



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

Processo nº 19515.723093/2012-14
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.554 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2018
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente EMPRESA SAO LUIZ VIACAO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

GFIP. RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES

As declarações em GFIP são de responsabilidade do contribuinte. Os erros porventura detectados neste documento podem e devem ser corrigidos pelo contribuinte antes do início de qualquer medida fiscalizatória relativa as contribuições previdenciárias.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

SELIC.

Nos termos da Súmula CARF nº 4, a partir de 1o de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previdenciárias, nos termos do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Não elididos os fatos que lhes deram causa, os termos de sujeição passiva solidária devem ser mantidos.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. GFIP. NÃO INFORMAÇÃO DE FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. (CFL 68)

A apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias caracteriza-se como descumprimento da obrigação acessória do art. 32, Inciso IV e § 5º, da Lei nº 8.212/91.

RETROAÇÃO BENIGNA.COMPETÊNCIA. UNIDADE PREPARADORA.

A Lei 11.941/2009 alterou a metodologia de cálculo do valor da multa, ensejando o cotejo do valor assim obtido com o valor da multa aplicada, adotando-se aquele for inferior. Em virtude da peculiaridade da variação do montante da multa dos créditos de obrigação principal de acordo com a fase processual administrativa na qual estes se encontram, a aplicação da retroação benigna deve ficar a cargo do Serviço competente da Delegacia da Receita Federal do Brasil. É a determinação expressa no § 4º do art. 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 4 de dezembro de 2009.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, (a) conhecer em parte do recurso voluntário do contribuinte, não conhecendo da alegação de inconstitucionalidade, (b) na parte conhecida do recurso do contribuinte e dos recursos dos responsáveis solidários, negar-lhes provimento.

(assinado digitalmente)

João Bellini Junior - Presidente

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Júnior (Presidente), Marcelo Freitas de Souza Costa, Thiago Duca Amoni (suplente convocado), Antônio Sávio Nasureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, João Maurício Vital e Wesley Rocha. Ausente a conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização em face da empresa em epígrafe, que de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 32/38, refere-se a Autos de Infração por descumprimento de obrigação principal – AIOP e Auto de Infração por descumprimento e Obrigação Acessória - AIOA a seguir relatados:

AIOP Debcad nº - 37.391.587-0 (EMPRESA, SAT/RAT e GLOSA DE COMPENSAÇÃO) - R\$ 8.145.994,03 lavrado em 09/01/2013;

O lançamento inclui as contribuições previdenciárias da parte patronal, apuradas sobre a remuneração paga aos segurados empregados (CLT) e sobre a remuneração paga aos segurados contribuintes individuais, não incluídas em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP como salário de contribuição, glosa de compensação não comprovadas e multas cominativas no valor acima expresso envolvendo competências de 01/2008 a 13/2008 cuja fundamentação legal encontra-se expressa no Relatório de Fundamentação Legal – FLD anexo ao citado Auto de Infração.

Informa o Auditor que a empresa regularmente intimada, em 17/09/2012 pelo Termo de Início da Ação Fiscal, fls. 5/6, conforme AR. fl. 4, não apresentou documentação ou esclarecimento algum. Reintimada em 16/10/2012, conforme Termo de Reintimação, fl. 08 e AR. fl. 7, novamente não atendeu a solicitação fiscal.

Aduz o Auditor Fiscal que em virtude de embaraço à fiscalização, conforme termo lavrado às fl. 9/10, foram considerados fatos geradores do presente lançamento a remuneração paga aos segurados empregados, declarada na GFIP anterior que contempla a totalidade dos fatos geradores, tomando-se como referência a última GFIP válida nos sistemas da RFB retificada pela empresa antes do início da ação fiscal.

Verificou que no período de 01 a 04/2008 e 08/2008 a 13/2008 a empresa informou em suas GFIPs a título de compensação, valores que não puderam ser validados em virtude da falta de documentação comprobatória, conforme termos de intimação e reintimação já citados. Incluiu neste lançamento a glosa destes valores os quais estão relacionados na fl. 34 do relatório fiscal de acordo com a respectiva GFIP.

AIOP Debcad nº 37.391.588-8 – (Terceiros não declarados) R\$ 1.645.020,47, lavrado em 09/01/2013.

O lançamento inclui as contribuições referentes às Outras Entidades (terceiros) devida pela empresa e multas cominativas no valor acima expresso, apuradas sobre a remuneração paga aos segurados empregados (CLT) e sobre a remuneração paga aos segurados contribuintes individuais, consideradas não declaradas em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP como salário de contribuição, envolvendo competências de 01/2008 a 13/2008 cuja fundamentação legal encontra-se expressa no Relatório de Fundamentação Legal – FLD anexo ao citado Auto de Infração.

Observou o Auditor que no período de 01/2008 a 13/2008 a empresa declarou em GFIP código de terceiros 0000, quando o correto seria 3139. Este erro fez com que não fossem declarados os valores relativos aos Terceiros abaixo descritos.

