



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

**Processo n°** 15504.725898/2011-90  
**Recurso n°** Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-002.993 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 17 de abril de 2013  
**Matéria** GLOSA DE COMPENSAÇÃO  
**Recorrente** AS RÁDIO GUARANI  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/11/2009 a 30/06/2011

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUIÇÃO SOBRE FOLHA DE PAGAMENTO - COMPENSAÇÃO - GLOSA DOS VALORES COMPENSADOS INDEVIDAMENTE. - LIMITE DA SENTENÇA

Correta a glosa dos valores compensados indevidamente, quando realizar o contribuinte compensação dos valores acima dos limites estipulados na sentença.

A contribuição destinada a terceiros possui destinação próprio, razão não é considerada em relação as contribuições previdência contribuições de mesma natureza.

**APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - MULTA - PREVISÃO LEGAL.**

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º CARF: “É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.”

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

**REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS - APRECIACÃO - INCOMPETÊNCIA**

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

## Relatório

O presente Auto de Infração de obrigação principal, lavrado sob n. 51.014.161-7 tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo da empresa, tendo o crédito sido constituído por meio da glosa de compensação efetuadas pela empresa sem que a mesma tivesse direito a mesma, no período de 11/2009 a 06/2011.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 12: na ação fiscal foi constatado que a empresa declarou nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e do Tempo de Serviço e Informações a Previdência Social – GFIP, compensações que foram deduzidas dos recolhimentos constantes das Guias da Previdência Social – GPS durante o período de 11/2009 a 06/2011.

Em análise aos relatórios, planilhas e documentos apresentados, a auditoria fiscal constatou que a S/A Rádio Guarani procedeu às respectivas compensações, mediante aproveitamento de tributo ainda em disputa judicial nos processos de números 2009.34.00.019943-6 e 2009.34.00.019948-4, em que a empresa Autora pede o direito de não recolher contribuições previdenciárias incidentes sobre partes integrantes dos salários-de contribuição de seus empregados, entre elas: quinze primeiros dias de afastamento do empregado por motivo de doença, aviso prévio indenizado, salário maternidade, adicional de 1/3 das férias e férias.

Dentre os relatórios e documentos apresentados pela empresa, não consta a certidão de trânsito em julgado solicitada item 2.3 do TIF 001. A pesquisa e consulta processual efetuada em 05/12/2011, confirma que não houve decisão transitada em julgado nas ações judiciais processos números 2009.34.00.019943-6 e 2009.34.00.019948-4.

Desta forma, não havendo decisão transitada em julgado e não havendo crédito líquido e certo em favor do contribuinte, as compensações foram consideradas indevidas, restando à auditoria fiscal o levantamento do crédito tributário pelo total indevidamente compensado (Glosa de Compensações Indevidas) com base no Art. 170-A e 170 da Lei Nº 5.172 de 25 de Outubro de 1966 – DOU de 27/10/1966 - Código Tributário Nacional e Art. 89 da Lei 8.212,

Da referida decisão a impugnante interpôs recurso de Apelação ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, obtendo decisão favorável, conforme ementa e acórdão de 27/04/2004, publicada em 09/06/2004. A decisão determinou também que “O indébito deve ser corrigido monetariamente pela UFIR e, a partir de 01/01/1996, de acordo com a variação da Taxa Selic. Consoante o § 4º do art. 39 da Lei nº 9.250/95”(fls. 142).

Na seqüência, a União interpôs Recurso Especial(REsp), para o qual foi negado seguimento. Através de Agravo de Instrumento ao STJ foi requerida a reforma da decisão negativa de seguimento e a remessa dos autos com o Recurso Especial para apreciação pela Corte Superior. No STJ, o Agravo de Instrumento recebeu o número 668.381/RS, atribuído à relatoria da Exma. Sra. Min. Eliana Calmon, que, ao apreciar a questão, deu provimento ao recurso, para determinar o seguimento do REsp ao STJ para análise e julgamento.

Os autos foram remetidos ao Superior Tribunal de Justiça - STJ, tendo sido, após recebido somente com efeito devolutivo, o número REsp nº. 768.255/RS, atribuído novamente à Relatoria da Exma. Sra. MM. Eliana Calmon. A Corte Superior, mantendo o entendimento do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, declarou ilegal e inviável a exigência das ditas contribuições ao INSS, nos seguintes termos(fl. 152/158).

Descreveu, ainda a autoridade fiscal em seu relatório

*3- Da Responsabilidade Solidária.*

*3.1- Concomitantemente à auditoria fiscal procedida junto à S/A Rádio Guarani, foram realizadas auditoria fiscal nas empresas S/A Estado de Minas – CNPJ: 17.247.933/0001-80 e Sociedade Rádio e Televisão Alterosa Ltda - CNPJ: 17.247.925/0001-34.*

*3.2- Através dos trabalhos desenvolvidos pela auditoria fiscal, restou configurada entre as empresas S/A Rádio Guarani, S/A Estado de Minas e Sociedade Rádio e Televisão Alterosa Ltda a figura do Grupo Econômico que se caracteriza pela manutenção de direção, controle ou administração comum nas empresas, vinculando-se umas às outras.*

*3.2.1- A gestão administrativa das empresas é centralizada no mesmo endereço cita-se a Av. Getúlio Vargas, 291 - Funcionários, Belo Horizonte-MG, é praticada por alguns dos dirigentes e pessoal administrativo comuns a todas as empresas e tem sua contabilidade mantida sob a responsabilidade técnica contábil da mesma profissional. Os planos de conta contábil e de folha de pagamento das empresas têm a mesma nomenclatura, estrutura e padrão.*

*3.2.2- As empresas realizam operações financeiras entre si através de contratos e lançamentos contábeis de mútuos.*

*3.2.3- Além da gestão administrativa centralizada, as empresas seguem ainda, a mesma orientação jurídica, à medida que, ajuizaram ações ordinárias tributárias à mesma época, constituídas pelos mesmos advogados e visando os mesmos objetos. Iniciaram aos procedimentos de compensações (indevidamente) através de aproveitamento do tributo, objeto das contestações judiciais em tramitação, sem decisão transitada em julgado a partir da mesma competência 09/2011, apurando-as sob os mesmos critérios e contabilizando-as sob os mesmos títulos e contas contábeis. Em relação ao Termo de Intimação Fiscal Nº 001, solicitaram dilatação de prazo para atendimento e atenderam, através de relatórios e documentos similares, na mesma data. Fazem parte integrante deste relatório fiscal os relatórios, planilhas e documentos apresentados pelas 03 (três) empresas em atendimento ao Termo de Intimação Fiscal Nº 001.*

*3.3- Na forma do que neste relatório ficou demonstrado e nos termos da legislação a seguir, restou caracterizada a sujeição passiva solidária entre as empresas S/A Rádio Guarani, S/A Estado de Minas e Sociedade Rádio e Televisão Alterosa Ltda.*

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 05/12/2011, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 12/12/2011.

Foi anexada cópia da ação judicial em nome da empresa S.A ESTADO DE MINAS, fls. 107 a 152.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 163 a 171 (Sociedade Radio e Televisão Laterosa Ltda), fls. 205 a 213 (S/A Estado de Minas), 249 a 282(AS Radio Guarani).

Foi anexada a decisão de primeira instância, fls. 299 a 333, quanto aos questionamentos acerca da incidência de contribuição previdenciária, tendo obtido deferimento parcial para afastar a incidência dos primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença, bem como sobre 1/3 de férias.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 337 a 351 .

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

*Período de apuração: 01/11/2009 a 30/04/2011*

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGAÇÃO DA EMPRESA.*

*A empresa é obrigada a recolher à previdência social as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada, a qualquer título, a seus empregados.*

*COMPENSAÇÃO. GLOSA.*

*A compensação entre crédito e o débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte, mas no âmbito de tributo lançado por homologação sujeita-se à posterior verificação da autoridade fiscal.*

*A compensação feita no âmbito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como no caso, fica a depender da homologação da autoridade fiscal, que pode e deve fiscalizar o contribuinte, examinar seus livros e documentos, verificar os cálculos e efetuar o lançamento de valor de compensação indevida, no todo ou em parte.*

*Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido*

Discordando dos termos da Decisão a empresa e as solidárias, apresentou recurso, fls. 374 a 406, onde argumenta em síntese:

A Sociedade Rádio e Televisão Alterosa S. A e a AS Estado de Minas apresentaram recurso praticamente idênticos onde destacam:

1. Alegam que a autuação não pode prevalecer porque não possui interesse comum na hipótese de incidência da exação, não preenchendo, dessa maneira, os requisitos do artigo 124, do CTN.
2. Assevera que a Constituição da República de 1988 outorgou às leis complementares a função de regular a solidariedade nos termos do artigo 145, inciso II, alínea “b”, sendo assim seria inviável a aplicação da solidariedade de direito prevista no artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/1991.
3. Aduzem que a solidariedade somente se revelaria aplicável em caso de fraude e de abuso da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil.

4. Dissertam acerca da solidariedade de fato e da solidariedade de direito e aponta que a autoridade lançadora não se desincumbiu do ônus de demonstrar que havia interesse comum na situação que constitui o fato gerador da obrigação principal a cargo da S.A Rádio Guarani.
5. Afirmam que não restou demonstrada a sua participação ou sua realização na situação que constitui o fato jurígeno do débito pela S. A Rádio Guarani.
6. Alegam que o simples fato de pertencer ao mesmo grupo econômico não é situação suficiente para a aplicação da responsabilidade solidária prevista no artigo 124 do CTN. Cita jurisprudência.
7. Apontam que o CTN não revogou em momento algum, para fins de responsabilidade tributária, a distinção entre as pessoas jurídicas.
8. Requerem seja julgada procedente a impugnação para anular a atribuição da responsabilidade solidária que lhe foi imputada.

Já A empresa AS Radio Guarani, apresenta em seus recurso os mesmos argumentos já trazidos na impugnação, quais sejam:

9. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA/GRUPO ECONÔMICO Alega que os elementos apontados pelo Auditor Fiscal não demonstram de forma inequívoca a necessária vinculação e subordinação entre a impugnante e as demais empresas capaz de caracterizar a figura do grupo econômico.
10. Afirma que a Lei nº 8.212/1991 ao prever a responsabilidade solidária pela existência de grupo econômico recaiu em patente inconstitucionalidade já que a teor do disposto no artigo 146, inciso II, alínea “b”, da Constituição da República de 1988, tal matéria deveria ter sido tratada por Lei Complementar.
11. Aduz que diante disso, inexistente norma legal válida para fundamentar atribuição de responsabilidade solidária pela hipótese de grupo econômico entre a impugnante e as demais empresas e não houve a indicação precisa sobre qual dos incisos do artigo 124, do CTN Assevera que o artigo 124 do CTN não estabeleceu como hipótese de responsabilidade solidária a figura do grupo econômico.
12. Aduz que mesmo que se entenda pela constitucionalidade do disposto na Lei nº 8.212/1991 é necessária a comprovação cabal que, entre as referidas empresas, restou configurado o grupo econômico. Cita doutrina.
13. Acrescenta que não exerce qualquer controle e administração sobre as demais empresas, inclusive, no que diz respeito a condução das atividades destas, não havendo entre elas relação de dependência.
14. Afirma que não restou configurado o interesse comum das empresas na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal pois as empresas não tiveram qualquer participação na ocorrência do fato imponible. Cita doutrina.
15. Conclui afirmando que, por ausência de elementos concretos para caracterização do grupo econômico deve-se afastar a responsabilidade solidária entre as empresas Sociedade Rádio e Televisão Alterosas Ltda. e S/A Rádio Guarani.

