



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

Processo n° 18471.001451/2008-49
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.868 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de setembro de 2017
Matéria contribuição previdenciária
Recorrente PETROBRAS GAS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/07/2000, 01/10/2000 a 31/10/2000, 01/12/2000 a 31/12/2000, 01/05/2001 a 31/05/2001, 01/11/2001 a 30/11/2001
NULIDADE DA NFLD

Inexistência de nulidade do lançamento. Presentes todos os requisitos do art. 142 do CTN e possibilidade de defesa do contribuinte e responsáveis deve ser afastada tal preliminar.

COISA JULGADA ADMINISTRATIVA

Inexistência de coisa julgada administrativa, decisão de piso que apenas anulou a anterior decisão por cerceamento de defesa, sem reabertura de novo contencioso administrativo ou novo lançamento. Preliminar afastada.

DECADÊNCIA.

Decadência devidamente analisada pela decisão de piso, não havendo novo lançamento como indicado pelo contribuinte. Decadência afastada.

BÔNUS. INCIDÊNCIA

Os bônus de desempenhos terão natureza salarial e integrarão o salário de contribuição, desde que remunerem um trabalho executado e sejam pagos aos empregados que cumprirem condição estipulada. Confissão no recurso

voluntário do pagamento habitual de tais verbas. Inteligência da aplicação da Súmula 207 do E. STF e 203 do E. TST.

GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE

É ônus da fiscalização indicar a forma pela qual os responsáveis solidários no caso de grupo econômico praticaram o fato gerador e o interesse comum, não bastando a mera indicação superficial da existência de grupo econômico.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares arguídas e, no mérito, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir a sujeição passiva solidária. Vencido o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira, que negava provimento.

assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

assinado digitalmente

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

EDITADO EM: 11/10/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecilia Lustosa da Cruz, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Daniel Melo Mendes Bezerra e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim.

Relatório

1- Trata-se de Recurso Voluntário (fls.129/145), todas as folhas serão mencionadas pelo seu arquivo PDF, interposto pelo contribuinte contra a R. decisão da DRJ-DRJ-I (fls. 711/718) que julgou procedente em parte sua Impugnação ao lançamento ao Auto

de Infração — DEBCAD nº Debcad nº 35.699.716-2, lavrado em face do contribuinte acima identificado e responsáveis solidários Petrobrás - Petróleo Brasileiro; Petrodis – Petrobrás Distribuidora; Petroquisa – Petrobrás Química e Transpetro – Petrobrás Transporte do período não contínuo de 12/1997 a 07/2002, detalhado no valor original de R\$ 626.369,62; acrescido de juros e multa de mora; que trata das contribuições previdenciárias, parte patronal, e das contribuições sociais destinadas a Outras Entidades (Terceiros), não recolhidas à época própria.

2 – Adoto inicialmente como complemento ao relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ-I (fls. 707/711) por sua precisão e clareza:

“Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (AI DEBCAD 35.699.715-4, consolidado em 01/11/2005), contra a empresa acima identificada e responsáveis solidárias, no valor de R\$ 426.532,44, acrescidos de juros e multa, e refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa e às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa dos riscos ambientais do trabalho; assim como as devidas aos terceiros, incidentes sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês aos segurados empregados, no período 07/2000 a 11/2001 (descontínuo).

2. Conforme Relatório Fiscal (fls. 31/38):

2.1. a empresa é uma subsidiária integral da Petroleo Brasileiro S/A, cujo objeto principal é: a produção, o comércio, a importação, a exportação, a armazenagem, o transporte e a distribuição de gás natural, de gás liquefeito de petróleo e de gases raros de quaisquer origens, de fertilizantes, e suas matérias primas e produtos correlatos, de energia termoelétrica, de sinais de dados, voz e imagem através de sistemas de telecomunicações por cabo e rádio, bem como a prestação de serviços técnicos e administrativos relacionados a tais atividades;

2.2. constitui fato gerador das contribuições lançadas e não declaradas em GFIP, o pagamento de remuneração designada como "BÔNUS DE

DESEMPENHO OPERACIONAL - BDO" (rubrica 340 da folha de pagamento), beneficiando a universalidade dos empregados, objetivando, conforme afirma a própria empresa, "estimular o desenvolvimento de programas organizacionais e operacionais e, como decorrência, recompensar o corpo de empregados e dirigentes pelos resultados alcançados pela empresa";

2.3. assim, sendo o salário pago como remuneração de um determinado trabalho, prêmio, abono ou bônus, advém, tão somente, da relação de trabalho e do vínculo empregatício existente, não há como se excluir tal remuneração da base de cálculo da contribuição social, pois se trata de uma remuneração paga pelo trabalho;