Para o cálculo foram aplicadas as alíquotas correspondente à cada entidade conforme tabela abaixo:

2,5% - FNDE

0,2% - INCRA

0.6% - SEBRAE

1,5% - SEST

1,0% - SENAT

AIOA Debcad nº 37.391.586-1 – (CFL 68) R\$ 102.994,20, lavrado em 09/01/2013

O lançamento refere-se a Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória – AIOA por apresentar a empresa o documento a que se refere a Lei nº 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV e parágrafo 3º, acrescentados pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, IV e parágrafo 5º, também acrescentado pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, combinado com o art. 225, IV e parágrafo 4º, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99.

Tendo em vista as alterações promovidas pela Medida Provisória 449/2008, convertida na Lei 11.941, de 27/05/2009, fez-se a comparação entre as multas aplicadas de acordo com a legislação vigente na época da ocorrência dos fatos geradores e de acordo com a legislação atual.

Esclarece que aplicou para as competências 05 a 07/2008 a legislação anterior por ser mais benéfica ao contribuinte conforme relatório comparativo de multas, fl. 99/100.

Assim, o valor da multa é de 100% do valor devido à previdência social que deixou de ser informado em GFIP, limitado a um valor que varia de acordo com o número de empregados.

No caso em questão, o limite foi atingido nas competências 05 a 07/2008 corresponde a R\$ 1.716,57 (conforme portaria interministerial MPS/MF n 11 de 08/01/2013) X 20 (variável conforme número de empregados de 501 a 1000 empregados), que totaliza R\$ 34.331,40.

Dessa forma, o valor do auto de infração pelo descumprimento de obrigação acessória é de R\$ 34.331,40 x 3 competências, que totaliza R\$ 102.994,20.

Esclarece a Auditoria fiscal que com base em informações de fiscalizações anteriores contidas no processo 19515.720.480/2012-07, as quais transcreve para o relatório fiscal, informações colhidas dos bancos de dados da RFB tais com DIPJ 2008, 2009 e 2010, quadro societário e administração comum bem como Agravo de Instrumento interposto pela União Federal deferido pela 1ª Vª São Paulo (sic) que reconhece a configuração de grupo econômico e responsabilidade solidária de seus dirigentes, manteve caracterização da sujeição passiva das pessoa jurídica e das pessoas físicas relacionadas nos respectivos termos de sujeição passiva anexos aos autos às fls. 101/127, com base no Art. 30 da Lei 8.212/91 e Art. 135, inciso III do CTN, respectivamente.

Cientificada do lançamento por via postal, em 14/01/2013, conforme AR à fl. 153, a empresa apresentou em 04/02/2013, impugnação aos citados Autos de Infração às fls. 159/194, acompanhada dos documentos às fls. 195/444 alegando em apertada síntese que:

- a documentação fiscal, tais como folhas de pagamento, livro diário e livro razão, sempre estiveram à disposição do auditor fiscal, desde a emissão do termo de intimação;

- de maneira equivocada, foi surpreendida com o lançamento de contribuições, em relação a GPS quitadas, compensações havidas, créditos aos quais considera que tem direito assegurado pela própria Receita Federal do Brasil, através de atos

administrativos com o aval da Procuradoria Geral da República e posterior AUTO DE INFRAÇÃO lavrado em face da Secretaria Municipal de Transportes e sujeição passiva de Consórcio que ora integra, juntamente com a VIAÇÃO CAMPO BELO LTDA, CNPJ 01.832.301/0001-44;

- a autuação ora impugnada é clara no sentido de que o lançamento refere-se ao não acatamento de COMPENSAÇÕES, de pagamentos normais efetuados via GPS;

- a DEFIS - DELEGACIA ESPECIAL DE FISCALIZAÇÃO DE SÃO PAULO não tem competência para lançamentos como o que ora se impugna, conforme Art. 222 do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF 587, de 21/12/2010, que atribui tal competência à DERAT – DELEGACIA ESPECIAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA;

- os fatos jurídicos indispensáveis ao nascimento da obrigação tributária referente à contribuição do art. 31 da Lei nº 8.212/91 não se encontram presentes nos referidos Autos de Infração;

- foram seguidos todos os preceitos legais e constitucionais conforme demonstra de forma exaustiva toda a documentação apresentada à fiscalização e acostada aos autos;

- foram recolhidas aos cofres do INSS todas as contribuições cabíveis, tanto dos empregados, como da empregadora, a taxa de acidente de trabalho exatamente na forma prevista na Lei, além das contribuições devidas a outras entidades, ditas terceiros, utilizando-se de compensação de retenção de valores nos moldes do artigo 31 da Lei 8.212/91, redação da Lei 9.711/98;

- o lançamento não pode prosperar, tendo em vista que possui créditos a compensar, através de GPS pagas, de compensação informada em GFIP e lançamento posterior de débito junto à Secretaria Municipal de Transportes para o mesmo período, em que foi alçado à qualidade de sujeito passivo tributário, como solidário, em relação à retenção de 11 % instituída pela Lei 9.711/98 que deu nova redação ao artigo 31 da Lei 8.212/91;