16. **SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE** Disserta sobre mora e suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cita doutrina e legislação.
17. Afirma que não restam dúvidas que o caso concreto se relaciona a crédito tributário com exigibilidade suspensa, devendo ser afastada a cobrança da multa aplicada e, conseqüentemente, ser anulado o Auto de Infração, diante de vício de natureza insanável.
18. Aduz que no presente caso estava suspensa a exigibilidade da exação, inicialmente, por força de determinação judicial e acrescenta que, com a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por quaisquer causas do artigo 151 do CTN não há se falar em mora ou qualquer multa de ofício ou moratória.
19. Assevera que como a matéria encontra-se com sua exigibilidade suspensa em seu favor, o fisco deve observar obrigatoriamente o que dispõe o artigo 63 da Lei nº 9.430/1996, podendo, se for o caso, lavrar o auto de infração somente para prevenir a decadência sem a cobrança da multa de ofício ou moratória.
20. **INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 170-A DO CTN** Alega que, apesar das ações judiciais (até o dia da impugnação) estarem pendentes de decisão definitiva, é fato que em primeira instância os pedidos foram julgados parcialmente procedentes Afirma que a Lei nº 8.383/1991, artigo 66, trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização pela administração tributária, que independe de prévia autorização judicial ou administrativa, enquanto que os artigos 170 e 170-A do Código Tributário Nacional - CTN cuidam de outra modalidade de compensação realizada pelos agentes fiscais, a pedido do contribuinte, e que extingue crédito tributário já constituído. Cita doutrina e jurisprudências que considera capazes de corroborar essa alegação.
21. Aduz que as demandas judiciais que propôs não buscaram autorização judicial ou administrativa para que a compensação tributária fosse efetuada antes ou depois do trânsito em julgado da decisão, pois tal permissivo já está contido no artigo 66, da Lei nº 8.383/1991. Acrescenta que pleiteou apenas a devida proteção judicial contra a aplicabilidade do artigo 170-A do CTN. Cita doutrina e jurisprudência.
22. Conclui que é impossível condicionar-se a compensação ao trânsito em julgado dos feitos, afastando-se, por completo, a aplicação do artigo 170-A do CTN.
23. **AUSÊNCIA DE DETERMINAÇÃO DOS CRÉDITOS COMPENSADOS** Aponta que ao se atribuir aos contribuintes o ônus da prova em contrário nos casos em que haja eventual recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação exigida pelo fisco, conferiu-se aos contribuintes o direito à ampla defesa e ao contraditório.
24. Afirma que ao ser intimada para apresentação dos documentos listados no TIF nº 001, o auditor fiscal, sem conferir qualquer oportunidade para apresentação de documentos adicionais que entendesse necessários para apurar as verbas, resolveu autuar-lhe de pronto.
25. Alega que ao agir desse modo, considerando-se a complexidade da apuração dos dados requisitados, o presente Auto de Infração deve ser anulado sob pena de ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa.

26. Assevera que caso o órgão julgador entenda de forma contrária, a autuação merece ser revista, procedendo-se à realização de diligência conforme Decreto nº 70.235, artigo, 16, inciso IV.
27. Afirma que obteve a tutela antecipada para suspender a exigibilidade do crédito nas ações a que se referem o relato fiscal, cuja decisão fora confirmada em sentença e pelo Tribunal Regional Federal, o que, nos termos da legislação em vigor, impede a aplicação de multa de mora sobre eventual crédito tributário lançado pela autoridade fazendária.
28. Conclui que se estava obstada e ainda está a prática de qualquer ato administrativo de constituição do crédito relativo a contribuição previdenciária sobre 1/3 férias, aviso prévio indenizado, sobre os primeiros 15 dias de afastamento por motivo de doença ou acidente, o lançamento levado à efeito está viciado, devendo ser anulado.
29. Acrescenta que ainda que se considere a argumentação no sentido de que a decisão judicial não é capaz de obstar a realização do lançamento do crédito tributário, mas somente a sua exigibilidade, o presente Auto de Infração carrega vícios de natureza insanável: não poderia ter sido aplicada qualquer penalidade.
30. EXACERBAÇÃO DA MULTA/PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO Assevera que considerado os princípios constitucionais que regem a tributação, o parâmetro utilizado para apuração da multa aplicada deve ser afastado ante seu evidente caráter confiscatório.
31. Aduz que como estão ausentes qualquer intenção de fraude ou dolo, justifica-se redução da sanção pecuniária em atendimento do disposto na Súmula 14 do 1º Conselho de Contribuintes.
32. REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS Alega que inexistem razões para o prosseguimento da representação fiscal para fins penais pois os créditos tributários exigidos são totalmente controversos, razão pela qual impõe-se a imediata suspensão dos efeitos da referida representação até o final do julgamento da presente impugnação.
33. Requer seja o recurso recebido, suspendendo-se a exigibilidade dos supostos débitos aqui discutidos. Sejam homologadas as compensações declaradas nas GFIPS para que a requerente não seja compelida ao recolhimento indevido dos supostos débitos

A DRFB encaminhou o recurso a este conselho para julgamento.

É o relatório.

## Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

### **PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 690. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

### **DAS PRELIMINARES AO MÉRITO**

### **DA ATRIBUIÇÃO DE RESPONSABILIDADE AO GRUPO ECONÔMICO**

O primeiro ponto questionado tanto pela empresa autuada, como em relação as indicadas como solidárias, é que o simples fato de pertencer ao grupo econômico, não é suficiente para determinar a solidariedade sobre os débitos lavrados. Aduzem que a solidariedade somente se revelaria aplicável em caso de fraude e de abuso da personalidade jurídica, nos termos do artigo 50 do Código Civil.

Quanto a este ponto e os demais trazidos nos recursos entendo que razão não assiste aos recorrentes.

Conforme se depreende da legislação tributária, existe expressa previsão legal no âmbito previdenciário para que em sendo constatado que a administração de empresas é realizada de forma centralizada, por um sócio comum entre as mesmas, ou mesmo não figurando expressamente como sócio, exerça a direção de fato sobre as mesmas, dever-se-á atribuir a todos as empresas do grupo a responsabilidade pelas obrigações principais e acessórias. Senão vejamos os dispositivos legais.

O artigo 30, inciso IX, da Lei nº 8.212/91, não deixa dúvida quanto a matéria trazidas nos presentes autos, ensejando a possibilidade de indicação de várias empresas pelo montante do débito:

*“ Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:*

*[...]*

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

No mesmo sentido, reporta-se a legislação trabalhista em seu § 2º, do art. 2º da CLT, ao tratar da matéria:

*“Art. 2º Considera-se empregador a empresa individual ou coletiva, que, assumindo os riscos de atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços.*

*§ 1º [...]*

*§ 2º 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 os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.”*

A Lei nº 6.404/76, igualmente, oferece proteção ao entendimento da autoridade fiscal, ao conceituar Grupo Econômico em seus artigos 265 e 267, nos seguintes termos:

*“ Art. 265 - A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns.*

*§ 1º - A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.*

*§ 2º - A participação recíproca das sociedades do grupo obedecerá ao disposto no artigo 244.*

*Art. 267 - O grupo de sociedades terá designação de que constarão as palavras "grupo de sociedades" ou "grupo".*

*Parágrafo Único - Somente os grupos organizados de acordo com este Capítulo poderão usar designação com as palavras "grupo" ou "grupo de sociedade".”*

Nesse sentido, os artigos 121, 124 e 128 do Código Tributário Nacional, assim prescrevem:

