



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

Processo nº 13971.721307/2013-35
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-003.570 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de abril de 2017
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente MALHARIA DIANA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 30/09/2012

NULIDADE. INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Não procedem as arguições de nulidade do lançamento, quando a Autoridade Lançadora procedeu a Auditoria Fiscal, consoante o procedimento previsto na legislação tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

Havendo fundamentos judiciais e pagamentos indevidos, as compensações são devidas nas GFIP's - Guias de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social, mas a origem dos pagamentos indevidos devem ser comprovados por documentos hábeis.

MULTA ISOLADA - COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

Ausência de comprovação da falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário, para afastar a aplicação da multa isolada; e excluir da responsabilidade pessoal de Romilda Blaese e Marcelo Mauro Blaese.

Assinado digitalmente.

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

Assinado digitalmente.

ANA CECÍLIA LUSTOSA DA CRUZ - Relatora.

EDITADO EM: 29/04/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira (Presidente), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo e Daniel Melo Mendes Bezerra.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nesta oportunidade, utilizo-me do relatório produzido em assentada anterior, eis que aborda de maneira elucidativa os fatos objeto dos presentes autos, nos termos seguintes:

Trata-se de auditoria fiscal realizada pelo Auditor-Fiscal Paulo Renan Drescher na sociedade empresária MALHARIA DIANA LTDA E OUTROS referentes as glosas das contribuições previdenciárias devidas pela empresa para a SEGURIDADE SOCIAL e contribuição social para os TERCEIROS incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados, a título de aviso prévio indenizado e declarados nas Guias de Recolhimentos do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social – GFIP.

Em decorrências das glosas indevidas, pois não foram comprovados os pagamentos indevidos, foi aplicada a multa isolada de 150%.

Os lançamentos dos Autos de Infração desdobraram-se em 02 (dois) DEBCAD n°s 51.035.311-8 e 51.035.312-6, fls. 69 a 89, onde constam nestes os DD – DISCRIMINATIVOS DOS DÉBITOS, RADA – RELATÓRIOS DE APROPRIAÇÕES DE DOCUMENTOS APRESENTADOS e os FLD – FUNDAMENTOS LEGAIS DOS DÉBITOS.

Os lançamentos dos Autos de Infração foram consolidados em 07/06/2013, com valores valores totais, fls. 69.

Na impugnação de fls 127 a 153 e 619 a 635, a sociedade empresária alega, em síntese, que:

DEBCAD N° 51.035.311-8. DEBCAD N° 51.035.312-6.

- O procedimento fiscal não atendeu a legislação tributária, quanto a compensação, deveria ter o contribuinte cientificado por decisão de não homologação, assim, o instrumento de lavratura do Auto de Infração é inapropriado para glosar as compensações, logo há nulidade do lançamento;*

- A Autoridade Preparadora deveria ter cientificado o contribuinte da não homologação da compensação, assim, não*

dando oportunidade de apresentar a manifestação de inconformidade. Com, isto ensejando ao contribuinte de retificar as GFIP, ao qual apresenta as cópias destas, pois reconhece parcialmente o equívoco das compensações anteriormente declaradas;

- *Caso tivesse sido observado o correto procedimento previsto no artigo 74 e parágrafos 7º e 9º, da Lei 9.430/96 combinado com a Lei nº 10.833/03, o contribuinte seria intimado para efetuar o recolhimento do tributo indevidamente compensado, sem qualquer multa que não aquela decorrente do atraso/falta de recolhimento prevista no artigo 61, parágrafos 1º e 2º da Lei 9.430/96;*

- *Não há responsabilidades solidárias insertos nos Termos de Sujeição passiva, pois as sociedades empresárias são sócias e as pessoas físicas integram essas sociedades controladoras e nomeadas como administradores;*

- *A multa isolada no valor de 150% não pode subsistir, ante a não observância pela fiscalização do procedimento correto, que é a emitir a decisão de não-homologação e oportunizar ao contribuinte a apresentação da manifestação de inconformidade previsto no artigo 74 e parágrafos 7º e 9º, da Lei 9.430/96 combinado com a Lei nº 10.833/03, logo deve ser reduzida a multa para 20%, que é a multa aplicada pela falta de pagamento do tributo declarado/confessado;*

- *A Representação Fiscal para Fins Penais não deve prosperar, pois não há práticas de delitos penais;*

- *Há necessidade da realização de perícia técnica para determinar com a necessária clareza especializada a configuração ou não do propalado grupo econômico, indica o nome do perito, como os quesitos de fls. 152/153;*

- *Requer:*

- *o cancelamento do lançamento, da Representação Fiscal para Fins Penais*

- *que sejam excluídas as sujeições passivas das pessoas físicas e jurídicas;*

- *cancelamento da multa de 150% e que seja aplicada a multa de 20%;*

- *a produção de provas e a perícia.*

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (MS) julgou improcedente a impugnação, restando mantida a notificação de lançamento, conforme a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 30/09/2012

NULIDADE. INSUBSISTÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Não procedem as arguições de nulidade do lançamento, quando a Autoridade Lançadora procedeu a Auditoria Fiscal, consoante o procedimento previsto na legislação tributária.

AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

Havendo fundamentos judiciais e pagamentos indevidos as compensações são devidas nas GFIP's - Guias de Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social, mas a origem dos pagamentos indevidos devem ser comprovados por documentos hábeis e a análise da Autoridade Lançadora.

MULTA ISOLADA - COMPENSAÇÃO INDEVIDA.

A 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 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Posteriormente, dentro do lapso temporal legal, foi interposto recurso voluntário, no qual a contribuinte sustentou, em síntese:

- a) a nulidade da decisão por cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da prova pericial;*
- b) o não cabimento do auto de infração e a superveniência de procedimento de não homologação de compensação;*
- c) a autoridade fiscal, desprezando a lei vigente, fez o lançamento e lavrou o auto de infração, quando deveria apenas emitir a decisão de não-homologação, oportunizando ao contribuinte a apresentação de manifestação de inconformidade;*
- d) as retificações das GFIPs ocorreram antes da conclusão do processo de fiscalização, e, em consequência, antes da autuação;*
- e) por ocasião das declarações de compensação, a recorrente acreditava estar respaldada pelo crédito decorrente do Mandado de Segurança n.º 2009.72.05.001180-5, logo, não há que se falar em declaração falsa ou intuito fraudulento, pois, na sua interpretação, à época, havia crédito suficiente para compensar com os débitos fiscais;*

f) a compensação não homologada não é mais penalizada com a multa de ofício, pois incide apenas a multa por falta de pagamento de tributo declarado/confessado;

h) não há que se aplicar na aplicação da multa de 50% prevista no art. 62 da Lei 12.249/2010, tendo em vista o amplo reconhecimento judicial no sentido de que tal penalidade afronta o direito constitucional do contribuinte à petição;

i) inexistência de responsabilidade solidária - grupo econômico - sócios;

j) ao tempo dos fatos geradores tratados nos autos, Romilda, Moacyr e Marcelo não figuravam no quadro societário da contribuinte Malharia Diana Ltda, portanto, não podem ser incluídos no quadro de vínculos, tampouco de sujeitos passivos solidários;

k) inexistente grupo econômico e também a solidariedade;

l) a Malharia Diana tinha como administradores (não sócios) Romilda e Marcelo, que, por sua vez, não eram administradores das demais pessoas jurídicas sócias, ou seja, não possuíam poder de mando e gestão sobre todas as demais pessoas jurídicas sócias, pois, cada uma delas tinha e tem seu próprio administrador.

m) necessidade de realização de prova pericial.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz

Conheço do recurso, pois se encontra tempestivo e com condições de admissibilidade.

1. Da preliminar

Consoante narrado, a recorrente sustenta que o procedimento fiscal não atendeu a legislação tributária, quanto a compensação, porque deveria ter sido o contribuinte cientificado por decisão de não homologação, assim o instrumento de lavratura do auto de infração é inapropriado para glosas das compensações.

Em que pese a argumentação exposta pelo recorrente, o auto de infração em análise caracteriza-se como atividade do fisco contrária à homologação da compensação, ou seja, equivale a não homologação, tendo em vista que houve compensação indevida, o que possibilita a realização do lançamento de ofício.

Ainda que assim não fosse, para que seja nulo o lançamento, é necessária a demonstração de prejuízo, que não restou evidenciado nos autos.

Ora, o procedimento adotado pela fiscalização deu ensejo ao exercício do contraditório e da ampla defesa, bem como foi oferecida a opção de apresentar impugnação, no prazo legal, ou efetuar o pagamento, no prazo de trinta dias, com redução das multas.

As orientações dispostas no sítio da Receita Federal sobre a compensação das contribuições informam:

*A regra geral é que a compensação deve ser informada em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) na competência de sua efetivação. Apenas no caso de compensação de débitos da CPRB será utilizado o Programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante a apresentação do formulário Declaração de Compensação, ao qual deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório. Em qualquer caso, **deve-se observar o disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457/2007.***

No caso de compensação indevida, o sujeito passivo deverá recolher o valor indevidamente compensado, acrescido de juros e multa de mora devidos. Se a compensação indevida decorrer de informação incorreta na GFIP, deverá ser apresentada declaração retificadora.

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 art. 44 da Lei nº 9.430/96, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

Assim, a multa aplicada foi isolada (art. 89, § 10, da Lei 8.212/91), em razão da falsidade da declaração considerada pela fiscalização, o que será analisado oportunamente.

Portanto, rejeito a preliminar argüida.

2. Do mérito

Quanto ao argumento a respeito da retificação das GFIPs, cabe destacar que a retificação da Guia não é necessária para a concessão do direito à compensação, caso seja constatado o pagamento de contribuições indevidas, mas incide em descumprimento de obrigação acessória, em meu entender.

No presente caso, a retificação das GFIPs ocorreu, durante a fiscalização, mas não foi demonstrado erro de fato e restou constatada a efetiva compensação indevida, pois a recorrente não trouxe aos autos as origens dos fatos geradores dos salários-de-contribuição que ocasionaram o recolhimento indevido, com base na decisão judicial.

Como bem salientou a decisão recorrida, a contribuinte deveria ter trazido aos autos demonstrativo minucioso mês a mês das origens dos salários-de-contribuição, dos pagamentos indevidos, as TCT - rescisões dos contratos de trabalhos, as folhas-de-pagamento e as guias de recolhimento - GPS indicando o pagamento da rubrica compensável, todos devidamente comprovados por documentos idôneos.

Na forma do parágrafo único do art. 138 do Código Tributário Nacional – CTN, não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração, conforme abaixo transcrito:

“ Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração.

Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.”

Assim, razão não assiste à recorrente, pois, de acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, e, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Portanto, não se aplicando a denúncia espontânea e não comprovado o recolhimento indevido ou a maior das contribuições, descabe a compensação.

Sobre a realização de perícia sustentada pela recorrente, cabe observar que, na forma do art. 29 do Decreto 70.235/72, a autoridade julgadora concederá diligência se não estiver convencido diante dos elementos trazidos à colação, *in verbis*:

“ Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.”

Isto posto, nego o pedido de realização de perícia.

Analizados os autos, conclui-se que, em razão do muito bem fundamentado Relatório Fiscal, descabe determinar diligência por ser desnecessária ao deslinde da controvérsia, tendo em vista que foi oportunizada à contribuinte a apresentação das provas consideradas por ela relevantes.

Sobre a existência de grupo econômico, observa-se que o relato fiscal assim dispôs:

23. Definindo-se Grupo Econômico como sociedades juridicamente independentes submetidas à unidade de direção e compondo um conjunto de interesses comuns, é fato que a composição societária das empresas: MALHARIA DIANA LTDA; PARTICIPAÇÕES BLAESE LTDA; MV PARTICIPAÇÕES LTDA e MMB PARTICIPAÇÕES LTDA, conforme tabelas abaixo, evidenciam a interligação administrativa e econômica das empresas e, portanto, solidariamente responsáveis pelos créditos tributários constituídos na presente ação fiscal.

O Superior Tribunal de Justiça já possui entendimento pacífico neste sentido, tendo se manifestado em vários precedentes, assim como dispõe em recente julgado:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMPRESAS DO MESMO GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. REEXAME DE PROVAS EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não caracteriza a solidariedade passiva em execução fiscal o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico.

Precedentes do STJ

2. Para verificar as alegações da parte agravante de existência de solidariedade entre o banco e a empresa de arrendamento, em contraposição ao que foi decidido pelo Tribunal de origem, é necessário o revolvimento de matéria de provas, o que é inadmissível em recurso especial, conforme a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1240335/RS, Rel Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, Dje 25/05/2011)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. PRECEDENTES: AGRG NO ARESP 21.073/RS, REL MIN HUMBERTO MARTINS, DJE 26.10.2011 E AGRG NO AG 1.240.335/RS, REL MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 25.05.2011. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência dessa Corte firmou o entendimento de que o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a solidariedade passiva em execução fiscal.

2. Tendo o Tribunal de origem reconhecido a inexistência de solidariedade entre o banco e a empresa arrendadora, seria necessário o reexame de matéria fático-probatória para se chegar a conclusão diversa, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.

3. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE GUAÍBA desprovido.

Neste aspecto, a autoridade fiscal não esmiuçou detalhes cruciais para identificação e caracterização de grupo econômico. A mera composição societária não atesta a realização de atos em comum para a ocorrência do fato gerador.

A inexistência de elementos probatórios suficientes a ensejar a dita caracterização, impede que se estabeleça uma relação jurídica de solidariedade por não estar devidamente comprovada a prática comum do fato gerador.

Este é o entendimento que prevalece neste Conselho:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano calendário: 2004, 2005

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INTERESSE COMUM.

Atribui-se a responsabilidade solidária a terceira pessoa quando comprovado o nexo existente entre os fatos geradores e a pessoa a quem se imputa a solidariedade passiva, nos termos do art. 124, inciso I do CTN.

(CARF. 1ª SEJUL, 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária. Processo nº. 10240.001582/2009-19. Conselheiro Relator Antônio Bezerra Neto. Sessão de 23/02/2011)

Nessa esteira, o entendimento presentemente exarado também encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme julgados a seguir destacados:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de leasing na ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 21.073/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2011, DJe 26/10/2011)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. EMPRESAS PERTENCENTES AO MESMO CONGLOMERADO FINANCEIRO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 124, I, DO CTN. NÃO-OCORRÊNCIA. DESPROVIMENTO.

1. "Na responsabilidade solidária de que cuida o art. 124, I, do CTN, não basta o fato de as empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico, o que por si só, não tem o condão de provocar a solidariedade no pagamento de tributo devido por uma das empresas" (HARADA, Kiyoshi. "Responsabilidade tributária solidária por interesse comum na situação que constitua o fato gerador").

2. Para se caracterizar responsabilidade solidária em matéria tributária entre duas empresas pertencentes ao mesmo conglomerado financeiro, é imprescindível que ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, sendo irrelevante a mera participação no resultado dos eventuais lucros auferidos pela outra empresa coligada ou do mesmo grupo econômico.

3. Recurso especial desprovido.

(REsp nº. 834.044/RS - 2006/0065449-1 – Ministra Denise Arruda – Data do Julgamento em 11/11/2008)

Portanto, uma vez não comprovada a efetiva participação das empresas descritas no relatório na consecução da prática comum dos fatos geradores em epígrafe, não se vislumbram as hipóteses que permitam a imputação de responsabilidade a terceiros.

Restou consignado no acórdão de piso que são sujeitos passivos solidários os administradores Romilda Blaese e Marcelo Mauro Blaese.

Assim, também não merece guarida a sujeição referida, considerando que, no ano de 2011, sob a vigência da décima primeira alteração contratual, a Malharia Diana Ltda. tinha como sócias as seguintes pessoas físicas e jurídicas:

Participações Blaese Ltda.

MV Participações Ltda.

MMB Participações Ltda, e

Marli Burgardt Virgili

Portanto, ao tempo dos fatos geradores, Romilda e Marcelo não figuravam no quadro societário da contribuinte Malharia Diana Ltda.

Para colocação dessas pessoas físicas na posição passiva do crédito, conforme pretendeu o fisco, haveria a necessidade que se comprovasse a ocorrência da

hipótese prevista no inciso III do art. 135 do CTN, ou seja, deveria haver nos autos a cabal demonstração da prática pelos administradores de atos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos. Nos autos não há nada que aponte neste sentido.

Assim, ante a ausência de razões, fundamentos no Relatório Fiscal, indicação de qualquer fato ou prova que demonstrem a participação das pessoas físicas em questão e/ou seu interesse comum nos fatos geradores que ensejariam a sua responsabilidade tributária solidária, devem ser excluídos da condição de devedores solidários.

No que concerne à alegação de inconstitucionalidade na aplicação da multa de 50% prevista no art. 62 da Lei 12.249/2010, refuto o argumento da recorrente, em razão do disposto no Enunciado de Súmula n.º 2 do CARF:

Súmula CARF n.º 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Com relação à multa isolada pela falsidade da declaração, o acórdão recorrido dispõe sobre a correção do procedimento adotado pela fiscalização, porque houve compensação indevida por parte do contribuinte, portanto, há incidência de multa isolada.

A recorrente assevera que, por ocasião das declarações de compensação, acreditava estar respaldada pelo crédito decorrente do Mandado de Segurança n.º 2009.72.05.001180-5/SC, logo, não há que se falar em declaração falsa ou intuito fraudulento, pois, na sua interpretação, à época, havia crédito suficiente para compensar com os débitos fiscais.

Considerando a dúvida razoável da contribuinte, o que se evidencia pela existência do Mandado de Segurança referido (certidão fls. 42), entendo pela inexistência de falsidade da declaração, de modo que afasto a aplicação da multa isolada.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao recurso voluntário para afastar a aplicação da multa isolada; reconhecer a ausência de responsabilidade solidária em decorrência de existência de grupo econômico; e excluir da responsabilidade pessoal Romilda Blaese e Marcelo Mauro Blaese.

Assinado digitalmente.

Ana Cecília Lustosa da Cruz- Relatora