- opera junto à SÃO PAULO TRANSPORTES S/A, sendo que a Procuradoria Geral Federal entende que este serviço se enquadra no artigo 31 da Lei 8.212, redação da Lei 9.711 e que cabe à SÃO PAULO TRANSPORTES proceder à retenção e recolhimento do percentual de 11% incidente sobre o faturamento;

- todos os fatos geradores lançados neste AUTO DE INFRAÇÃO já haviam sido devidamente informados pela empresa. Neste período, a empresa que é neste ato tida pela fiscalização como sendo do mesmo grupo econômico da empresa líder do Consórcio Sete, vem a ser participante do referido CONSÓRCIO SETE, em que é líder a Empresa VIAÇÃO CAMPO BELO LTDA.

- informou em suas GFIPs a utilização de compensação de valores relativos à retenção de 11 % incidente sobre o faturamento do Consórcio Sete. Estas retenções aproveitam a todos os consorciados, conforme artigo 31 da Lei 8212/91, redação da Lei 9711/97.

- em relação à afirmação do Auditor Fiscal de que não apresentou nenhum documento, afirma que foi apresentada farta documentação relativa aos créditos que

possibilitaram a compensação. São créditos decorrentes do contrato de concessão que na verdade trata de cessão de mão de obra à Secretaria Municipal de Transportes/São Paulo Transportes.

- referida documentação, inclusive com AUTO DE INFRAÇÃO lavrado em face da Municipalidade e Responsabilidade Solidária dos prestadores em relação à retenção de 11% decorrente do artigo 31 da Lei 8.212/91, redação da Lei 9711/98, está anexa à presente impugnação.

- deveria ser acolhida a primeira informação postada em GFIP, que contempla as compensações;

- as informações em GFIP posteriores dizem respeito a retificações determinadas pela Justiça do Trabalho, que determinou a alteração de valores do salário de contribuição em GFIP de vários trabalhadores.

- em relação a contribuições relativas a terceiros, de 01/2008 a 13/2008, entende que com o advento da Lei 11.457/2007 de 16/03/2007, ocorreu modificação em relação à cobrança dessas contribuições passando a ter as mesmas condições relativas às contribuições previdenciárias, logo, poderão também ser objeto de compensação com créditos relativos a terceiros, caso não sejam estes créditos previdenciários inteiramente absorvidos pelas retenções de 11%. Fundamenta-se no art. 3º, §§ 2º e 3º da citada Lei.

- as obrigações acessórias foram devidamente cumpridas, com a informação em GFIP de todos os fatos geradores, conforme documentos ora anexados, período de 01/2008 a 13/2008. No período de 05 a 07/2008 que o auditor fiscal reputa como informado GFIP com apenas um segurado, o mesmo se contradiz afirmando que o lançamento teve como elemento de prova a própria GFIP enviada pelo ora Impugnante e que teria sido substituída.

- a informação de compensação constante das GFIPS, mesmo que por absurdo não fosse validada, relativa à retenção de 11%, não invalida o cumprimento da obrigação insculpada no artigo 32, IV da Lei de Custeio da Seguridade Social.

Apresentou ainda, às fls. 445/475, impugnação conjunta aos termos de sujeição passiva solidária das pessoas físicas e jurídica relacionadas abaixo:

MARCELINO ANTONIO DA SILVA, VICENTE DOS ANJOS DINIZ FERRAZ, JOSE RUAS VAZ, FRANCISCO PINTO, ARMELIN RUAS FIGUEIREDO, PAULO JOSE DINIS RUAS e VIAÇÃO CAMPO BELO, acompanhada dos documentos às fls. 476/508.

Verifica-se da leitura dessa peça de defesa a repetição das alegações apresentadas pela autuada, portanto realça-se aqui apenas as postulações abaixo:

- além da flagrante improcedência da autuação fiscal, considera que há vício quanto à imputação de responsabilidade solidária aos sócios e procuradores da impugnante pelo pagamento do crédito tributário;

- não existem razões para que o lançamento fiscal indique como co-responsáveis pelo débito os sócios e procuradores da impugnante, haja vista não serem eles sujeitos passivos da obrigação tributária, seja pela categoria de contribuintes, seja pela categoria de responsáveis;

- por força de lei, somente a impugnante estaria inicialmente obrigada ao cumprimento desta obrigação tributária, e por consequência somente contra ela poderia ser lavrada uma notificação ou auto de infração e também dela serem cobradas as contribuições não recolhidas;

- as hipóteses onde os sócios e procuradores poderiam ser responsabilizados subsidiariamente pelo pagamento das contribuições em comento estão previstas nos artigos 134 e 135 do Código Tributário Nacional, e não ocorreram no presente caso;

- a COMPENSAÇÃO não pode ser considerada fraude, pois trata-se de direito constituído através de decisão judicial, que validou lançamento em período anterior ao ora fiscalizado, em que a UNIÃO lança a cobrança de retenção de 11% em face da SÃO PAULO TRANSPORTES S/A. Referida empresa propôs Mandado de Segurança para trancar a exigibilidade do referido lançamento, sendo vencida em decisão do Tribunal Regional Federal da Terceira Região.

Cita os artigos 134 e 135 do CTN, o artigo 79 da Lei 11.941/09 (que revogou o art. 13 da Lei 8.620/93) e o artigo 1.052 do Código Civil como suporte ao seu entendimento. Cita ainda Jurisprudências judiciais e administrativas que considera que lhe sejam favoráveis.

Traz também ao texto da peça defensiva decisões judiciais que envolvem lançamentos de débitos em nome da empresa São Paulo Transporte S/A em que se reconhece a existências de responsabilidade tributária disposta no art. 31, da Lei 8.212/91, com redação alterada pela Lei 9.711/98.

O Acórdão da DRJ (fls. 572 e ss.) julgou a impugnação improcedente, recebendo a seguinte ementa:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

GFIP. RETIFICAÇÃO DE INFORMAÇÕES

As declarações em GFIP são de responsabilidade do contribuinte. Os erros porventura detectados neste documento podem e devem ser corrigidos pelo contribuinte antes do início de qualquer medida fiscalizatório relativa as contribuições previdenciárias.

TERMOS DE SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. GRUPO ECONÔMICO. SÓCIO-ADMINISTRADOR.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previdenciárias, nos termos do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/91.

São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Não elididos os fatos que lhes deram causa, os termos de sujeição passiva solidária devem ser mantidos.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO. GFIP. NÃO INFORMAÇÃO DE FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. (CFL 68)

A apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias caracteriza-se como descumprimento da obrigação acessória do art. 32, Inciso IV e § 5º, da Lei nº 8.212/91.

RETROAÇÃO BENIGNA.COMPETÊNCIA. UNIDADE PREPARADORA.

A Lei 11.941/2009 alterou a metodologia de cálculo do valor da multa, ensejando o cotejo do valor assim obtido com o valor da multa aplicada, adotando-se aquele for inferior. Em virtude da peculiaridade da variação do montante da multa dos créditos de obrigação principal de acordo com a fase processual administrativa na qual estes se encontram, a aplicação da retroação benigna deve ficar a cargo do Serviço competente da Delegacia da Receita Federal do Brasil. É a determinação expressa no § 4º do art. 2º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 14, de 4 de dezembro de 2009.

Irresignada, a ora Recorrente apresentou Recurso Voluntário (fls. 616 e ss., assim como 632 e ss) arguindo (i) a desconstituição dos créditos tributários decorrentes da glosa de compensação de 11% do art. 31 da Lei 8.212/91, tendo em vista que a Recorrente não é a responsável por esta exação tributária, mas sim a empresa tomadora de serviços SPTRANS; (ii) a viabilidade de se creditar dos recolhimentos realizados por GPS código 2909; (iii) o caráter confiscatório da multa; (iv) descabimento da multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória; (v) abusividade da cobrança dos juros e correção monetária.

Os devedores solidários também apresentaram Recurso Voluntário (fls. 660 e ss; fls. 705 e ss), alegando, em síntese, a não ocorrência da responsabilidade tributária nos termos dos artigos 124, II e 135, III do CTN, assim como o artigo 30, IX, da Lei 8.212/91 e artigo 124, I, do CTN.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto - Relator

O recurso é tempestivo, no entanto, há menção à inconstitucionalidade da multa devido à potencial ofensa ao princípio de vedação ao confisco (fls. 608).

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Diante do exposto, conheço em parte do recurso voluntário, não conhecendo da alegação de inconstitucionalidade supramencionada relativa a potencial ofensa ao princípio da vedação ao confisco.

Da Questão do Crédito oriundo de Retenção

Tal qual decidido no âmbito da DRJ, em que pese o enorme esforço argumentativo do recurso voluntário, vê-se que a impugnante preocupa-se em provar que se trata de uma prestadora de serviço com cessão de mão-de-obra na relação empresarial da qual se diz fazer parte do Consórcio Sete para prestação de serviços rodoviários de transporte de passageiros junto à empresa pública São Paulo Transportes do Município de São Paulo.

Com base nisso, insiste que o referido crédito previdenciário seria improcedente tendo em vista as disposições do artigo 31, da Lei 8212/91, que responsabiliza o tomador do serviço a realizar a retenção de 11% do valor da fatura ou notas fiscais e recolher o montante em nome da prestadora. Considera que tais valores seriam suficientes para a quitação do débito e que os utilizou como créditos de compensação quando do envio de suas GFIP, operação que, no cãso, não foi considerada pela fiscalização que promoveu a glosa de tais valores.

No entanto, o presente crédito foi apurado tendo em vista embaraço à fiscalização, com base nas informações contidas em GFIP, embora algumas retificadas, que supostamente continham a totalidade dos fatos geradores, conforme informa a Auditoria Fiscal em seu relatório.

A fiscalização promoveu o lançamento para as competências 05 a 07/2008 com base na GFIP anterior, tendo em vista que a empresa retificou as GFIP para essas competências informando apenas um empregado.

Portanto, foram apuradas contribuições patronais oriundas de fatos geradores não declarados em GFIP, em decorrência de declaração parcial de remuneração em GFIP retificadora.

A impugnante alega que deveria ser considerada válida a primeira GFIP enviada, a qual contém as compensações e que as demais foram emitidas para retificar remunerações de trabalhadores por determinação da Justiça do Trabalho.

No entanto, cabe esclarecer que as declarações em GFIP são de responsabilidade do contribuinte e que por determinação normativa, toda GFIP retificadora substitui, integralmente, a anteriormente apresentada se atendidas as quatro condições de formatação de sua chave (CNPJ, FPAS, Competência, Código de recolhimento). Por isso que as GFIP de reclamatória trabalhista são confeccionadas no código de recolhimento 650 para que não substitua as GFIP relativas às folhas de pagamentos normais da empresa (Códigos de Recolhimento 115, 150 ou 155, por exemplo)

Assim, observa-se que os erros porventura detectados nas GFIP podem e devem ser corrigidos pelo contribuinte, antes do início de qualquer procedimento de fiscalização.

Já para o período de 01 a 04/2008 e 08/2008 a 13/2008, a fiscalização verificou que empresa informou em suas GFIPs a título de compensação valores que não puderam ser validados em virtude da falta de documentação comprobatória.

Também aqui não assiste razão ao contribuinte, pois não faz juntar aos Autos prova dos créditos que diz ser oriundos da retenção de 11% sobre os contratos de prestação de serviço de transporte rodoviário de passageiros através do consórcio sete do qual faz parte. Examinando-se a documentação acostada aos autos não se encontra faturas ou notas fiscais emitidas pela impugnante que espelhem o destaque da referida retenção para que, assim atendidos os requisitos legais, possa-se presumi-la feita.

Ainda, consultando-se a conta corrente da empresa nas bases de dados da RFB, não se encontra para o período nenhum recolhimento em seu nome a título de retenção de 11% sobre a prestação de serviço com cessão de mão de obra.

A legislação pertinente à época dos fatos geradores prescrevia as formalidades a serem cumpridas pela empresa contratada para prestação de serviço a fim de se reconhecesse o seu direito à compensação dos valores eventualmente retidos, conforme abaixo se transcreve:

Instrução Normativa SRP nº 3, de 14 de julho de 2005

(...)

Art. 140 . A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 93 e no art. 172. (Revogado pela Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009)

Parágrafo único. Os valores pagos a título de adiantamento deverão integrar a base de cálculo da retenção por ocasião do faturamento dos serviços prestados.

Art. 141 . O valor retido deve ser compensado pela empresa contratada com as contribuições devidas à Previdência Social, na forma prevista no Capítulo II, do Título III. (Revogado pela Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009)

(...)

Art. 154 . Quando da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, a contratada deverá destacar o valor da retenção com o título de "RETENÇÃO PARA A PREVIDÊNCIA SOCIAL", observado o disposto no art. 148. (Revogado pela Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009)

§ 1º O destaque do valor retido deverá ser identificado logo após a descrição dos serviços prestados, apenas para produzir efeito como parcela dedutível no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, sem alteração do valor bruto da nota, fatura ou recibo de prestação de serviços.

§ 2º A falta do destaque do valor da retenção, conforme previsto no caput, constitui infração ao § 1º do art. 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

(...)

Art. 203 . A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, conforme previsto nos arts. 140 e 172, poderá compensar o valor retido quando do recolhimento das contribuições devidas à Previdência Social, desde que a retenção esteja destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços. (Revogado pela IN RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008) (Revogado pela Instrução Normativa nº 971, de 13 de novembro de 2009)

§ 1º Se a retenção não tiver sido destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, a empresa contratada poderá efetuar a compensação do valor retido, desde que a contratante tenha efetuado o recolhimento desse valor.

§ 2º A compensação da retenção somente poderá ser efetuada com as contribuições devidas à Previdência Social, não podendo absorver contribuições destinadas a outras entidades ou fundos, as quais deverão ser recolhidas integralmente pelo sujeito passivo.

§ 3º Para fins de recolhimento e de compensação da importância retida, será considerada como competência aquela que corresponder à data da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços.

E mesmo na legislação atual observa-se que praticamente foram mantidos os dispositivos da legislação anterior com pequenas alterações:

Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009:

Art. 112. A empresa contratante de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, a partir da competência fevereiro de 1999, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal, da fatura ou do recibo de

prestação de serviços e recolher à Previdência Social a importância retida, em documento de arrecadação identificado com a denominação social e o CNPJ da empresa contratada, observado o disposto no art. 79 e no art. 145.

§ 1º Para fins do disposto no caput, a empresa contratada deverá emitir nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços específica para os serviços prestados em condições especiais pelos segurados ou discriminar o valor desses na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços.

[...]

Art. 113. O valor retido na forma do art. 112 poderá ser compensado com as contribuições devidas à Previdência Social ou ser objeto de pedido de restituição por qualquer estabelecimento da empresa contratada, na forma da Instrução Normativa RFB Nº900, de 30 de dezembro de 2008(Nova redação dada pela IN RFB Nº 1.071, de 16/09/2010)

[...]

Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008:

Art. 48 . A empresa prestadora de serviços que sofreu retenção no ato da quitação da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, poderá compensar o valor retido quando do recolhimento das contribuições previdenciárias, inclusive as devidas em decorrência do décimo terceiro salário, desde que a retenção esteja:

I - declarada em GFIP na competência da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços; e (Redação à época dos fatos geradores I - declarada em GFIP na competência da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços, pelo estabelecimento responsável pela cessão de mão-de-obra ou pela execução da empreitada total; e (Redação dada pela Instrução Normativa RFB nº 973, de 27 de novembro de 2009)

II - destacada na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços ou que a contratante tenha efetuado o recolhimento desse valor.

§ 1º A compensação da retenção somente poderá ser efetuada com as contribuições previdenciárias, não podendo absorver contribuições destinadas a outras entidades ou fundos, as quais deverão ser recolhidas integralmente pelo sujeito passivo.

§ 2º Para fins de compensação da importância retida, será considerada como competência da retenção o mês da emissão da nota fiscal, da fatura ou do recibo de prestação de serviços.

§ 3º O saldo remanescente em favor do sujeito passivo poderá ser compensado nas competências subseqüentes, devendo ser declarada em GFIP na competência de sua efetivação, ou objeto de restituição, na forma dos arts. 17 a 19.

[...]

Desta forma tanto a fiscalização como este julgador estão impedidos de considerar para abatimento do débito possíveis créditos de retenção que a ora recorrente alega ter, já que não atendeu à formalidade exigida nos dispositivos acima transcritos, nem elaborou a correta declaração das informações e dos fatos geradores previdenciários em GFIP.

Também para o período de 01/2008 a 13/2008 a fiscalização verificou que a empresa declarou em GFIP código de terceiros 0000, quando o correto seria 3139. Este erro fez com que não fossem declarados os valores relativos às outras entidades (Terceiros), como também já demonstrado. Diante disso, correto o lançamento tributário.

Alega a impugnante que diversas GPS com códigos de pagamento 2909 e 2100 não foram aproveitadas pela fiscalização para abatimento do débito.

Inobstante, as GPS com código de pagamento 2909 são específicas de Reclamatórias Trabalhistas, razão pela qual não poderão ser aproveitadas para abater o crédito tributário.

Vê-se que a compensação efetuada não possuía respaldo documental ou judicial para ser realizada, sendo hígida a glosa nos moldes efetuados.

Da Questão da Sujeição Passiva Solidária

No presente processo, há tanto a discussão sobre a sujeição passiva solidária em virtude de grupo econômico quanto a discussão sobre a sujeição passiva solidária dos administradores.

Com relação à sujeição passiva solidária em decorrência de grupo econômico, destaque-se que a Auditoria Fiscal identificou, consoante explanação no Relatório Fiscal, a caracterização de grupo econômico de fato com fulcro no inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91, o qual preconiza que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”.

De acordo com o mencionado dispositivo o legislador quis abarcar grupos econômicos de qualquer natureza. E não poderia ser de outra forma pois, se assim não fosse, estar-se-ia punindo quem, agindo conforme a lei, formalizou-se de acordo com as exigências convencionais e legais, e premiaria e incentivaria a instituição de grupos econômicos de fato. Como se nota, o dispositivo da legislação é taxativo, ao mencionar grupo econômico de qualquer natureza, pois não fica restrito aos grupos regularmente constituídos. Assim, não se

trata de considerar somente conceitos doutrinários ou jurisprudenciais a respeito, mas a própria lei 8.212/1991 que assim trata do tema.

A abrangência da disposição “de qualquer natureza” do inciso IX do art. 30 da Lei nº 8.212/91 é bem mais ampla do que a prevista na Lei nº 6.404/1976 e, por isso, não necessita se revestir das modalidades jurídicas típicas do Direito Empresarial. Não se exige, sequer, a prova de sua formal institucionalização cartorial: pode-se acolher a existência do grupo desde que surjam evidências probatórias de que estão presentes os elementos de integração entre as empresas.

Esses elementos estão bem caracterizados no relatório fiscal e contra os quais a empresa não apresenta argumentos ou documentos capazes de elidi-los:

- Confusão Patrimonial;
- Endereços coincidentes;
- Identidade de objeto Social;
- Quadro societário comum; e
- Unidade de Gerenciamento.

Assim, tais itens que quando analisados no seu conjunto diante da documentação acostada aos Autos permitem afirmar que as empresas compunham um grupo econômico de fato.

No tocante à sujeição passiva solidária dos administradores, vale lembrar que foi atribuída responsabilidade solidária pelo crédito tributário apurado às pessoas acima relatadas, na qualidade de sócios-administradores e administrador da empresa autuada. Trata-se de um caso típico de responsabilidade solidária passiva, nos termos do artigo 135, inciso III, do CTN, que assim dispõe:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Cumpra mencionar trecho do relatório fiscal, no qual fica evidente a responsabilidade tributária:

5) Solidariedade e Sujeição Passiva Em consulta às operações fiscais anteriores, verificou-se que:

a) Em 20/03/2012 a empresa foi fiscalizada (ano calendário 2007) , onde foi lavrado o auto de infração 19515.720.480/2012-07. Nesta ocasião , a empresa forneceu alguns documentos e esclarecimentos , bem como foi possibilitado a auditora fazer

visitas à empresa , entrevistar funcionários. Abaixo copio relato da auditora , extraído do relatório fiscal do auto supra citado.

"Cumpre esclarecer que o domicílio tributário da auditada contém ampla garagem de ônibus, na qual constatamos, de fato, haja vista a enorme quantidade de veículos coletivos com o logotipo "Consórcio 7 -Campo Belo", conforme fotos anexas extraídas do local, tratar-se da garagem da Empresa Viação Campo Belo Ltda. Não avistamos um único ônibus com qualquer tipo de identificação da auditada. Além disso, os motoristas e cobradores que por lá transitavam estavam todos com o mesmo uniforme, o da Viação Campo Belo."

(extraído do processo administrativo fiscal -PAF 19515.720.480/2012-07)

"Em razão disso pesquisei o cadastro da empresa Viação Campo Belo Ltda e constatei que o endereço de sua filial CNPJ 01.832.301/0002-25 é o mesmo da, aqui autuada. Mais ainda, na internet, no site da empresa Viação Campo Belo pode-se verificar a mesma situação, ou seja, o endereço do estabelecimento "garagem 2" da Viação Campo Belo é o domicílio tributário da auditada."

(extraído do processo administrativo fiscal -PAF 19515.720.480/2012-07)

"Em entrevista aos empregados da empresa, obtive informações de que, ao contrário da auditada, que apresenta dificuldade em saldar seus débitos tributários, a empresa Viação Campo Belo está com suas obrigações tributárias em dia e se encontra em boa situação financeira, inclusive ganhando licitações."

(extraído do processo administrativo fiscal -PAF 19515.720.480/2012-07)

"Da análise do Sistema Interno Cnisa Cidadão, pude observar que boa parte dos empregados, cujos contratos de trabalho são rescindidos na auditada, são imediatamente contratados pela Viação Campo Belo" (extraído do processo administrativo fiscal -PAF 19515.720.480/2012-07)

b) Que o quadro societário e objeto social de ambas as empresas são exatamente o mesmo.

c) O cargo de administrador é ocupado nas duas empresas pela mesma pessoa, o sr. Paulo José Dinis Ruas , CPF 128.477.058-30 d) De maneira estapafúrdia , a empresa apenas declara em suas Declarações de Informações Econômico-fiscais -DIPJs 2008 ,2009,2010 despesas e custos com empregados e outros , sem declarar sequer nenhum centavo de faturamento.Como isso é possível?Uma empresa que só tem custos e despesas, sem faturar nada!

Em consulta aos sistemas informatizados da Receita Federal - SPED contábil da empresa Campo Belo verifica-se lançamentos

envolvendo de maneira inequívoca ambas as empresas, de forma que, na situação de fato, é fácil de se caracterizar o surgimento de um Grupo Econômico de Fato.

e) Para corroborar o aqui relatado, em anexo encontra-se o Agravo de Instrumento de nº. 0014195-82.2011.4.03.0000/SP, interposto pela União Federal, deferido, cujo documento de origem é o de nº.0342270220054036182 1F Vr São Paulo/SP e que reconhece a configuração de Grupo Econômico e a responsabilidade solidária de seus dirigentes.

Conforme acima explicitado verifica-se que as empresas apresentam um liame inequívoco entre as atividades desempenhadas, interesse comum, e trabalham como se fossem uma só. Na realidade, essas empresas têm apenas aparência de unidades autônomas, sua atuação é complementar, ficando ao nosso modo de ver, plenamente caracterizada, a situação de grupo econômico.

Saliento o fato de que a empresa ora fiscalizada não consegue participar de licitações com vistas à concessão de serviços de transportes de pessoas em virtude de seus débitos tributários. Em contrapartida, a empresa Viação Campo Belo, CNPJ 01.832.301/0001-44, participa das licitações normalmente, utilizando-se da estrutura da empresa ora fiscalizada, inclusive seus empregados.

Dessa forma, os sócios administradores da autuada praticaram atos de gestão que configuram infração à Lei, conforme descrito nos Termos de sujeição Passiva lavrados pela Auditoria Fiscal.

Os Recorrentes não trouxeram aos autos documentos suficientes para demonstrar a improcedência ou insubsistência do lançamento em questão. Neste sentido, sendo mantido o lançamento conforme lavrado, não há como afastar a responsabilização dos sócios-administradores.

Os responsáveis solidários contestam a aplicação do art. 135, inciso III, do CTN como fundamento da responsabilidade solidária a eles imputada, alegando que por força de lei, somente a recorrente estaria inicialmente obrigada ao cumprimento desta obrigação tributária, e por consequência somente contra ela poderia ser lavrada uma notificação ou auto de infração e também dela serem cobradas as contribuições não recolhidas;

Não lhes assiste razão, uma vez que o art. 135, III do CTN responsabiliza o sócio que detém poderes de administração ou que tenha praticado qualquer dos atos descritos no caput do art. 135 do CTN.

Nessa linha, a Fazenda Nacional, por meio da sua Procuradoria-Geral, já se manifestou acerca do tema, conforme consta no Parecer/PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, in verbis:

(...)

VII

CONCLUSÃO

106. Em resumo, alinhamos aqui os fundamentos e as conclusões do presente Parecer:

a) A responsabilidade do dito “sócio-gerente”, de acordo com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, decorre de sua condição de “gerente” (administrador), e não da sua condição de sócio;

b) A responsabilidade do administrador, por força do art.135 do CTN, na linha da jurisprudência do STJ, é subjetiva e decorre de prática de ato ilícito;

(...)

d) A responsabilidade dos administradores, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser entendida como exclusiva (responsabilidade substitutiva), porquanto se admite na Corte Superior que a ação de execução fiscal seja ajuizada, ao mesmo tempo, contra a pessoa jurídica e o administrador;

(...)

j) A jurisprudência do STJ aponta para a responsabilidade solidária, inclusive em precedentes desfavoráveis à Fazenda Nacional, em que se afirma que o “sócio-gerente” só pode ser responsabilizado solidariamente se detiver poderes de gerência e se tiver praticado ato ilícito no exercício dessa gerência, na forma do art.135, III, do CTN;

(...)

u) Sendo solidária a responsabilidade decorrente de ato ilícito praticado pelo administrador, este, uma vez atestada administrativamente sua responsabilidade, está sujeito a todos instrumentos de proteção do crédito tributário, como o arrolamento de bens e direitos, a inscrição no CADIN e a medida cautelar fiscal, estando, sujeito, outrossim, à negativa de expedição de Certidão Negativa de Débito.

Cabe mencionar ainda que o crédito tributário foi devidamente constituído no nome da recorrente, emitindo-se os Termos de Sujeição Passiva Solidária dos sócios-administradores e em nome da empresa Viação Campo Belo Ltda, que responde solidariamente com a autuada por integrarem grupo econômico.

Alegam ainda os responsáveis solidários que o art. 135, inciso III do CTN é inaplicável ao caso, pela ausência de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Dessa forma, diante das evidências apontadas na auditoria fiscal e nos respectivos termos de sujeição passiva, correto o procedimento fiscal quanto à identificação dos administradores como responsáveis solidários, nos termos do art. 135, inciso III do CTN, uma vez que os mesmos estavam no exercício pleno da administração dos interesses da empresa autuada e agiram ao arrepio da lei, sendo que, na qualidade de sócios-administradores da empresa autuada, eram responsáveis por cumprir os ditames da legislação tributária.

Ademais, os responsáveis solidários possuíam interesse comum na situação que constituiu o fato gerador dos tributos lançados, devendo ser considerados pessoalmente

responsáveis pelas obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos.

Da Questão do Descabimento da multa aplicada por descumprimento de obrigação acessória

No tocante à questão do potencial descabimento da multa aplicada por descumprimento da obrigação acessória, trata-se de subsunção do fato à norma, de modo que não há o que ser discutido no âmbito do processo administrativo tributário.

Da Questão dos Juros Selic

O uso da Taxa Selic como taxa de juros não pode ser afastado, pois trata de matéria pacificada no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) por meio do enunciado da Súmula nº 4 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), abaixo transcrito, de observância obrigatória, por força do art. 45, VI, do Regimento Interno do CARF¹, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015.

***Súmula CARF nº 4:** A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.*

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu com base na sistemática dos recursos repetitivos, que é legítima a aplicação da taxa SELIC aos débitos tributários, conforme ementa abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996.

¹ RICAREF:

Art. 45. Perderá o mandato o conselheiro que:

...

VI - deixar de observar enunciado de súmula ou de resolução do Pleno da CSRF, bem como o disposto no art. 62;

Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 Presidência/ STJ.

(REsp 1111175 / SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe. 01/07/2009)

Conclusão

Com base no exposto, (a) conhecer em parte do recurso voluntário do contribuinte, não conhecendo da alegação de inconstitucionalidade, (b) na parte conhecida do recurso do contribuinte e dos recursos dos responsáveis solidários, negar-lhes provimento.

É como voto.

Alexandre Evaristo Pinto