*“Art. 121 - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.*

*Parágrafo Único - O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:*

*I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;*

*II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.*

*Art.124 - São solidariamente obrigadas:*

*I - as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;*

*II - as pessoas expressamente designadas por lei.*

*Parágrafo Único - A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.*

*Art.128 - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”*

Os próprios recorrentes destacam a existência de grupo econômico, assim, correto o posicionamento da autoridade fiscal, que atribuiu responsabilidade solidária a todos os membros do grupo, conforme determina a legislação. Aqui não se faz necessário a demonstração de fraude, conforme arguenta o recorrente, bastando a existência de um grupo para que todos possam vir a responder pelo débito lançado.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte em sua peça recursal, seu entendimento não merece acolhimento, senão vejamos.

Conforme restou devidamente demonstrado no Relatório Fiscal da Notificação, bem assim, na decisão recorrida, e no próprio recurso das empresas autuadas, as empresas ali arroladas fazem parte efetivamente de Grupo Econômico, respondendo solidariamente pelo crédito previdenciário que se contesta.

Dessa forma, resta claro que as empresas do Grupo Econômico de fato têm, efetivamente, interesse comum no fato gerador dos tributos ora exigidos (inclusive buscando judicial os mesmos interesses em relação a não incidência de contribuições sobre as verbas ora glosadas), na forma estipulada no artigo 124, inciso I, do CTN, impondo a manutenção do feito em sua plenitude, não se cogitando em ilegalidade e/ou irregularidade na atuação fiscal.

### **DO MÉRITO**

Conforme o relatório fiscal, constatou-se pela análise dos relatórios, planilhas e documentos apresentados, que o contribuinte realizou compensações mediante aproveitamento de tributo ainda em disputa judicial nos processos 2009.34.00.019943-6 e 2009.34.00.019948-4. Nesses processos pede-se o direito de não recolher contribuições previdenciárias incidentes sobre parcelas que integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias (remuneração relativa aos 15 primeiros dias de afastamento do empregado por motivo de doença, aviso prévio indenizado, salário maternidade, adicional de 1/3 das férias e férias).

Ao observarmos o andamento dos processos em questão, identifica-se que não houve trânsito em julgado, impossibilitando, legalmente e dentro dos limites da própria sentença a compensação dos créditos, como efetuado pela empresa.

Aliás esse foi o entendimento descrito pelo julgador, no sentido que como não havia decisão transitada em julgado, considerou-se que não havia crédito líquido e certo em favor do contribuinte, portanto, as compensações foram consideradas indevidas, restando à auditoria fiscal o levantamento do crédito tributário pelo total indevidamente compensado (Glosa de Compensações Indevidas) com base nos artigos 170-A e 170 do CTN e artigo 89 da Lei 8.212/1991, combinada com o artigo 70 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30/12/2008, publicada no Diário Oficial da União – DOU em 31/12/2008.

Com relação ao argumento de realização de compensação nos limites legais, entendo que acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A autoridade fiscal em seu relatório descreveu que o recorrente descumpriu a sentença proferida, posto que realizou compensações sem que o processo judicial em que pleiteia o direito a restituição tivesse caráter definitivo. Também descreveu o auditor não ter a empresa apresentado a planilha, por fato gerador compensado, para que se pudesse apurar individualmente cada uma das compensações, apresentando montante global e declarando

referido valor em GFIP.

Como é cediço, a compensação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, desse modo, caberia à recorrente demonstrar as bases em que teriam sido realizadas tais compensações, juntando a prova contábil da origem dos valores, bem como da sua realização durante o período objeto do presente lançamento.

As hipóteses de compensação estão elencadas na Lei n.º 8.212/91, em seu artigo 89, dispondo que a possibilidade restringe-se aos casos de pagamento ou recolhimento indevidos. Não ocorreu recolhimento ou pagamento indevidos de contribuições previdenciárias, no presente caso.

*Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação alterada pela Lei n.º 9.032, de 28/04/95, mantida pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95 que colocou vírgula após a expressão INSS Parágrafo único. Na hipótese de recolhimento indevido as contribuições serão restituídas, atualizadas monetariamente. § 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (Acrescentado pela Lei n.º 9.032, de 28/04/95, e mantido pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95, que passou a identificar o INSS somente pela sigla)*

*§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas “a”, “b” e “c”, do parágrafo único do art. 11 desta lei. (Acrescentado pela Lei n.º 9.032, de 28/04/95 e mantido pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95 com as seguintes alterações: 1) identifica o INSS somente pela sigla, 2) acrescenta o artigo “o” antes da expressão “valor”; 3) coloca vírgula antes da expressão “do parágrafo”)*

*§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência. (Redação alterada pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95)*

*§ 4º Na hipótese de recolhimento indevido, as contribuições serão restituídas ou compensadas, atualizadas monetariamente. (Acrescentado pela Lei n.º 9.032, de 28/04/95 e mantido pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95, que inseriu uma vírgula entre as palavras “compensadas” e “atualizadas”)*

*§ 5º Observado o disposto no § 3º, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente. (Acrescentado pela Lei n.º 9.032, de 28/04/95 e mantido, com a mesma redação, pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95)*

*§ 6º A atualização monetária de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo observará os mesmos critérios utilizados na cobrança da própria contribuição. (Acrescentado pela Lei n.º 9.032, de 28/04/95 e mantido, com a mesma redação, pela Lei n.º 9.129, de 20/11/95)*

A Lei n.º 8.212/1991 está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, haja vista o próprio CTN dispor em seu artigo 97, VI, que as hipóteses de extinção do crédito tributário, entre essas a compensação e a dação em pagamento, são de estrita reserva

legal. Assim, para verificar a possibilidade de compensação há que ser remetido para os permissivos legais.

*Art.97 - somente a lei pode estabelecer:*

*VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.*

Conforme prevê o art. 89, § 2º da Lei n.º 8.212/1991, somente pode ser compensado nas contribuições arrecadadas pelo INSS os valores recolhidos de forma indevida. Dessa forma, só após a conclusão de serem indevidos tais valores poderia o recorrente valer-se do instituto da compensação.

Conforme previsto no art. 170-A do CTN, corroborando o entendimento do STJ (Súmula 212), 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. Assim sendo, ações judiciais pendentes, não são meios hábeis para autorizarem o procedimento de compensação pelo contribuinte.

*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. \*(Acrescido pela Lei Complementar 104/01).*

Aliás, esse foi o encaminhamento dado pelo julgamento de primeira instância, senão vejamos:

*A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no Código Tributário Nacional, artigo 156, II. Na mesma Lei, o artigo 170-A, estabelece que:*

*Art.170-A – É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do transito em julgado da respectiva decisão judicial.*

*O dispositivo citado é claro ao determinar que o sujeito passivo, em relação ao aproveitamento de tributo objeto de contestação (como no presente caso) só pode efetuar a compensação das contribuições questionadas no âmbito judicial, após o trânsito em julgado da respectiva sentença. No texto normativo citado não há qualquer menção ao fato do crédito a ser extinto por meio de compensação, ter sido ou não lançado pela autoridade fiscal.*

*Portanto, não tem razão o impugnante ao alegar que o disposto nessa norma seria aplicável somente em relação aos créditos já constituídos.*

(...)

*A compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte, mas sujeita-se, no âmbito de tributo lançado por homologação (como no caso), à verificação da autoridade fiscal. A fiscalização ao constatar a compensação de valores efetuados indevidamente, nada mais fez que efetuar o lançamento das contribuições recolhidas a menor glosando a compensação em conformidade com a legislação que a vincula sob pena de responsabilização funcional.*

Observamos que às fls. 330, bem destacou o tribunal e seu julgado os limites para compensação: a) observância da disposição contida no art. 170-A do CTN, possibilidade de compensação com contribuições destinadas ao custeio da seguridade nos termos da Lei 11.457/07; c) incidência de juros em relação aos recolhimentos indevidos; d) afasta-se a limitação de 30%.

