



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13609.000101/2011-44
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-010.849 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 2 de fevereiro de 2023
Recorrente CERA INGLEZA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2007 a 30/11/2009

CESSÃO DE MÃO-DE-OBRA. RETENÇÃO DE 11% DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RE 603.191. EXCLUSÃO DO SIMPLES FEDERAL. EFEITOS.

Apesar de o §1º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação da Lei nº 9.711, de 1998, se utilizar do vocábulo “compensado”, o parágrafo em questão não versa sobre o instituto da compensação, mas sobre a caracterização de pagamento devido efetuado por substituto tributário, sendo constitucional a substituição tributária simultânea em tela. Diante da retroação dos efeitos da exclusão do Simples Federal, os valores que inicialmente poderiam ser tidos por sobras de retenção a serem restituídas ou compensadas são, em verdade, antecipação de pagamento efetuado na sistemática da substituição tributária do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, na redação da Lei nº 9.711, de 1998, ou seja, pagamento devido, sendo cabível sua apropriação no lançamento de ofício decorrente da exclusão do Simples Federal. Inexistindo sobras de retenção, não prospera a compensação, eis que não há pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Wilsom de Moraes Filho, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier. Ausente o conselheiro Renato Adolfo Tonelli Junior.

Fl. 2 do Acórdão n.º 2401-010.849 - 2ª Sejl/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 13609.000101/2011-44

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 368/377) interposto em face de decisão (e-fls. 360/365) que julgou improcedente impugnação contra o Auto de Infração - AI nº 37.290.672-9 (e-fls. 02/20), no valor total de R\$ 5.018.692,74, a envolver a rubrica "19 Glosa compensação" (levantamentos: GL1 - GLOSA COMPENSACAO e GL2 - GLOSA COMPENSACAO) e competências 12/2007 a 11/2009, cientificado em 25/02/2011 (e-fls. 274). Do Relatório Fiscal (e-fls. 258/273), extrai-se:

Em setembro de 2001 foram constituídas as empresas que ora identificamos, todas com endereço na Av. Beira Rio, 2423, ocupando diferentes salas. Ressalta-se que este endereço, Av. Beira Rio 2423, é a sede da empresa Cera Ingleza, que foi dividida para a constituição das demais, objetivando a exploração em separado, da mesma atividade, com a consequente diminuição do capital daquela considerada como primeira e com intuito de se adequar à sistemática do Simples e se utilizar das prerrogativas do mesmo. (...)

Obs.: A Newwax Serviços Ltda. foi constituída em 19 de julho de 2004. Cera Ingleza iniciou suas atividades em 04/04/1960

A situação verificada durante o procedimento fiscal se amolda à caracterização de "Grupo econômico de fato e irregular" (...)

Desde sua constituição, as empresas incorreram em 02 (duas) hipóteses de vedação e 01 (uma) de exclusão de ofício do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte (SIMPLES): **a prestação de atividade de cessão de mão-de-obra, sua constituição a partir do desmembramento da pessoa jurídica Cera Ingleza Indústria e Comércio Ltda. e a constituição da pessoa jurídica por interpostas pessoas.**

Pelas razões expostas foram as empresas constituídas excluídas da opção pela sistemática de pagamento de impostos e contribuições de que trata o art. 3º. da Lei 9.317/96, denominada Simples, através dos Atos Declaratórios anexos, com efeitos desde a abertura das mesmas.

Pela 39ª alteração contratual, datada de 15 de junho de 2007 e registrada na JUCEMG em 13 de agosto do mesmo ano, sob nº 3766379, protocolo 072528931, as empresas Cera Frascos Serviços Ltda., Ingleza Logística Ltda., UAU Serviços Ltda., C.I. Serviços Ltda., Cera Service Ltda. e Newwax Serviços Ltda. e Servlog Serviços Ltda.; foram incorporadas por Cera Ingleza Indústria e Comércio Ltda..

(...) GLOSA DE COMPENSAÇÕES - GL1 e GL2: Durante o procedimento fiscal, observamos que de dezembro de 2007 a novembro de 2009, foram informados valores no campo "Compensações" da GFIP, estabelecimento 17.245.028/0003-53.

Assim, através do TIF 02, 04 e 07, foi o sujeito passivo instado a apresentar os documentos/esclarecimentos relativos às compensações. Em atenção, foi exibida a planilha "Cera Ingleza - Compensação INSS - Oficial - Finalizada 10/12/2009", as notas fiscais de prestação de serviços e as Guias da Previdência Social - GPS das empresas incorporadas Cera Frascos Serviços Ltda., Ingleza Logística Ltda., UAU Serviços Ltda., CL Serviços Ltda., Cera Service Ltda. e Newwax Serviços Ltda. e Servlog Serviços Ltda.

Do exame da documentação, inferimos que as compensações pleiteadas estão relacionadas às retenções de 11% da Lei 9.711/98, destacadas nas notas fiscais de prestação de serviços das empresas sucedidas, como se segue: (...)

Em relação às empresas Cera Frascos Serviços Ltda., Ingleza Logística Ltda., UAU Serviços Ltda., CL Serviços Ltda., Cera Service Ltda., Newwax Serviços Ltda. e Servlog Serviços Ltda. foi constatado que prestaram informações à Secretaria da Receita Federal do Brasil através de GFIP - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com informação de "optante" pelo Simples estando inseridas em hipótese de vedação/exclusão desta condição, ocasionando ausência de cálculo de contribuição previdenciária patronal e de terceiros em relação aos valores das remunerações declaradas para seus empregados.

Considerando a exclusão das sucedidas da opção pela sistemática de pagamento de impostos e contribuições de que trata o art. 30. da Lei 9.317/96, denominada Simples, através dos Atos Declaratórios Executivos DRF/STL nº. 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, de 11 de fevereiro de 2011, com efeitos desde a abertura das empresas incorporadas, foram levantadas através de Autos de Infração as diferenças de contribuições previdenciárias reduzidas - parte patronal e terceiros - incidentes sobre a bases de cálculo informadas em GFIP do período objeto de procedimento fiscal (01/2006 a 05/2007), sendo indevidas as compensações pleiteadas.

Em face do que foi ora explanado, foram glosadas as compensações lançadas nas GFIP de 12/2007 a 11/2009: (...)

Na impugnação (e-fls. 276/293), foram abordados os seguintes tópicos:

(a) Tempestividade.

(b) Glosa indevida.

(c) Provas.

A seguir, transcrevo do Acórdão de Impugnação (e-fls. 360/365):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2007 a 30/11/2009

COMPENSAÇÃO

O procedimento de compensação é uma faculdade conferida ao contribuinte que deve comprovar de forma inequívoca ter dela se utilizado nos termos da lei.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. EXCLUSÃO DO SIMPLES.

A pessoa jurídica excluída do Simples fica obrigada a recolher as contribuições destinadas à Previdência Social, relativas à quota patronal e das destinadas a outras entidades e fundos, denominados "Terceiros", de acordo com a legislação aplicada às empresas em geral.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

As impugnações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo administrativo tributário, suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

PRODUÇÃO DE PROVAS

A apresentação de provas no contencioso administrativo deve ser feita juntamente com a impugnação, precluindo o direito de fazê-lo em outro momento, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O Acórdão de Impugnação foi cientificado em 23/05/2013 (e-fls. 366/367) e o recurso voluntário (e-fls. 368/377) interposto em 21/06/2013 (e-fls. 368), em síntese, alegando:

- (a) Admissibilidade. Intimada em 23/05/2013, apresenta recurso tempestivo. Declarada a inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, não se exige o arrolamento de bens.
- (b) Glosa indevida. Os valores retidos em nome das empresas incorporadas pela recorrente foram efetivamente recolhidos. Em razão de as empresas incorporadas terem sido excluídas do Simples (Atos Declaratórios Executivos DRF/STL nº 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, de 11 de fevereiro de 2011), a fiscalização considerou as compensações realizadas pela incorporadora como indevidas, diante das diferenças de contribuições previdenciárias das incorporadas no período de 01/2006 a 05/2007. Contudo, as empresas incorporadas eram optantes pelo Simples e o art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991, autoriza a compensação e, como sucessora, a incorporadora é titular desses créditos, conforme Solução de Consulta nº 425, de 13 de dezembro de 2010, e jurisprudência. Assim, a compensação realizada pela sucessora é ato juridicamente perfeito e a compensação realizada pelo fisco, no momento do lançamento das diferenças de contribuição previdenciária decorrentes da exclusão do Simples, supostamente não recolhidas pelas empresas incorporadas, NÃO LEGITIMA A GLOSA LEVADA A EFEITO, uma vez que desconsidera os efeitos que são próprios do instituto da incorporação. Na pior das hipóteses caberia cobrar as contribuições não recolhidas pelas empresas sucedidas, mantendo-se as compensações realizadas pela sucessora recorrente. A compensação realizada pela sucessora deve prevalecer sobre a realizada pelo fisco, quando do lançamento das diferenças de contribuições previdenciária em razão da suposta opção indevida das sucessoras pela sistemática do Simples. Logo, em momento algum realizou compensações indevidas.

Por força da Resolução nº 2401-000.631, de 7 de fevereiro de 2018, o julgamento foi sobrestado até decisão definitiva nos processos de exclusão do Simples (13609.001.438/2010-98, 13609.001.441/2010-10, 13609.001.437/2010-43, 13609.001.435/2010-54, 13609.001.439/2010-32, 13609.001.436/2010-07 e 13609.001.440/2010-67) (e-fls. 395/399). Após as decisões definitivas a manter as exclusões (e-fls. 401/515), os autos foram redistribuídos por sorteio, extinto o mandato da relatora originária (e-fls. 520).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Não se exige garantia de juízo para o processamento do recurso (Súmula Vinculante nº 21 do STF; e Lei nº 11.727, de 2008, art. 42, I). Diante da intimação em

23/05/2013 (e-fls. 366/367), o recurso interposto em 21/06/2013 (e-fls. 368) é tempestivo (Decreto n.º 70.235, de 1972, arts. 5º e 33), estando a exigibilidade suspensa (CTN, art. 151, III). Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Glosa indevida. A recorrente sustenta que os valores retidos de 11% sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços em nome das empresas incorporadas foram efetivamente recolhidos e que as sobras de retenção podem ser compensadas pela incorporadora, eis que, como sucessora, a recorrente é titular dos créditos, sendo a compensação realizada ato juridicamente perfeito, quando da emissão dos Atos Declaratórios Executivos (ADE) DRF/STL n.º 07, 08, 09, 10, 11, 12 e 13, de 11 de fevereiro de 2011, a excluir do Simples as empresas incorporadas. Logo, argumenta que a fiscalização deveria, ao constituir as diferenças de contribuições previdenciárias devidas pela exclusão do Simples, manter as compensações realizadas pela sucessora sem efetuar a compensação entre o lançado de ofício e as sobras de retenção já compensadas pela recorrente/incorporadora.

Não merece prosperar a argumentação da recorrente. Primeiro, porque a sucessão/incorporação não motivou a glosa. Segundo, porque a premissa da recorrente de a fiscalização, desconsiderado a incorporação, ter efetuado compensações de ofício não se sustenta, eis que, apesar de o §1º do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991, na redação da Lei n.º 9.711, de 1998, se utilizar do vocábulo “compensado”, o parágrafo em questão não versa sobre o instituto da compensação abrigado no art. 89 da Lei n.º 8.212, de 1991, mas sobre a caracterização de pagamento devido efetuado por substituto tributário, sendo constitucional a substituição tributária simultânea em tela (RE 603.191).

A fiscalização apenas reconheceu que o valor informado no campo “Valor de Retenção” das GFIPs das incorporadas quitaram (antecipação de pagamento recolhido por substituto tributário), nos termos do disposto no § 1º do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991, na redação da Lei n.º 9.711, de 1998, parte das respectivas contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados devidas no contexto da retroação dos efeitos do ADE de exclusão do Simples, efetuando nos pertinentes lançamentos de ofício a mera apropriação dos recolhimentos e não compensação.

Diante da retroação dos efeitos da exclusão do Simples Federal, os valores que inicialmente poderiam ser tidos por sobras de retenção a serem restituídas (Lei n.º 8.212, de 1991, na redação da Lei n.º 9.711, de 1998, art. 31, §2º) ou compensadas (Lei n.º 8.212, de 1991, art. 89) são, em verdade, antecipação de pagamento efetuado na sistemática da substituição tributária do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991, na redação da Lei n.º 9.711, de 1998, ou seja, pagamento devido, sendo cabível sua apropriação no lançamento de ofício decorrente da exclusão do Simples Federal, restando inviabilizada sua caracterização como pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido.

Portanto, em face da retroação dos efeitos da exclusão do Simples Federal, os valores tidos pela recorrente como sobras de retenção e que foram compensados nas GFIPs da incorporadora nas competências 12/2007 a 11/2009 não são sobras de retenção sofrida pelas incorporadas, mas antecipação de pagamento efetuado na sistemática da substituição tributária do art. 31 da Lei n.º 8.212, de 1991, na redação da Lei n.º 9.711, de 1998, ou seja, pagamento devido, sendo cabível sua apropriação no lançamento de ofício decorrente da exclusão do Simples Federal, não havendo sobra de retenção a ser compensada em competência posterior

pela incorporadora, circunstância que autoriza o presente lançamento de ofício por glosa de compensação.

Sendo retroativos os efeitos da exclusão do Simples Federal, não há que se falar em ser a compensação efetuada pela incorporadora ato jurídico perfeito, ainda mais se considerando a **imputação fiscal de a recorrente e as incorporadas terem formado grupo econômico de fato e irregular, sendo as incorporadas constituídas e mantidas “para omitir, impedir, mascarar ou dificultar a identificação de seus verdadeiros sócios e controladores, com o objetivo, dentre outros, de se eximir ilegalmente do pagamento de tributos ou de suprimir os meios legais de sua cobrança”**.

Note-se que a impugnação e o recurso voluntário não negam a **imputação fiscal em tela**, a restar como incontroversas nos autos a existência do grupo de fato e irregular (a envolver a recorrente e as empresas posteriormente incorporadas) e a criação e manutenção artificial das empresas posteriormente incorporadas pela recorrente.

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro