



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

Processo n° 15956.000023/2009-49
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2401-002.616 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrentes USINA SÃO MARTINHO S/A E OUTROS
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2005

LANÇAMENTO EDIFICADO QUANDO A EMPRESA DETINHA PROVIMENTO JUDICIAL NO SENTIDO DE AFASTAR AS CONTRIBUIÇÕES LANÇADAS MULTA DE OFÍCIO. DESCABIMENTO.

Estando o sujeito passivo, no momento do lançamento, amparado por decisão judicial que declarava a inconstitucionalidade das contribuições lançadas, não cabe a imposição de multa de ofício, por aplicação retroativa da norma que atualmente afasta a multa de ofício nos casos de suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EFEITOS.

Importa em renúncia às instâncias administrativas de julgamento a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial com o mesmo objeto do processo administrativo. Nos casos de lançamento com indicação de responsáveis solidários, a renúncia somente alcança aqueles que ajuizaram a ação no Judiciário, individualmente ou na posição de litisconsortes.

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA QUE NÃO CONHECE, ALEGANDO RENÚNCIA, DE MATÉRIAS DISCUTIDAS EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO IMPETRADO PELO ÓRGÃO DE CLASSE AO QUAL É ASSOCIADO O SUJEITO PASSIVO. NULIDADE

É nula a decisão de primeira instância, quando o órgão julgador deixa de apreciar questões apresentadas na defesa, por entender que houve renúncia às instâncias administrativas, pelo fato das referidas questões estarem sendo discutidas em Mandado de Segurança Coletivo, impetrado por entidade de classe a qual é vinculado o sujeito passivo.

PRODUTO RURAL ENTREGUE A COOPERATIVA PARA EXPORTAÇÃO. IMUNIDADE.

Não incidem contribuições, em face de vedação constitucional, as remessas de produtos rurais por cooperados às cooperativas, quando estas destinam os mesmos à exportação.

Recurso Voluntário não Conhecido para a Autuada; Recurso Voluntário Provido para as Solidárias e Recurso de Ofício Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) por unanimidade de votos: a) negar provimento ao recurso de ofício; e b) não conhecer do recurso voluntário da empresa VALE DO MOGI EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS S/A. e conhecer dos recursos das empresas apontadas como responsáveis solidárias. II) por maioria de votos, dar provimento aos recursos voluntários conhecidos. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que negava provimento.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se do Auto de Infração AI n.º 37.150.244-1 para exigência das contribuições para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho – RAT.

De acordo com o relatório fiscal, fls. 36 e segs, os fatos geradores que deram ensejo ao presente lançamento dizem respeito à comercialização de sua produção que a empresa afirma haver efetuado no mercado externo.

Afirma-se que a atuada é uma agroindústria do setor sucroalcooleiro, cuja atividade principal é a comercialização de açúcar e álcool. Acrescenta-se que a mesma era cooperada da Copersucar – Cooperativa de Produtores de Cana de Açúcar, Açúcar e Álcool do Estado de São Paulo.

De acordo com o fisco, a empresa não conseguiu comprovar que os produtos vendidos foram destinados ao mercado externo, posto que os lançamentos contábeis correspondentes revelam repasses efetuados à atuada pela Copersucar. Assim, não pode a empresa fazer jus à imunidade prevista no inciso I do art. 149 da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 33/2001.

A Auditoria sustenta que, nos termos do art. 245 da Instrução Normativa SRP – IN n.º 03/2005 somente não incidem as contribuições sociais sobre a receita da comercialização efetuada diretamente com adquirente domiciliado no exterior.

Nos termos do relato do fisco, a empresa recolheu os valores incidentes sobre a comercialização realizadas por intermédio de “tradings” a uma alíquota de 2,85%, quando o valor correto seria 2,60%. Assim, as contribuições recolhidas em excesso foram abatidas na presente apuração.

O fisco apresenta ainda histórico e reorganizações societárias de diversas empresas para demonstrar que a atuada integra grupo econômico, cuja empresa controladora era a São Martinho S/A, afirmando que a existência do grupo econômico teve publicidade por ocasião de abertura de capital mediante oferta pública de ações efetuada em 09/02/2007, cujos detalhes são transcritos no relatório fiscal.