Face o exposto não vislumbro qualquer nulidade na decisão recorrida, tampouco os argumentos do recorrente demonstram estar incorreto o lançamento realizado. Os limites da decisão judicial são facilmente identificáveis sendo que extrapolou o recorrente os limites da decisão ao efetivá-la sem o trânsito em julgado.

#### QUANTO A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE

Neste ponto também entendo acertada a decisão de primeira instância. O lançamento refere-se a glosa, ou seja, a valores lançados indevidamente em GFIP à título de compensação, mas sem que a empresa tivesse direito a mesma, no momento em que realizadas.

Conforme já explicitado, não se busca no lançamento das contribuições sobre 1/3 de férias, aviso prévio indenizado, ou mesmo sobre os 15 primeiros dias de licença médica, mas tão somente o lançamento dos valores declarados sem o respaldo legal. Estando correto o procedimento adotado. Nem mesmo seria possível a discussão sobre o mérito da incidência de contribuições, uma vez que havendo ação judicial, sobre a mesma matéria, renúncia o recorrente a discussão na esfera administrativa.

#### QUANTO A APLICAÇÃO DOS JUROS SELIC

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n.º 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

*Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei n.º 9.528, de 10/12/97)*

*Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.*

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal*

*Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.*

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, ou havendo compensação indevida, como é o caso, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos no AIOP, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Da mesma forma, aplicou a autoridade fiscal a multa de acordo com o disposto na legislação aplicável, fazendo o comparativo de forma, a adotar aquele, que pelo comparativo da legislação anterior e a atual apresenta-se mais vantajoso ao empregado.

*O § 9º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, estabelece que os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata esta Lei.*

*Os juros de mora defluem de comando legal (art. 34 da Lei nº 8.212/91 e, a partir da MP 449/2008, art. 35 da referida lei).*

*A multa de mora é a prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91, observado o período de vigência.*

*A autuação refere-se a período anterior à MP nº 449/08, caso em que deve ser aplicada a penalidade mais benéfica para o sujeito passivo, face ao disposto no inciso II, do art. 106 do CTN.*

*No caso, a fiscalização cumpriu este quesito, efetuando a comparação da multa antes e após a Lei nº 11.941/2009, demonstrando matematicamente que a multa mais benéfica à autuada é a multa de mora do art. 35 da Lei nº 8.212/91 de 0,33% ao dia, limitada a 20%, somada à multa do inciso I do art. 35 da Lei nº 8.212/91, alterada pela Lei nº 11.941/09.*

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF:

*É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais*

Incabível no mesmo sentido apreciar a ilegalidade ou mesmo inconstitucionalidade da referida cobrança, considerando o posicionamento deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

#### SÚMULA N. 2

*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Entendo que a decisão não merece qualquer reparo, devendo ser mantida nos termos em que foi proferida.

Quanto a representação fiscal para fins penais e o pedido de sustentação oral, o fato de não acatá-los, não implica cerceamento do direito de defesa.

#### REPRESENTAÇÃO FISCAL

Quanto a alegação de que inexistem razões para o prosseguimento da representação fiscal para fins penais, pois os créditos tributários exigidos são totalmente controversos, entendo que razão não assiste ao recorrente.

A competência do CARF restringe-se ao julgamento da procedência do lançamento e da decisão de primeira instância, frente os argumentos apresentados pelo recorrente. Neste mesmo sentido, encontramos o posicionamento adotado pelo CARF pó rmeio da súmula n. 28:

*Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.*

Assim, entendo que o lançamento é procedente, devendo ser mantido integralmente, nos termos do voto proferido.

#### CONCLUSÃO

Pelo exposto voto pelo CONHECIMENTO do recurso, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira