento e cinquenta e quatro reais e noventa e sete centavos), proporcionalmente ao período em que foi sócio administrador da empresa.

Fica o sujeito passivo solidário supra mencionado CIENTIFICADO da exigência tributária de que trata os Autos de Infração lavrados relativamente aos tributos na data de 02/10/2010, contra o sujeito passivo supra referido, cujas cópias, juntamente com o presente Termo são entregues neste ato.

Portanto, somente deve responder o interessado pelo período em que foi sócio-administrador da empresa. Logo, em relação aos débitos deste processo administrativo fiscal, só deve ele responder em relação ao período 01/01/2009 a 19/11/2009.

Dos Aspectos Contábeis dos Autos de Infração.

O interessado argumenta que no Termo de Sujeição Passiva Solidária a ele direcionado consta que os valores apurados não foram declarados nas GFIPs, mas, no primeiro momento da autuação, há a alegação de que a base imponible foi transversa em razão da não apresentação das GFIPs, promovendo uma insegurança nos números apontados, uma vez que, ao anexar cópias da guias de FGTS, cuja emissão só pode ser realizada após a transmissão da GFIP, pelos princípios do contraditório, ampla defesa e razoabilidade, há que se reabrir prazo para a apresentação de documentos, depreendendo-se dos AIOPs lavrados que os valores de créditos previdenciários levantados foram apurados de forma genérica.

O recorrente, embora não tenha explicitamente afirmado, entende que, tendo o sujeito passivo efetuado a entrega das GFIPs no período, pré-requisito para a emissão das guias para o recolhimento do FGTS, a fiscalização induz a uma insegurança ao afirmar a que as citadas declarações não foram apresentadas.

Conforme bem decidiu a DRJ de origem, razão não lhe assiste, pois, ao afirmar que os valores apurados não foram declarados em GFIP, a auditoria fiscal refere-se, obviamente, ao resultado da comparação efetuada entre os valores de remuneração e contribuições previdenciárias apurados na contabilidade digital com aqueles informados nas GFIPs entregues, tudo conforme demonstrado nos documentos de fls. 122 a 141 – “Planilha Contabilidade – GFIP 2009”, “Planilhas Contabilidade 2009”, “Razão 2009” e “Razão Conta Pró Labore”.

Portanto, tendo sido excluídos os valores informados em GFIPs, toda remuneração apurada além desses valores deve, corretamente, ser considerada como não declarada em GFIP, não havendo que se falar em abertura de prazo para apresentação de documentos, nem de descumprimento de princípios do contraditório, ampla defesa e razoabilidade.

Salienta-se que não fora, ainda que em fase recursal, apresentado qualquer documento de prova que pudesse levar a conclusão diversa daquela do auditor-fiscal que lavrou o auto de infração.

Por fim, em relação as apropriações, assim entendeu a DRJ de origem, que ao meu entender, tal entendimento não carece de qualquer reparo:

"Afirma ainda a impugnação que a fiscalização também não computou os pagamentos efetuados a título de contribuições previdenciárias devidas, como retenções feitas em notas fiscais/fatura, recolhimentos para terceiros e complementação de recolhimentos.

Com referência aos recolhimentos relacionados com retenções em notas fiscais/faturas, o RF, às fls. 54/55, dispõe que somente foram apropriadas como créditos as GPS de retenção pagas, quando efetivamente foram declaradas em GFIP, uma vez que a empresa não apresentou, durante a ação fiscal, as Notas Fiscais de Serviços por ela emitidas, sendo que as GPS pagas de retenção (código de pagamento 2631) foram apropriadas como crédito, sendo deduzidos os valores das retenções compensadas anteriormente em GFIP, conforme demonstrado no quadro a seguir (...).

Após o quadro demonstrativo dos recolhimentos aproveitados, a fiscalização fez constar observação reafirmando que só foram apropriados os valores das GPS de retenção no limite dos valores de retenção declarados nas respectivas GFIPs, uma vez que a empresa não apresentou as Notas Fiscais para verificação dos valores retidos, bem como não se apresentou nem atendeu a fiscalização durante todo o curso da ação fiscal para prestar esclarecimentos, ou mesmo, se fosse o caso, proceder à retificação das GFIPs.

Com relação ao alegado não aproveitamento dos recolhimentos efetuados a terceiros, de acordo com o item "Desmembramento do processo administrativo" do Relatório que precede o presente voto, foi transferido para o processo nº Comprot 18050-720255/2014- 76 o crédito tributário referente a terceiros (...),o qual segue rito próprio, independente do processo em tela, não cabendo, portanto, qualquer consideração, vez que não há mais, no presente processo, a exigência dessa rubrica."]

Ainda, destaca-se a tabela de apropriação de GPS de retenção em fl. 53:

TABELA DE APROPRIAÇÃO DE GPS DE RETENÇÃO

COMP	VALOR DA RETENÇÃO DEC EM GFIP	VALOR TOTAL DAS GPS DE RETENÇÃO	VALOR APROPRIADO	HISTÓRICO DA APROPRIAÇÃO DAS GPSs DE RETENÇÃO
01/2009	254,60	236.085,15	254,60	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
02/2009	331.443,36	252.583,76	252.583,76	Valor total das GPSs apropriado: Valor da retenção declarado em GFIP
03/2009	0,00	284.042,49	0,00	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
04/2009	254,60	236.085,15	254,60	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
05/2009	0,00	212.792,97	77.748,58	Vlr aprop como crédito por ter sido objeto de cobrança automática por rebatimento C
06/2009	248.206,67	247.665,59	247.665,59	Valor total das GPSs apropriado: Valor da retenção declarado em GFIP
07/2009	60.222,41	229.112,95	60.222,41	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
08/2009	0,00	227.505,03	0,00	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
09/2009	589,76	235.797,00	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
10/2009	589,76	170.168,95	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
11/2009	589,76	246.124,78	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
12/2009	589,76	243.411,48	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
13/2009	328.994,84	0,00	0,00	Não existem GPSs de retenção para esta competência
01/2010	589,76	239.613,39	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
02/2010	589,76	250.280,08	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's
03/2010	589,76	247.622,89	589,76	Sobra de GPS não apropriada: Não declarou retenção em GFIP e não apresentou NF's

Bem como a observação de fl. 54:

OBS – Observe-se que na tabela acima só foram apropriados os valores das GPSs de retenção no limite dos valores de retenção declarados nas respectivas GFIPs, uma vez que a empresa não apresentou as Notas Fiscais para verificação dos valores retidos bem como não se apresentou nem atendeu a fiscalização durante todo o curso da ação fiscal, para prestar esclarecimentos, ou mesmo se fosse o caso, proceder à retificação das GFIPs.

A planilha que contém o cruzamento de dados GFIP x Contabilidade, também deixa bastante evidente que os valores objetos da autuação foram retirados da contabilidade da própria empresa. Tendo esta deixado de informar em GFIP os dados e valores corretos. Vejamos a fl. 122:

PLANILHA CONTABILIDADE - GFIP 2009

COMP	DESC	CONTABILIDADE	GFIP	CONTABILIDADE - GFIP
jan-09	SC	895.059,58	155.220,43	739.839,15
jan-09	DS	73.731,03	12.673,19	61.057,84
				0,00
				0,00
fev-09	SC	941.126,24	911.227,99	29.898,25
fev-09	DS	75.565,81	75.506,90	58,91
				0,00
mar-09	SC	951.021,44	1.446,39	949.575,05
mar-09	DS	76.190,63	130,17	76.060,46
				0,00
abr-09	SC	1.064.839,39	176.931,77	887.907,62
abr-09	DS	86.702,74	15.407,46	71.295,28
				0,00
mai-09	SC	1.034.886,26	450,00	1.034.436,26
mai-09	DS	86.197,65	36,00	86.161,65
				0,00
jun-09	SC	985.493,84	968.140,81	17.353,03
jun-09	DS	80.351,51	80.518,28	-166,77
				0,00
jul-09	SC	1.010.279,17	263.273,40	747.005,77
jul-09	DS	81.559,85	21.112,10	60.447,75
				0,00
ago-09	SC	1.025.311,17	450,00	1.024.861,17
ago-09	DS	82.982,01	36,00	82.946,01
				0,00
set-09	SC	1.032.009,93	2.051,37	1.029.958,56
set-09	DS	83.997,17	179,49	83.817,68
				0,00
out-09	SC	1.058.556,80	2.051,37	1.056.505,43
out-09	DS	84.776,75	179,49	84.597,26
				0,00
nov-09	SC	1.095.718,59	2.051,37	1.093.667,22
nov-09	DS	86.720,08	179,49	86.540,59
				0,00
dez-09	SC	1.052.610,56	2.051,37	1.050.559,19
dez-09	DS	85.130,68	179,49	84.951,19
				0,00
13o./2009	SC	891.262,44	0,00	891.262,44
13o./2009	DS	73.329,17	0,00	73.329,17

A planilha da contabilidade, referente ao ano de 2009, está às fls. 135 a 137. Foram de lá retiradas as informações que basearam o lançamento fiscal.

Desse modo, improcedentes também os argumentos da contribuinte em relação a tal questão.

Férias indenizadas e respectivo terço constitucional. Férias usufruídas.

Quanto a este tema, o Superior Tribunal de Justiça, no RESP 1.230.957/RS, em sede de repetitivo, já se manifestou, no sentido de que o terço constitucional de férias

possui natureza indenizatória/compensatória, não se enquadrando no artigo 22, I, da Lei 8.212/91. Segue abaixo transcrição do seguinte trecho da ementa:

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 desta Corte consolidada no sentido de afastar a contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas."

Em razão disso, entendo que deve ser afastada a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional (1/3) férias indenizadas e usufruídas (gozadas).

Em relação as férias indenizadas, pagas no momento da rescisão do contrato de trabalho ou aquelas "vendidas", em razão da necessidade de serviço, também devem se afastadas da incidência da contribuição previdenciária. Sobre o tema férias não gozadas, vasta é a jurisprudência da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no sentido de que os valores recebidos a título de férias não gozadas, constituem indenização não sujeita ao imposto de renda. Nessa sentido: Acórdãos CSRF/0400.127, DE 13/12/2005 e CSRF/0400.070, DE 08/06/2005.

Das outras verbas indenizatórias.

O recorrente também contesta a exigência de contribuições sociais sobre valores pagos a título de auxílio doença, relativos aos 15 primeiros dias de afastamento do servidor acidentado, de horas extras e de vale transporte pago em pecúnia. Nos abstermos de considerar as alegações apresentadas tendo em vista não se verificar quaisquer referências ou valores atinentes às citadas rubricas, tanto no próprio Relatório Fiscal, bem como nos demonstrativos de apuração das bases de cálculo das contribuições exigidas (fls. 135/141).

Em razão disso, carece de razão o recorrente.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário, devendo ser afastada a incidência de contribuição previdenciária sobre as férias indenizadas (não gozadas pela necessidade de serviço e as decorrentes da rescisão de contrato de trabalho)

e respectivo adicional (1/3), bem como em relação ao adicional (1/3) sobre férias usufruídas (gozadas).

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Voto Vencedor

Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto - Redatora designada

Peço licença ao ilustre Conselheiro Relator para divergir apenas de seu posicionamento, em sentido amplo, quanto à não incidência da contribuição previdenciária sobre os pagamentos de férias não gozadas em razão de necessidade de serviço.

O art. 28, da Lei nº 8.212/91, define o salário-de-contribuição, que é a base de incidência da contribuição previdenciária, da seguinte forma:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

*I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida **a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;** (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (Grifou-se)*

Assim, o pagamento a título de férias, que decorre da prestação dos serviços pelo empregado, também compõe o salário-de-contribuição, não havendo dúvidas quanto à incidência previdenciária sobre tal verba, especialmente quando usufruídas.

Em relação às férias não usufruídas (não gozadas), essas podem ser pagas na rescisão do contrato de trabalho ou durante a vigência contratual.

Quando pagas na rescisão, entende-se que as férias foram indenizadas, pois seu pagamento ocorre quando já não existe mais a relação de emprego entre as partes. E nesse sentido, o § 9º, do art. 28, da Lei nº 8.212/91, exclui o pagamento assim realizado da base de cálculo da contribuição, conforme abaixo:

Art. 28 (...)

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

(...)

Nas situações em que as férias não são usufruídas por necessidade de trabalho e são pagas na vigência da relação de emprego, não há de falar em indenização, pois o trabalhador ainda está vinculado à empresa, que precisa de seus serviços e o está pagando para isso, convertendo as férias em abono pecuniário. Assim, caracteriza-se a remuneração pelo trabalho.

Cumpre notar que, no que diz respeito ao pagamento, no decorrer da relação contratual, de férias não usufruídas (conversão das férias em abono pecuniário), a Lei nº 8.212/91 somente excluiu do salário-de-contribuição os pagamentos que não excedam a vinte dias do salário do trabalhador, em consonância com o art. 143 e 144, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), conforme abaixo:

Lei nº 8.212/91:

Art. 28 (...)

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

e) as importâncias: (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

(...) (Grifou-se)

CLT:

Art. 143 - É facultado ao empregado converter 1/3 (um terço) do período de férias a que tiver direito em abono pecuniário, no valor da remuneração que lhe seria devida nos dias correspondentes. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977) (Vide Lei nº 7.923, de 1989)

(...)

Art. 144. O abono de férias de que trata o artigo anterior, bem como o concedido em virtude de cláusula do contrato de trabalho, do regulamento da empresa, de convenção ou acordo coletivo, desde que não excedente de vinte dias do salário, não integrarão a remuneração do empregado para os efeitos da legislação do trabalho. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1998)

(...) (Grifou-se)

Como se depreende desses dispositivos, a legislação previdenciária não considera que as férias convertidas em abono pecuniário sejam indenizatórias. Tanto que cuidou dessa verba em item específico, desvincilhado-a do dispositivo que trata das importâncias recebidas a título de férias indenizadas (art. 28, § 9º, "d", transcrito acima), e ainda estipulou um limite para a isenção da contribuição sobre pagamentos dessa natureza.

Dessa forma, conclui-se que incide contribuição previdenciária sobre os pagamentos efetuados, durante a vigência do contrato de emprego, em relação às férias não usufruídas por necessidade de serviço, cujos valores excedam a vinte dias salários do trabalhador.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Rosemary Figueiroa Augusto - Redatora designada