Foram arroladas como devedoras solidárias, em face da existência de grupo econômico, as empresas: Monte Serrano Agrícola Ltda.; Duas Matas Agrícola Ltda.; Nelson Ometto Participações Ltda.; Agropecuária Caieira do Norte S/A; Mogi Agrícola S/A; Usina Boa Vista S/A; S M Participações S/A; SMBJ Agroindustrial S/A; João Ometto Participações S/A (CNPJ 47.796.594/0001-52); João Ometto Participações S/A (CNPJ 48.300.580/0001-98); Imobiliária Parnamirim S/A; São Martinho S/A; Agropecuária Vale do Corumbati S/A e Omtec Indústria e Comércio Ltda.

A Usina São Martinho S/A apresentou defesa de fls. 89/102, acompanhada dos documentos de fls. 103/209. Na referida peça a empresa busca afastar a pretensão do fisco,

argumentando que a entrega da produção à cooperativa não é ato de comércio, assim, não pode a exação alcançar essas operações, até porque a cooperativa a qual é filiada promoveu a exportação de toda a produção.

As empresas arroladas como solidárias contestaram os termos de sujeição passiva lavrados contra as mesmas. Apresentaram impugnação Monte Sereno Agrícola Ltda., fls. 210/218; Duas Matas Agrícola Ltda, fls. 233/241; Agropecuária Caieira do Norte S/A, fls. 252/262; Mogi Agrícola S/A, fls. 274/279; Usina Boa Vista S/A, fls. 294/299; S.M. Participações S/A, fls. 316/324; SMBJ Agroindustrial S/A, fls. 337/342; João Ometto Participações S/A, fls. 356/364; Imobiliária Paramirim S/A, fls. 370/378; São Martinho S/A, fls. 390/395; Agropecuária Vale do Corumbataí S/A, fls. 402/410; Omtec Indústria e Comércio Ltda, fls. 422/429 e Nelson Ometto Participações S/A, fls. 442/450.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Ribeirão Preto determinou, fls. 486/489, a realização de diligência fiscal para que fosse verificada a existência de ação judicial discutindo o mérito da lide administrativa, bem como para que fosse confirmada, mediante a juntada de documentos, a sujeição passiva na qualidade de solidária da empresa SBMJ Agroindustrial S/A.

A Auditoria emitiu relatório complementar, fls. 539/551, no qual busca acrescentar detalhes acerca da sua conclusão sobre a existência do grupo econômico, mais precisamente quanto à participação no mesmo da empresa SMBJ Agroindustrial S/A.

Às fls. 555/559, consta manifestação conjunta das empresas arroladas como devedoras solidárias, as quais reiteram os termos da defesa, na tentativa de demonstrar a inexistência do vínculo de solidariedade das mesmas para com o crédito sob enfoque.

A DRJ julgou, fls. 567/590, parcialmente procedente o lançamento. Naquele *decisum* não se conheceu da matéria objeto de discussão judicial pendente; deu-se razão ao fisco quanto à existência de responsabilidade solidária, em razão da existência de grupo econômico, e afastou-se a multa pelo fato da empresa na data do lançamento estar acobertada com decisão judicial afastando à incidência das contribuições lançadas no presente AI.

Apresentaram recurso conjunto, fls. 626/645, as empresas Usina São Martinho S/A, São Martinho S/A, Luiz Ometto Participações S/A, João Ometto Participações S/A, Nelson Ometto Participações S/A, Agropecuária Vale Do Corumbataí S/A, Omtek Indústria e Comércio Ltda, Monte Sereno Agrícola Ltda., Duas Matas Agrícola Ltda., Agropecuária Caieira Do Norte S/A, Usina Boa Vista S/A, Mogi Agrícola S/A, Imobiliária Paramirim S/A, SM - Participações Ltda. e SMBJ Agroindustrial S/A.

Alegaram em síntese as recorrentes:

a) devem ser consideradas as alegações defensórias de mérito não relacionadas com a decisão judicial, como é o caso da questão específica do adequado tratamento tributário que deve ser concedido ao ato cooperativo;

b) outra distinção manifesta entre o feito judicial e na defesa administrativa é que naquele se discute a inconstitucionalidade da exigência de contribuições sociais sobre receitas de exportação em geral e nesta a discussão centra-se na impossibilidade da exportação por intermédio de cooperativa ser considerada venda indireta;

c) mesmo que se considere a renúncia da discussão administrativa, esse efeito não pode ser estendido às devedoras solidárias, posto que essas não figuram no polo ativo da ação judicial;

d) se a própria constituição não impõe limitações à imunidade relacionada às exportações, não se concebe que uma instrução normativa (IN n.º 03/2005) venha tratar de matéria não prevista em lei;

e) mesmo a IN n.º 03/2005 em momento algum determina que as exportações intermediadas por cooperativas sejam consideradas indiretas;

f) as operações de remessa de produtos à cooperativa configuram-se como ato cooperativo, não podendo ser equiparadas à comercialização no mercado interno;

g) a tributação de tais remessas fere a disposição constitucional que impõe o adequado tratamento tributário ao ato cooperativo;

h) a responsabilidade solidária somente pode ser atribuída se estiver amparada pelas hipóteses do CTN, nesse sentido, o simples fato de duas empresas pertencerem ao mesmo grupo econômico não pode ensejar, por si só, a responsabilidade solidária para a pessoa jurídica que não teve qualquer participação, direta ou indireta, no fato que deu origem ao crédito tributário. Cita decisões do STJ que abonariam a sua tese;

i) o art. 30, IX, da Lei n.º 8.212/1991 choca-se com o CTN, na medida que não encontra fundamento em qualquer das hipóteses de sujeição passiva previstas naquele Codex;

j) não existe vínculo de subordinação entre as empresas arroladas pelo fisco, sendo improcedente a alegada solidariedade;

h) verifica-se que as empresas Monte Sereno Agrícola Ltda., Duas Matas Agrícola Ltda., Agropecuária Caieira do Norte S/A, Imobiliária Paramirim S/A, Agropecuária Vale do Corumbataí S/A, S.M. Participações S/A, João Ometto Participações S/A, Luiz Ometto Participações S/A e Nelson Ometto Participações Ltda. não detêm qualquer participação societária na empresa originariamente autuada (Usina São Martinho S/A);

i) conforme documentos societários, apresentados nos autos, apenas a empresa Omtek Indústria e Comércio Ltda. detém participação ínfima, no percentual de 0,002% do capital social total;

j) da mesma forma, a empresa originariamente autuada (Usina São Martinho S/A) não detém qualquer participação na composição societária nas referidas empresas, de modo que, nem sequer em tese, seria viável a caracterização do alegado "grupo econômico";

k) quanto à empresa SMBJ Agroindustrial S/A, esta não pode ser considerada devedora de créditos fiscais relativos a períodos anteriores a sua constituição.

Ao final, pede o cancelamento da autuação ou a exclusão das empresas consideradas solidárias do polo passivo da exigência.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso voluntário merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Quanto ao recurso de ofício, vejo que o mesmo atende aos pressupostos de admissibilidade, posto que o valor da multa exonerado foi de R\$ 1.439.995,25 (um milhão, quatrocentos e trinta e nove mil, novecentos e noventa e cinco reais e vinte e cinco centavos), portanto, acima do valor mínimo fixado pela Portaria MF n.º 03, de 03/01/2008¹.

O recurso de ofício – Exclusão da Multa

A multa foi aplicada com esteio na legislação vigente na data da ocorrência dos fatos geradores, art. 35 da Lei n.º 8.212/1991.

Todavia, tendo-se em conta a superveniência da Lei n.º 11.941/2009, que, dentre outras alterações, dispôs que aos lançamentos relativos às contribuições sociais seria aplicado o disposto no art. 44 da Lei n.º 9.430/1996², deve-se, em respeito ao disposto na alínea “c” do inciso II do art 106 do CTN³, lançar mão da legislação mais benéfica ao sujeito passivo.

Nesse diapasão, a aplicação retroativa da norma superveniente conduz-nos a declarar improcedente a aplicação da multa ao presente lançamento, posto que, passando-se a aplicar a multa da Lei n.º 9.430/1996, também dever-se-á observar o comando do seu art. 63, que veda a aplicação da multa de ofício aos créditos lançados para prevenir a decadência.

Eis o dispositivo em questão:

¹ Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo.

² Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

³ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Art. 63. Na constituição de crédito tributário destinada a prevenir a decadência, relativo a tributo de competência da União, cuja exigibilidade houver sido suspensa na forma dos incisos IV e V do art. 151 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, não caberá lançamento de multa de ofício.

§ 1.º O disposto neste artigo aplica-se, exclusivamente, aos casos em que a suspensão da exigibilidade do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

§ 2º. A interposição da ação judicial favorecida com a medida liminar interrompe a incidência da multa de mora, desde a concessão da medida judicial, até 30 dias após a data da publicação da decisão judicial que considerar devido o tributo ou contribuição.

É certo que a situação sob enfoque não diz respeito propriamente a lançamento para prevenir a decadência, mas deve-se levar em conta que na data da constituição do crédito fiscal a empresa estava amparada por decisão do Tribunal Regional Federal da 3.ª Região, a qual afastava a exação ora lançada.

Como bem afirmou a DRJ, se o citado art. 63 da Lei 9.430/1996 afasta a aplicação da multa de ofício para os casos em que há suspensão da exigibilidade por força de liminar em mandado de segurança (inciso IV do art. 51 do CTN) e de liminar ou tutela antecipada em outras espécies de ação, com muito mais razão há de se afastá-la quando o sujeito passivo detém uma decisão de mérito desobrigando-o do recolhimento das contribuições.

Por esse motivo, dou razão a DRJ, posicionando-me pela negativa de provimento ao recurso de ofício.

Da concomitância da ação judicial com a questão de mérito constante da impugnação

A DRJ deixou de apreciar o mérito da contenda, sob a justificativa de que a inconstitucionalidade das contribuições exigidas estaria sendo discutida no bojo do Mandado de Segurança n.º 2005.61.02.007918-6.

De fato, analisando o contido nas fls. 365/367, pude verificar que o pronunciamento da 5.ª Vara da Justiça Federal em Ribeirão Preto (SP) é enfático ao afirmar que foram enfrentadas na sentença de primeiro grau tanto a questão da inconstitucionalidade das contribuições incidentes sobre a receita de exportação realizadas pela recorrente por intermédio da Copersucar, bem como o suposto desrespeito ao princípio do adequado tratamento tributário dado ao ato cooperativo. Não custa transcrever as palavras do magistrado federal:

“Conforme disposto na sentença embargada, "...em relação à pretensão de inexigibilidade da contribuição prevista no inciso I, do art. 22A da Lei 8.212/91 sobre as receitas de exportação realizadas através da Cooperativa de Produtos de Cana, Açúcar e Alcool do Estado de São Paulo - COPERSUCAR, é bem de ver que não foram carreados aos autos quaisquer elementos de prova que permitam uma análise mínima das alegações da impetrante de que tais operações de exportação são na verdade

realizadas em seu nome, que é ela quem efetivamente arca com o pagamento dos tributos e que a receita auferida lhe é repassada. Não há qualquer documento que possibilite saber-se como se dá o relacionamento comercial entre a impetrante e a cooperativa ou a alegada representação para as operações de exportação.

Nessas condições, não há a menor possibilidade de se examinar a alegação de violação de direito líquido e certo em relação a esse tópico do pedido."

A embargante, no entanto, limita-se a afirmar que os documentos que possibilitam a análise de sua pretensão encontram-se nos autos, sem, no entanto, apontá-los com clareza.

Por outro lado, no tocante à análise do conceito de "ato cooperado", ressalto que é facultado ao juiz decidir com base em fundamentos diversos dos invocados pelas partes. Tem proclamado a jurisprudência que o Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos ("RJTJESP", ed. LEX, vols. 104/340; 111/414). O que importa, e isso foi feito na sentença, é que se considere a causa posta, fundamentadamente, em moldes de demonstrar as razões pelas quais se concluiu o decisor, ainda que estas não venham sob o contorno do exame da prova e diante dos textos jurídicos que às partes se afigure adequado."

Dúvida não há então que a empresa autuada, impetrante do MS em questão, renunciou ao contencioso administrativo, ao levar ao judiciário matéria que concomitantemente trouxe ao processo administrativo. Tal efeito processual encontra-se assentado em súmula do CARF, que carrega a seguinte redação:

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

Cabe, todavia, aferir se essa consequência se estende aos demais integrantes do polo passivo do AI, uma vez que os mesmos não integraram a lide judicial. Penso que não.

Considerando que os devedores solidários podem se contrapor administrativamente à exigência fiscal apresentando impugnação contra a pretensão do fisco ou recurso contra a decisão que lhe seja desfavorável, entendo que esse direito é amplo e pode ser invocado tanto contra sua posição de devedor solidário, quanto contra o próprio objeto do lançamento.

Assim, o fato de o devedor direto das contribuições haver renunciado à discussão administrativa não afeta a posição jurídica dos devedores solidários, posto que os mesmos não figuraram na ação judicial na qualidade de litisconsortes. Nesse sentido, entendo que a renúncia da discussão judicial fica restrita apenas à empresa que demandou no judiciário **matéria idêntica a da lide administrativo-tributária**.

Com base nesse entendimento, devo conhecer integralmente do recurso interposto pelas devedoras solidárias, iniciando o meu voto pela alegada inconstitucionalidade das contribuições lançadas.

A inconstitucionalidade da incidência de contribuição sobre produto destinado à importação por intermédio de cooperativa

Essa mesma matéria foi objeto de apreciação nessa turma de julgamento, na sessão realizada no dia 26/09/2009, quando, por maioria de votos deu-se provimento a recurso interposto por empresa que exportava sua produção por intermédio de cooperativa e teve esses valores tributados. Eis a ementa do Acórdão n.º 2401-00.690 (processo n.º 11070.001196/2007-27):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2004 a 30/06/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - PRODUTOR RURAL QUE EXPORTA A PRODUÇÃO ATRAVÉS DE COOPERATIVA.IMUNIDADE.

Não descaracteriza a venda direta ao exterior, para configuração da imunidade da contribuição incidente sobre a comercialização da produção rural, quando há exportação intermediada por cooperativa de produção rural, da qual o produtor seja membro.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO.

Na ocasião fui designado para redigir o voto vencedor e peço licença para fundamentar o meu voto com a mesma argumentação, a qual passo agora a transcrever:

“Com o maior respeito aos argumentos trazidos pela ilustre Relatora, peço vênica para discordar de seu entendimento.

No meu pensar, a NFLD é impropriedade pois a entrega de produtos pelos cooperados à cooperativa não é ato de comércio. Segundo a Lei nº 5.764/1971, a cooperativa é uma extensão do cooperado e, quando pratica qualquer ato com este, o faz na qualidade de mandatária, conforme determinam os arts.79 e 83 do referido diploma legal. Portanto, não há como enquadrar a entrega da produção como ato de comércio, justamente por não haver transferência de propriedade, mas mera entrega de produto, para que seja devidamente estocado até sua venda para terceiros. Pode-se dizer que qualquer operação subsequente que a cooperativa realize com o produto será em nome do cooperado por conta e ordem desse.

É certo que a cooperativa subroga-se na obrigação do cooperado, mas isso só ocorre quando a operação efetuada pela cooperativa é tributada, o que não é o caso da exportação de produtos rurais, que passou a ser imune a incidência de contribuições desde o advento da EC nº 33/2001.

Assim não fosse, estariam os pequenos e médios produtores impedidos de exportar, posto que não possuem escala para tal. Estar-se-ia assim diante de um tratamento tributário que desfavoreceria a criação das cooperativas, o que representa um contra-senso diante do incentivo explícito que quis dar o constituinte ao cooperativismo no art. 146 da Carta Política de 1988.

Diante do exposto, concluo que o recurso merece provimento.”

Assim, tendo me posicionado pelo mérito da contenda favoravelmente às empresas recorrentes, deixo de me pronunciar sobre a exclusão da responsabilidade solidária, uma vez que esse pedido, diante da declaração de improcedência do crédito, perde o objeto.

Ressalte-se que a decisão deverá atingir apenas as empresas recorrentes, uma vez que para a empresa autuada renunciou ao direito de recorrer com a propositura da ação judicial.

Conclusão

Diante do exposto, voto por negar provimento ao recurso de ofício, não conhecer do recurso em face da empresa autuada, conhecendo do mesmo para as empresas arroladas como solidárias para, no mérito, dar-lhe provimento.

Kleber Ferreira de Araújo