2.4. resta incontroversa a existência de grupo econômico, liderado pela empresa PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S.A. (CNPJ: 33.000.167/0001-01); com as empresas: PETROBRAS GÁS S.A (CNPJ: 42.520.171/0001-91), PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. - BR (CNPJ: 34.274.233/0001-02), PETROBRAS TRANSPORTE S.A. - TRANSPETRO (CNPJ: 02.709.449/0001-59) e PETROBRAS QUÍMICA S.A. - PETROQUISA (CNPJ: 33.795.055/0001-94) em razão das informações constantes do "Relatório Anual de 2004" e de informações constantes do sítio <http://www2.petrobras.com.br>, particularmente nas páginas "A Petrobras - Visão Corporativa e Atividades e Relatório Anual 2004 - Princípios de Consolidação", acessadas na Internet em 09/11/2005, conforme cópias anexadas ao presente relatório, fls. 196/198.

DA IMPUGNAÇÃO DA PETROBRAS GÁS S.A – GASPETRO

3. A PETROBRAS GÁS, notificada do lançamento em 14/11/2005, apresentou impugnação em 29/11/2005, através do instrumento de fls. 280/286, alegando, em síntese:

3.1. a tempestividade;

3.2. pagou a todos seus empregados o Bônus de Desempenho Operacional, na forma dos Acordos Coletivos de Trabalho, bem como no disposto na Lei 8.212/1991 (art. 28, §9º, alínea "e", item 7) e na Instrução Normativa

MPS/SRP nº 3, de 14/07/2005 (art. 72, VI, j) , motivo pelo qual o procedimento de fiscalização está equivocado;

3.3. alega que o BÔNUS DE DESEMPENHO OPERACIONAL tem caráter extemporâneo, ou seja, não habitual e desvinculado de sua remuneração, e conseqüentemente não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária;

*3.4. equivoca-se o AFPS quando alega que o fato de a impugnante informar que "o bônus foi pago a universalidade de seus empregados objetivando estimular o desenvolvimento de programas organizacionais e operacionais e, como decorrência, recompensar os empregados e dirigentes pelos resultados alcançados", caracterizaria como sendo salário pago como remuneração de um determinado trabalho, não podendo excluir tal remuneração da base de cálculo da contribuição social, por tratar-se de uma **remuneração de trabalho paga pelo trabalho**;*

3.5. o Bônus por Desempenho Operacional diz respeito ao alcançado pela empresa, e beneficiou a todos os seus empregados. Claro está a sua não habitualidade, vez que nem faz parte do plano de cargos e salários da Companhia;

3.6. a referência no Ofício PRG-027/02 a "instrumentos remuneratórios" quis dizer no sentido amplo da palavra remuneração, e não ao sentido técnico-jurídico, para fins do artigo 457 da CLT;

3.7. requer que a Autarquia reveja sua decisão em juízo de retratação, ou no caso de sua manutenção, no mérito, a extinção de todo o crédito previdenciário.

DA IMPUGNAÇÃO DA PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.

4. A interessada notificada do lançamento em 14/11/2005, através do Ofício nº 252/17.401-2, fls. 204/206, interpôs impugnação em 22/11/2005, através do instrumento de fls. 219/224, alegando em suma:

4.1. a fiscalização não juntou as cópias das NFLDs 35.699.715-4 e 35.699.716-2, violando, desta forma, os princípios constitucionais do

contraditório e de ampla defesa (art. 5º LV, da Carta Magna). Sem o conhecimento do exato conteúdo e do inteiro teor de cada uma daquelas exações, ficou inviabilizada a concretização da defesa por falta de elementos, fundamentos e materialidade;

4.2. além de a PETROBRAS não ter participado da relação jurídica que teria dado origem ao lançamento, também é certo que não lhe foi dado a conhecer as razões e motivos que levaram o ente fiscal a lançar os débitos previdenciários contra a empresa GASPETRO;

4.3. ainda que desconhecido o exato teor das citadas NFLDs, é possível vislumbrar a total ausência de nexos causal entre a ocorrência do fato gerador e a (pretensa) responsabilidade imputada à PETROBRÁS;

4.4. não pode uma lei ordinária (inciso IX, do art. 30 da Lei de Custeio) criar um tipo de vínculo que acarrete a responsabilidade solidária de um terceiro com um fato gerador do qual este não participou. A lei não pode eleger qualquer um como responsável, devendo este, obrigatoriamente, estar vinculado à hipótese de incidência, porque somente o contribuinte principal tem relação jurídica direta e pessoal com o fato imponível;

4.5. a definição de grupo de sociedades (que pode vir a ser o grupo econômico), encontra-se prevista no art. 265, da Lei 6.404/76 (LSA). Esses grupos de sociedades visam à concretização de empreendimentos comuns e a sua constituição se dá mediante a celebração de convenção, aprovada e firmada pelas sociedades que o compoñham (art. 271, da Lei das S.A.);

4.6. as empresas citadas nesta NFLD, mantém relações obrigacionais (contratuais e legais) distintas; escrituração contábil e fiscal próprias e administração e gerências totalmente desvinculadas umas das outras. A PETROBRAS não participa de qualquer relação jurídica que envolva as demais empresas, como também em nada se aproveita delas;

4.7. não pode a PETROBRAS suportar o ônus que lhe fora imposto, pois se encontra impossibilitada de compelir àquela a recolher um tributo que é de responsabilidade dela, eis que não tem qualquer tipo de direção, controle ou administração sobre a citada empresa, devendo o lançamento ser revisto.

Não há como lhe imputar qualquer tipo de responsabilidade, por ausência de caracterização fática e jurídica do denominado "grupo econômico";

4.8. requer seja revista a decisão que reconheceu a existência de uma hipotética solidariedade, decidindo-se pelo seu provimento e cancelando o lançamento tributário contra a ora impugnante e; requer ainda, com fulcro no art. 28, da Portaria MPS nº 88/2004, a sua intimação, através do seu advogado, que a esta subscreve, de todos os atos processuais, bem como das designações de local, data e horário do julgamento, quando incluído em pauta, através do e-mail joacarlossgs@petrobras.com.br, visando uma maior celeridade.

DA IMPUGNAÇÃO DA PETROBRAS QUÍMICA S.A. - PETROQUISA

5. A interessada notificada do lançamento em 14/11/2005, através do Ofício nº 255/17.401-2, fls. 207/209, interpôs impugnação em 28/11/2005, através do instrumento de fls. 226/231, apresentando os mesmos argumentos enumerados pela PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S.A, item 4. acima e; requerendo com fulcro no art. 28, da Portaria MPS nº 88/2004, a sua intimação, através do seu advogado, que a esta subscreve, de todos os atos processuais, bem como das designações de local, data e horário do julgamento, quando incluído em pauta, através do e-mail carlosasilva@petrobras.com.br, visando uma maior celeridade.

DA IMPUGNAÇÃO DA PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. - BR

6. A interessada notificada do lançamento em 17/11/2005, através do Ofício nº 249/17.401-2, fls. 201/203, interpôs impugnação em 01/12/2005, através do instrumento de fls. 321/327, alegando em suma:

6.1. preliminarmente, a defendente não recebeu cópia das NFLDs e dos documentos que a instruem, mas somente Ofício informando lançamentos diversos, não constando seus valores, o que constitui afronta ao Artigo 5º, inciso LV, da CF/0988 (cerceamento de defesa), e requer seja declarada a nulidade do lançamento;

6.2. o sujeito passivo direto é aquele que tem relação pessoal e direta com o fato gerador. Porém a escolha de um terceiro para figurar como sujeito passivo da obrigação tributária não pode ser feita arbitrariamente;

6.3. o artigo 128 do CTN informa que a lei pode eleger terceiro como responsável, se ele estiver vinculado ao fato gerador. O ônus do tributo não pode ser deslocado arbitrariamente pela interpretação errada da lei, para que se faça recair sobre qualquer pessoa;

6.4. na contratação de serviços, empresas que eventualmente componham grupo econômico com a contratante não têm qualquer ligação com o fato gerador da contribuição previdenciária - folha de salários de contratada - bem como não têm absolutamente nenhuma possibilidade de efetuar a retenção e assim elidir sua responsabilidade.

DA IMPUGNAÇÃO DA PETROBRAS TRANSPORTE S.A. - TRANSPETRO

7. A interessada notificada do lançamento em 17/11/2005, através do Ofício nº 256/17.401-2, fls. 210/212, NÃO interpôs impugnação.

DO JULGAMENTO E RECURSO

*8. O Lançamento foi julgado **PROCEDENTE EM PARTE** através da **Decisão-Notificação nº 17.401.4/082/2006, de 09/02/2006, fls. 330/336.** Devidamente notificadas a **PETROBRAS GÁS S.A - GASPETRO** em 16/03/2006 (fls. 348), **PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.** em 15/03/2006 (fls. 337), a **PETROBRAS QUÍMICA S.A. - PETROQUISA** em 15/03/2006 (fls. 341), **PETROBRAS TRANSPORTE S.A. - TRANSPETRO** em 15/03/2006 (fls. 342), a **PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. - BR** em 17/03/2006 (fls. 346).*

*9. A **GASPETRO** apresentou Recurso ao Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS, em 13/04/2006 (fls. 394/399), alegando em síntese que o pagamento do Bônus de Desempenho Operacional não foi efetuado com habitualidade, que a referida verba não possui natureza de prêmio, requerendo, por fim, a desconstituição do lançamento;*

9.1. a **PETROBRAS PETRÓLEO BRASILEIRO S.A.** apresentou Recurso em 13/04/2006 (fls. 386/391), alegando em síntese que não foi conferido o conhecimento das razões e dos motivos que ensejaram o lançamento na Gaspetro, que não pode ser atribuída responsabilidade à Petrobrás; e que não restou caracterizada a existência de grupo econômico;

9.2. a **PETROQUISA** apresentou Recurso em 11/04/2006 (fls. 352/357), alegando em síntese que não pode lhe ser atribuída a responsabilidade pelo crédito tributário de outra empresa e que não restou caracterizada a existência de grupo econômico;

9.3. a **PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A. - BR** apresentou Recurso em 17/04/2006 (fls. 428/433), alegando em síntese que houve cerceamento de defesa, pois a recorrente não recebeu cópia da NFLD; que é ilegal a atribuição de responsabilidade à recorrente, pois não houve ligação com a situação que constituiu o fato gerador.

10. Após a elaboração das Contra-Razões, às fls. 444/448, o processo foi encaminhado ao CRPS.

11. A 2ª Câmara de Julgamento do CRPS, através Acórdão 0000167, de 26/02/2007 (fls. 450/452), decidiu anular a Decisão Notificação – DN, determinando que fosse efetuada a notificação do lançamento fiscal a todas empresas supostamente solidárias, acompanhado de todos os documentos que o integram, tendo por base o cerceamento de defesa alegado.

DO REINÍCIO DO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

12. Em 30/04/2007, fls. 454, os autos foram encaminhados pelo Serviço do Contencioso Administrativo ao Serviço de Fiscalização, para que fosse providenciado a determinação do CRPS, adotando-se todos os demais procedimentos para o reinício do contencioso administrativo.

13. Em 16/06/2009, conforme a informação “Análise de Interesse Fiscal”, de fls. 542/543, foi verificado que as competências 07/2000 e 10/2000 do presente crédito, foram atingidas pela decadência, conforme a Súmula Vinculante nº 8 do Supremo Tribunal Federal de 12/06/2008, devendo-se efetuar a retificação destas pelo setor competente (DIFIS I) e a respectiva

cientificação ao sujeito passivo e seus responsáveis solidários, assim como do Acórdão nº 0000167, de 26/02/2007, com abertura do prazo recursal.

14. A GASPETRO, em 24/07/2009, fl. 547, foi cientificada do Acórdão nº 000167/2007 e do prazo de 30 dias para apresentação de impugnação, tendo apresentado novo recurso, fls. 552, reiterando os termos da impugnação total de mérito anteriormente apresentada nestes autos.

DA CIÊNCIA DAS SOLIDÁRIAS

15. As empresas solidárias foram cientificadas do Acórdão nº 000167 da 2ª Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social, de 26/02/2007, da Decisão Notificação nº 17.401.4/082/2006 de 09/02/2006; do Resultado da Diligência de 24/07/2009, fls. 546, juntamente com a cópia da NFLD; assim como da reabertura do prazo de 30 dias para manifestação, conforme determinado no referido acórdão, através das Intimações n.º: 1804/2011 de 21/12/2011 (fls. 645 - Petrobrás Gás), recebida em 29/12/2011 (AR - fls. 651);

. 1805/2011 de 21/12/2011 (fls. 646 - Petrobrás), recebida em 29/12/2011 (AR - fls. 654);

. 1806/2011 de 21/12/2011 (fls. 647 - Petrobrás Distribuidora), recebida em 29/12/2011 (AR - fls. 657);

.1807/2011 de 21/12/2011 (fls. 648 - Petroquisa), recebida em 29/12/2011 (AR- fls. 660) e;

. 1808/2011 de 21/12/2011 (fls. 649 - Transpetro, recebida em 29/12/2011 (AR - fls. 663).

15.1. Apenas a Petrobras Distribuidora apresentou novo recurso, em 23/01/2012, fls. 744/749, alegando em síntese:

15.2. desenvolvida ação fiscal, a DEMAC promoveu notificações fiscais de lançamento de débito em face a PETROBRAS GÁS S.A, entendendo que o "BÔNUS DE DESEMPENHO OPERACIONAL", pago pela referida empresa em caráter eventual a determinados empregados, integraria a base de cálculo da contribuição previdenciária;

15.3. também foram promovidos lançamentos em face da PETROBRAS DISTRIBUIDORA S.A em função de alegada responsabilidade solidária do grupo econômico;

15.4. após a realização de "Análise de Interesse Fiscal", adotou-se o entendimento de que as competências do período compreendido entre julho e outubro de 2000 foram atingidas pela decadência, mantendo-se o direito ao crédito tributário em relação às competências de novembro de 2000 a novembro de 2001;

15.5. não obstante a declaração da decadência parcial manteve-se o posicionamento acerca da responsabilidade solidária da ora recorrente com a PETROBRAS GÁS S.A, pela suposta exigência do grupo econômico entre as empresas;

15.6. ressalte-se que não compete à Receita Federal afirmar que a Petrobras Distribuidora S.A integrou ou não determinado grupo econômico, eis que se trata de uma sociedade por ações com autonomia e gestão própria, o que se comprova através do Estatuto já acostado aos autos;

15.7. data venia, tal entendimento não pode prevalecer, eis que, a responsabilidade (sujeição passiva indireta) somente pode ser estabelecida em relação ao contribuinte (sujeito passivo direto), nunca, jamais, em relação à figura de outro responsável (sujeito passivo indireto);

15.8. a escolha de um terceiro para figurar como sujeito passivo da obrigação tributária não pode ser feita arbitrariamente. O artigo 28 do CTN determina que a lei pode eleger terceiro como responsável, se ele estiver vinculado ao fato gerador;

15.9. se um terceiro for eleito legalmente como responsável, é preciso que a lei preveja mecanismos pelos quais os pagamentos dos tributos possam ser efetuados sem onerar este terceiro;

15.10. empresas que eventualmente componham grupo econômico com a autuada não têm qualquer ligação com o fato gerador da contribuição previdenciária (Bônus de Desempenho Operacional), pois a ora reclamante não tem, no caso, sequer possibilidade de elidir tal responsabilidade, uma

vez que não poderia realizar o recolhimento da contribuição supostamente devida em nome da Petrobras Gás S.A, uma vez que sequer, possui acesso à folha de pagamento da empresa;

15.11. assim espera seja conhecida e provida a presente impugnação com a consequente desconstituição da NFLD nº 35.699.715-4.

3 - A decisão da DRJ-RJ - I (fls.791/805) julgou procedente em parte a Impugnação do contribuinte, conforme decisão ementada abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/07/2000, 01/10/2000 a 31/10/2000, 01/12/2000 a 31/12/2000, 01/05/2001 a 31/05/2001, 01/11/2001 a 30/11/2001

DECADÊNCIA PARCIAL. OCORRÊNCIA.

O direito de a Seguridade e Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não merece acolhida a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que todos os relatórios foram entregues ao contribuinte, onde consta a indicação de onde os valores foram extraídos.

BÔNUS. INCIDÊNCIA

Os bônus de desempenhos terão natureza salarial e integrarão o salário de contribuição, desde que remunerem um trabalho executado e sejam pagos aos empregados que cumprirem condição estipulada.

As importâncias recebidas a título de bônus não integram o salário de contribuição somente quando expressamente desvinculados do salário por força de lei.

GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes da Lei nº 8.212/1991 (artigo 30, inciso IX).

Impugnação Procedente em Parte***Crédito Tributário Mantido em Parte***

4 – Cientificação da decisão de piso e reconhecimento da tempestividade às fls. 1.012 (termo da Dicat) dos recursos da Petrobras Gas S.A. (contribuinte) fls. 952/963 e Petrobrás Distribuidora S.A. (fls. 826/930) e Petroleo Brasileiro S.A. - Petrobras e Petroquisa que foi incorporada pela Petrobras (fls. 920/939) responsáveis solidários, com os mesmos argumentos da impugnação e ao final requerem o provimento dos recursos com o cancelamento do auto de infração.

5- É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

6 – Os recursos são tempestivos e atendem os demais requisitos de admissibilidade e, portanto, deles conheço.

7 – A responsável solidária Petrobras indica uma preliminar de nulidade da NFLD e no mérito trata do indevido reinício do processo contencioso e trata da decadência e por último questiona a responsabilidade solidária. Esses 3 primeiros tópicos serão analisados primeiramente e a solidariedade será tratada em conjunto com o recurso da Petrobras Distribuidora e da Petrobras Gas.

Do Recurso da Petrobras**PRELIMINARMENTE – NULIDADE DA NFLD**
AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS MÍNIMOS

8 – A preliminar não procede visto que pela análise do lançamento, estão presentes todos os requisitos legais mínimos indicados no art. 142 do CTN, com o termo de verificação fiscal claro quanto aos fatos que ensejaram o presente lançamento, sendo que houve por parte de todos os contribuintes ora indicados, tanto como sujeitos passivos e solidários a possibilidade de defesa com esclarecimento de diversos pontos, não havendo qualquer tipo de nulidade a ser declarada, restando afastado esse ponto.

a) Da ilegalidade da denominado “reinício do contencioso administrativo” – coisa julgada administrativa

9 – Alega que houve afronta à coisa julgada administrativa pelo fato da decisão da CRPS ter decidido favorável ao contribuinte e portanto não haveria possibilidade de ser reaberto o contencioso administrativo.

10 – Equivoca-se o contribuinte, uma vez que a decisão da CRPS na época apenas anulou a decisão que julgou procedente o lançamento por ter cerceado o direito de defesa, mas em nenhum momento houve nenhum tipo de reabertura do contencioso ou cisão com novo lançamento, basta verificar a ementa da decisão de fls. 451 do CRPS:

Ementa: PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE 
LANÇAMENTO -
NÃO ENVIO DAS NOTIFICAÇÕES AOS DEVEDORES SOLIDÁRIOS.
CERCEAMENTO DE DEFESA CARACTERIZADO.
A recorrente possui direito de participação no processo administrativo em relação a qualquer ato ou documento juntado.
Decisão-Notificação emitida sem observância dos princípios que regem o processo administrativo merece ser anulada.
DECISÃO-NOTIFICAÇÃO ANULADA.

11 – Portanto, em vista da inexistência de coisa julgada ou novo lançamento em relação aos fatos ora discutidos nesse PAF, afasto esse tópico das razões recursais.

b) decadência do crédito tributário

12 – Essa matéria foi devidamente discutida perante a DRJ e reconhecida em parte, sendo que o contribuinte tenta levar a crer que houve novo lançamento após a decisão da CRPS, contudo, em nenhum momento, conforme decidido no tópico precedente houve reconhecimento de nulidade do lançamento ensejando nova autuação, ela se manteve e foi decidida pela DRJ após a criação da Super Receita com a fusão das Receitas Previdenciária e Tributária Federal.

13 – Portanto, não há decadência, além da já reconhecida pela decisão da DRJ e portanto afasto as razões recursais ora alegadas pela contribuinte nesse ponto.

Da solidariedade

14 – Nesse tópico será analisado os argumentos da Petrobras Gas S.A., Petrobras S.A. e Petrobras Distribuidora S.A., que questionam a sujeição passiva solidária e portanto serão julgados nesse tópico. Após será analisada a questão da natureza do Bônus de Desempenho levantado pela contribuinte principal.

15 - Pela análise do quanto relatado no Termo de Verificação Fiscal às (fls. 37), temos a justificativa apresentada pela ilustre autoridade fiscal em relação à solidariedade dos contribuintes:

16 - Resta incontroversa a existência de grupo econômico entre as empresas listadas como devedores solidários. O conceito de grupo econômico já constava da redação original da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, art. 2º, § 2º, qual seja:

“Art. 2º Considera-se empregador a empresa

§ 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.” (grifei)

Desta forma, caracteriza-se um grupo econômico quando duas ou mais empresas estão sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Portanto, as empresas citadas no cabeçalho do presente relatório, além de outras, constituem um grupo econômico o que se verificou a partir da análise das informações constantes do “Relatório Anual de 2004” e de informações constantes do sítio <http://www2.petrobras.com.br>, particularmente nas páginas “A Petrobras – Visão Corporativa e Atividades e Relatório Anual 2004 – Princípios de Consolidação”, acessadas na Internet em 09/11/2005, conforme cópias anexadas ao presente relatório.

17 - É cediço serem responsáveis solidárias, conforme comando exarado no art. 30, inc. IX, da Lei nº 8.212/91, as empresas integrantes de grupo econômico de qualquer natureza, razão por que estão mencionados no cabeçalho do presente relatório as empresas identificadas, durante a ação fiscal, como integrantes, juntamente com o contribuinte, de um grupo econômico.

16 – Inobstante respeitável o entendimento da autoridade fiscalizadora, não verifico nos autos circunstâncias que caracterizem a aplicação da solidariedade e nesse ponto entendo com razão as recorrentes.

17 - A solidariedade apontada pela fiscalização sustenta-se no art. 30, inciso IX, da Lei nº. 8.212/91:

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

(...) omissis

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

18 – Entendo que a fiscalização caracterizou a solidariedade de forma genérica e sem indicar com precisão de detalhes e comprovação de fatos de como as empresas ora integrantes do grupo econômico alegado, no caso, se beneficiaram de alguma forma ou transgrediram as normas legais indicadas na fiscalização ou de acordo com o art. 124 do CTN como os demais contribuintes considerados solidários teriam praticado o fato gerador do tributo.

19 - Ao que parece a única prova da fiscalização foi um relatório anual de 2004 obtido no sítio eletrônico da empresa Petrobras, conforme alega às fls. 37 e juntado às fls. 196/198:

comercial ou de qualquer outra atividade econômica. Portanto, as empresas citadas no cabeçalho do presente relatório, além de outras, constituem um grupo econômico o que se verificou a partir da análise das informações constantes do “Relatório Anual de 2004” e de informações constantes do sítio <http://www2.petrobras.com.br>, particularmente nas páginas “A Petrobras – Visão Corporativa e Atividades e Relatório Anual 2004 – Princípios de Consolidação”, acessadas na Internet em 09/11/2005, conforme cópias anexadas ao presente relatório. ✓

20 – Contudo, pela análise do teor de tal documento verifica-se tratar-se de empresas distintas, com personalidades jurídicas próprias, sem qualquer relação de coordenação ou cooperação, essa alegação, isoladamente, é insuficiente para demonstrar a caracterização do grupo econômico. Inclusive no documento utilizado como prova é patente a indicação de que tais empresas são independentes e com diretorias próprias.

» Empresas do Grupo

Além das atividades da holding, o Sistema Petrobras inclui subsidiárias - empresas independentes próprias, interligadas à Sede. São elas:

- Petrobras Gás S.A. - Gaspetro, subsidiária responsável pela comercialização do gás nacional e importado.
- Petrobras Química S.A. - Petroquisa, que atua na indústria petroquímica;
- Petrobras Distribuidora S.A. - BR, na distribuição de derivados de petróleo;
- Petrobras Transporte S.A. - Transpetro, criada para executar as atividades de trar e dutovlário da Companhia.
- Petrobras Comercializadora de Energia Ltda, que permite a atuação da Companhia atividades da indústria de energia elétrica no Brasil.
- Petrobras Negócios Eletrônicos S.A., participa no capital social de outras sociedades por objetivo atividades realizadas pela Internet ou meios eletrônicos.
- Petrobras International Finance Company - PIFCO, criada com o objetivo de facilitar de óleo e produtos derivados de petróleo.
- Downstream Participações S.A, que facilita a permuta de ativos entre a Petrobras

21 - Nesse sentido é o entendimento pacificado, especialmente no Tribunal Superior do Trabalho a respeito do tema sobre grupo econômico nas relações do trabalho e análise do art. 2º § 2º da CLT utilizado pela fiscalização como fundamento legal também para a caracterização do grupo econômico:

RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE REVISTA. CONFIGURAÇÃO DE GRUPO ECONÔMICO. ART. 2º, § 2º, DA CLT. EXISTÊNCIA DE SÓCIOS EM COMUM. A interpretação do art. 2º, § 2º, da CLT conduz à conclusão de que, para a configuração de grupo econômico, não basta a mera situação de coordenação entre as empresas. É necessária a presença de relação hierárquica entre elas, de efetivo controle de uma empresa sobre as outras. O simples fato de haver sócios em comum não implica por si só o reconhecimento do grupo econômico.

No caso, não há elementos fáticos que comprovem a existência de hierarquia ou de laços de direção entre as reclamadas que autorize a responsabilidade solidária. Recurso de Embargos conhecido por divergência jurisprudencial e desprovido. (TST - RR - 214940-9.2006.5.02.0472, Relator: Horácio Raymundo de Senna Pires. Acórdão publicado em: 15/08/2014)

GRUPO ECONÔMICO. ALEGAÇÃO DE ÚNICO SÓCIO EM COMUM ENTRE EMPRESAS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE DEMONSTREM O LIAME DE DIREÇÃO UNITÁRIA. INEXISTÊNCIA.

O grupo econômico é caracterizado pela direção unitária que lhe dá coesão como um único empreendimento, independentemente das personalidades distintas de seus componentes (CLT, art. 2º, parágrafo 2º). A existência de um único sócio em comum entre empresas, sem outros elementos que comprovem tal unidade de direção, não caracteriza grupo econômico. (TRT-2 - AP: 02613005119985020039, Relator: RAFAEL EDSON PUGLIESE RIBEIRO, Data de Julgamento: 21/10/2014, 6ª TURMA, Data de Publicação: 29/10/2014)

22 – O fato da fiscalização ter reconhecido como grupo econômico entre empresas sem discriminar de forma clara a sua composição societária e indicar quem controla quem ou qual dos sócios teve a participação no controle e na prática do fato gerador da contribuição previdenciária, além de violar literalmente o texto do art. 30, IX e 124, I e II do CTN, afronta inclusive o princípio constitucional da livre iniciativa, pois restringe, de certo modo, o indivíduo com participação societária em empresa, de constituir nova sociedade ou ingressar em sociedade diversa daquela, tendo em vista o risco da responsabilização solidária entre ambas, ainda que ausentes os requisitos previstos na legislação trabalhista e até mesmo tributária, quais sejam, unicidade de direção, controle ou administração.

23 - Entendo que o art. 30, IX da Lei 8.212/91 deve ser aplicado em conjunto com o artigo 124, II do CTN conforme o caso e devidamente comprovado a relação do artigo 124 do CTN, ao caso concreto, ou seja, trata-se de ônus da fiscalização descrever de qual forma os responsáveis solidários do grupo econômico praticaram o fato gerador do tributo lançado e, aquelas situações específicas, verificar-se a existência de um ou mais contribuintes

que, ante a constatação fática, formem grupo econômico e, primordialmente, se beneficiem da situação ensejadora do lançamento.

24 – Não fosse assim, com a aplicação apenas de forma isolada do artigo 30, IX da Lei 8.212/91 estaríamos próximos do caso julgado pelo E. STF, com as devidas ressalvas, do RE 562.276 com repercussão geral reconhecida julgado em 03/11/2010 sobre o art. 13 da Lei 8.620/93 revogada inclusive pela Lei 11.941/09 que dizia;

Art. 13. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa. (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

25 - Neste sentido, inclusive, é a jurisprudência sedimentada do E. STJ em sua 1ª Seção, a respeito da matéria, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL.

TRIBUTÁRIO. ISS. EXECUÇÃO FISCAL. PESSOAS JURÍDICAS QUE PERTENCEM AO MESMO GRUPO ECONÔMICO. CIRCUNSTÂNCIA QUE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA SOLIDARIEDADE PASSIVA.

1. O entendimento prevalente no âmbito das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte é no sentido de que o fato de haver pessoas jurídicas que pertençam ao mesmo grupo econômico, por si só, não enseja a responsabilidade solidária, na forma prevista no art. 124 do CTN. Ressalte-se que a solidariedade não se presume (art. 265 do CC/2002), sobretudo em sede de direito tributário.

2. Embargos de divergência não providos.

(EREsp 834.044/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/09/2010, DJe 29/09/2010)

26 - Assim, diante das razões acima, dou provimento ao recurso voluntário da Petrobras Distribuidora S.A. (Petrodis) e nesse ponto por razão lógica comunicando os efeitos da decisão para afastar a solidariedade passiva dos demais sujeitos passivos solidários excluindo todos indicados no lançamento.

III. 2 - DA AUSÊNCIA DE FATO GERADOR DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA: O BÔNUS DE DESEMPENHO OPERACIONAL NÃO É CONTRAPRESTAÇÃO PELO TRABALHO

27 – Quanto ao mérito propriamente dito em relação ao que o sujeito passivo principal, ora contribuinte, interpõe o recurso, após a devida análise entendo que a decisão de piso deve ser mantida por seus próprios fundamentos.

28 - Após análise dos argumentos combativos da recorrente resta claro que os valores lançados a título de bônus de desempenho operacional (BDO) tem natureza remuneratória e não podem ser consideradas como ganhos eventuais.

29 – Consta nas ACT (Acordos Coletivos de Trabalho) de fls. 313/319 de 1999 a 2001 de forma expressa o comprometimento do empregador para com a categoria dos

empregados o pagamento de tal verba, portanto trata-se de gratificação ajustada e tal fato é reconhecido na peça recursal pelo contribuinte *verbis*:

37. No caso concreto, o Bônus de Desempenho Operacional pago pela Recorrente aos seus empregados É EVENTUAL, isso porque, conforme documentos já acostados à defesa, o pagamento decorreu de acordo coletivo, onde se previu, ao final do ano de 1999, 2000 e 2001, diante do resultado operacional já obtido, o pagamento de bônus à totalidade dos empregados, não havendo distinção entre eles. Segundo também demonstrado nos autos, tal verba não estava incluída no plano de cargos e salários.

30 – A respeito do tema temos a súmula 207 do E. STF que diz: “*As gratificações habituais, inclusive a de Natal, consideram-se tacitamente convencionadas, integrando o salário.*”

31 – Outrossim vale mencionar os termos da súmula 203 do E. TST que reza: “*GRATIFICAÇÃO POR TEMPO DE SERVIÇO. NATUREZA SALARIAL (mantida) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003 A gratificação por tempo de serviço integra o salário para todos os efeitos legais.* “

32 – Resta claro, portanto, que esse tipo de pagamento se tornou habitual, isso que o torna integrante ao salário, pois houve uma continuidade em seu pagamento. Não se pode dizer tratar-se também como alega a contribuinte de indenização, pois essa visa a recompor o patrimônio ou direito do empregado eventualmente agredido pelo empregador.

Conclusão

33 – Pelo exposto, conheço dos recursos voluntário e no mérito dou provimento ao recurso voluntário dos responsáveis solidários Petrobras Distribuidora S.A. e Petrobras S.A. para a excluí-los da responsabilidade solidária passiva e consequentemente

Processo nº 18471.001451/2008-49
Acórdão n.º **2201-003.868**

S2-C2T1
Fl. 882

excluindo todos os demais responsáveis solidários indicados e dou parcial provimento ao recurso voluntário do contribuinte principal Petrobras Gas S.A. para manter o lançamento em relação à cobrança do Bônus de Desempenho Operacional na forma da fundamentação.

assinado digitalmente

Marcelo Milton da Silva Risso – Relator