



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

Processo n° 10120.726649/2014-55
Recurso n° De Ofício
Acórdão n° 2201-003.794 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de agosto de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - GLOSA DE COMPENSAÇÃO INDEVIDA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado FORTESUL SERVICOS ESPECIAIS DE VIGILANCIA E SEGURANCA LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/12/2011

GLOSA DE COMPENSAÇÃO REPUTADA INDEVIDA. EXIGÊNCIA DE INSTAURAÇÃO DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO.

A glosa de compensação deve ser seguida da cobrança do crédito que deixou de ser pago. Assim, é de rigor a instauração de procedimento administrativo a fim de conceder ao contribuinte a ampla defesa e o contraditório inerentes.

Eventual contencioso decorrente da decisão da Administração Tributária de considerar a compensação indevida segue o rito processual previsto no Decreto nº 70.235, de 1972.

DECISÃO RECORRIDA QUE NÃO APRECIOU MÉRITO DA DEMANDA. RETORNO DOS AUTOS PARA NOVO JULGAMENTO A FIM DE EVITAR SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

Não pode este Tribunal Administrativo adentrar no mérito da questão que deixou de ser apreciada no julgamento de primeira instância, a fim de evitar prejuízo às partes e nulidade do julgamento decorrentes da supressão de instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de ofício.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

EDITADO EM: 31/08/2017

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

Relatório

Cuida-se de Recurso de Ofício apresentado em face decisão da DRJ em Florianópolis/SC, de fls. 1084/1105, que julgou improcedente o lançamento de contribuições patronais devidas à Seguridade Social decorrente da glosa de compensação, supostamente objeto de contestação judicial, sem que a respectiva decisão judicial tenha transitado em julgado, e até mesmo sem qualquer decisão judicial respaldando a compensação de algumas rubricas.

A compensação indevida foi relativa às competências de 11/2009 a 12/2011, e originou o crédito tributário da contribuição previdenciária objeto do DEBCAD 51.059.024-1 no valor total de R\$ 10.275.951,84, já inclusos juros e multa de mora (até o mês da lavratura), apurado com base nos valores efetivamente compensados pelo contribuinte, por meio de declaração em GFIP.

Além disso, foi efetuado o lançamento da multa isolada de 150%, com base no art. 89, §10, da Lei nº 8.212/91, por falsidade na declaração nas competências de 12/2009, 01/2010 a 10/2010, objeto do DEBCAD 51.059.025-0, cujo valor é de R\$ 10.011.104,12.

Os autos de infração encontram-se acostados às fls. 03/43, com ciência da contribuinte em 28/08/2014 (fls. 04 e 25).

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 44/61, "*O objeto do presente levantamento são as contribuições previdenciárias correspondentes à parte patronal e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT, destinadas à Seguridade Social (incisos I, II e III do artigo 22 da Lei 8.212/91), compensadas indevidamente conforme quadros demonstrativos constantes das planilhas anexadas ao presente*".

A autoridade lançadora acrescenta ainda:

"(...) o Contribuinte informou tratarem de compensações realizadas com amparo em decisão judicial prolatada no

Processo Judicial (Mandado de Segurança Individual nº 2009.35.00.004573-9), impetrado em 16/03/2009.

De seu pedido inicial, o contribuinte buscou, em caráter provisório a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, e em segurança definitiva para afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre valores pagos de remuneração a empregados, a título de salário maternidade, licença por motivo de doença ou acidente, férias e adicional de férias, bem como o direito a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título.

(...)

Em sentença, o juízo de primeiro grau concedeu: a - a inexistência das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos aos empregados nos quinze primeiros dias de ausência ao trabalho por motivo de doença ou de acidente, bem como da remuneração paga a título de adicional de um terço de férias, e b – declarou o direito de a parte impetrante compensar os valores recolhidos indevidamente nos últimos 10 (dez) anos a tal título, somente dos valores que tenha a parte recolhido como contribuinte de fato, ou seja, sem o desconto posterior da remuneração de seus empregados, nos termos dos arts. 20 e 30, inciso I, da Lei 8.212/91, respeitada a restrição imposta pelo art 170-A do CTN, de forma que a compensação deferida só poderia ocorrer após o trânsito em julgado da sentença. (cópia da decisão encontra-se em anexo)

(...)foi interposto recurso de apelação (...) O Presidente do TRF1 suspendeu os referidos recursos interpostos pela União, nos termos dos artigos 543-B, § 1º e 543-C, § 1º do Código de Processo Civil, logo, ainda não ocorreu o trânsito em julgado da sentença proferida na ação mandamental, na forma do art 467 do Código de Processo Civil, porquanto pairam recursos a serem apreciados, cujo julgamento poderá vir a alterar o conteúdo da sentença recorrida. (consulta anexa)

(...) foi realizada consulta à Procuradoria da Fazenda Nacional no Estado de Goiás, que emitiu as seguintes considerações a respeito do processo, que embasaram e fundamentaram o presente levantamento fiscal:-

“ O recurso de apelação foi recebido apenas no efeito devolutivo, de forma que subsiste os efeitos da suspensão da exigibilidade da contribuição social incidente sobre os valores pagos pela Impetrante, nos primeiros quinze dias de afastamento de seus empregados por motivo de doença ou acidente, e adicional de um terço de férias.

Com a edição da Lei Complementar nº 104/2001, que introduziu o art. 170-A no CTN, restou expressa a impossibilidade de pleitear-se a compensação, mediante o aproveitamento de

tributo objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.”

(...)

Esclarecidas essas questões, infere-se que é indevida a compensação feita pelo sujeito passivo amparada em provimento jurisdicional liminar, por descumprir os arts 170 e 170-A do CTN, bem como o art. 74 da Lei nº 9.430/96, com alterações posteriores, devendo a Administração Tributária proceder ao do lançamento com a exigibilidade do crédito tributário suspensa, com o fito de prevenir decadência.

Considerando que a decisão de primeira instância, reconheceu o direito à compensação apenas das rubricas relativas aos primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de auxílio a doença e acidente e ao abono constitucional de férias, a auditoria constatou que os valores compensados não são compatíveis com créditos relativos às rubricas acima descritas, havendo valores compensados amparados por decisão judicial ainda não transitada em julgado, e valores compensados sem qualquer autorização judicial ou crédito correspondente.

(...) o contribuinte respondeu aos questionamentos elencados pela auditoria fiscal, e afirmou estar utilizando créditos com pagamentos de rubricas com as quais inexistiu decisão judicial suspendendo a sua exigibilidade, e informou não constar das compensações realizadas, créditos com sobras de retenções sofrida na emissão de notas fiscais/fatura de prestação de serviço. (ver justificativas apresentadas por escrito)(DOC06)

Planilhas demonstrativas, relacionando os créditos utilizados pela empresa, foram apresentadas à auditoria fiscal. Nestas, constavam relacionados pagamentos de rubricas como: férias, 1/3 de férias, salário maternidade, auxílios (doença e acidente), e décimo terceiro salário, efetuados desde 06/2000. (cópias das planilhas apresentadas à fiscalização foram anexadas ao presente)(DOC04)

As compensações realizadas com fulcro em pagamentos ocorridos com férias, salário maternidade, e décimo terceiro salário, não possuem qualquer amparo legal, pois não foram concedidos em decisão judicial, sendo tais pagamentos objetos de glosa imediata pela auditoria fiscal em processo em separado.

Apenas os créditos oriundos com pagamentos realizados nos 15 primeiros dias de ausência ao trabalho por motivo de doença ou de acidente, bem como a título de adicional de um terço de férias pagos pela empresa em demanda na justiça mas ainda não transitado em julgado foram considerados pela auditoria, cujos valores discriminados em planilhas foram atualizados, sendo créditos previdenciários que devam ficar sobrestados até o trânsito em julgado do processo judicial em referência.

A decisão de primeira instância, ainda declarou o direito da parte impetrante de compensar os valores recolhidos, e considerados indevidos, nos últimos 10 (dez) anos. Ressalte-se que foi objeto de recurso de apelação fazendária a prescrição tal como deferida.

O entendimento consolidado do STF, é da prescrição quinquenal para as ações ajuizadas após 08/06/2005.

(...)

Como a ação foi ajuizada em 16/03/2009, data posterior à vigência da LC nº 118/2005, os recolhimentos indevidos efetuados antes de 16/03/2004 estão prescritos, em observância aos julgados do STF (...)

Na hipótese, os créditos anteriores à competência de origem 022004, ocorreram após o transcurso do prazo legal estabelecido para a repetição do indébito, e já haviam alcançado a prescrição, (...)

Após a atualização dos possíveis créditos existentes a partir de 022004 (...) os créditos demonstraram ao final serem insuficientes, e houve valores a serem glosados, como encontra-se discriminado por estabelecimento nas planilhas DEMONSTRATIVO DAS COMPENSAÇÕES EFETUADAS PELO CONTRIBUINTE .(PLAN01 a 05)

(...)

Restou comprovado portanto, que o sujeito passivo, ao arrepio da lei e sem sequer observar o que fora concedido em decisão de primeira instância, compensou indevidamente os valores demonstrados nas planilhas anexas, utilizando-se de valores não definitivamente julgados, além de valores sem qualquer autorização judicial para tanto e utilizando-se ainda de créditos atingidos pela prescrição.

De todo o exposto, foi efetuada a glosa dos valores compensados no período de 11/2009 e 12/2011, realizados sem autorização judicial para tanto, conforme quadros demonstrativos anexos, com o conseqüente lançamento dos mesmos nos presentes Autos de Infração.

(...)

DA MULTA ISOLADA

O sujeito passivo, ao fazer inserir em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, informação de compensação que sabidamente não teria direito, reduziu, deliberadamente, o valor devido e o subseqüente recolhimento de sua obrigação tributária para com a Seguridade Social, o que configura a conduta ilegal do mesmo.

(...)

Tendo sido constatada a falsidade nas GFIP apresentadas pelo Sujeito Passivo, consubstanciada na inserção de créditos inexistentes de fato, será aplicada a multa isolada de 150% sobre o total do crédito compensado indevidamente, conforme prevê o artigo 46 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30 de dezembro de 2008:

(...)

DOS CO-RESPONSÁVEIS

Os co-responsáveis encontram-se relacionados de acordo com período de atuação no Relatório de Vínculos. A empresa sob auditoria fiscal, FORTESUL SERVIÇOS ESPECIAIS DE VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA, consta como co-responsável das empresas: FORTESUL – SERVIÇOS CONSTRUÇÕES E SANEAMENTO LTDA – CNPJ 03.059.584/0001-69 e FORTESUL MANUTENÇÃO E SERVIÇOS LTDA – CNPJ 12.796.829/0001-21, no cadastro da SRFB.

Além das participações societárias e denominação social, as participações de uma ou outra na administração de cada empresa citada, evidenciam relações jurídicas e comerciais entre si, como foi relatado pela auditoria realizada na empresa FORTESUL – SERVIÇOS CONSTRUÇÕES E SANEAMENTO LTDA – CNPJ 03.059.584/0001-69, MPF 01.2.01.00-2014-00106-6, em que a auditoria constatou coincidência de sócios e administradores, empresas sediadas em um mesmo endereço/quadra e com vinculação gerencial, o que constitui grupo econômico, nos termos do inciso IX do Art. 30 da Lei nº 8.212/91 (na redação dada pelo artigo 2º, § 4º da Lei nº 9.719/98) e, portanto, solidárias no cumprimento das obrigações sociais, nos termos da legislação supramencionada e do art. 124, inciso I do Código Tributário Nacional.

(...)

Em decorrência desta ação fiscal foram lavrados os seguintes Autos de Infração – AI:

PROCESSO COMPROT 10120.726.648/2014-19

NÚMERO DO AI	VALOR (R\$)	DESCRIÇÃO SUSCINTA DA INFRAÇÃO
51.059.023-3	645.561,68	Descumprimento de obrigação principal – parte patronal, compensação de valores não definitivamente julgados

PROCESSO COMPROT 10120.726.649/2014-55

NÚMERO DO AI	VALOR (R\$)	DESCRIÇÃO SUSCINTA DA INFRAÇÃO
51.059.024-1	10.275.951,84	Descumprimento de obrigação principal – glosa de compensação indevida
51.059.025-0	10.011.104,12	Descumprimento de obrigação principal – multa isolada relativamente a compensações com falsidade

PROCESSO COMPROT 10120.726.650/2014-80

NÚMERO DO AI	VALOR (R\$)	DESCRIÇÃO SUSCINTA DA INFRAÇÃO
51.067.475-5	736.388,67	Descumprimento de obrigação principal – parte patronal, diferença de RAT

Da leitura do Relatório Fiscal, observa-se que a autoridade fiscal manteve, no presente processo, apenas a parcela das compensações que se refere a recolhimentos de

contribuições sociais previdenciárias relativos às competências 02/2004 a 12/2011 (5 anos antes do ajuizamento da ação pelo contribuinte) efetuados sobre valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado e sobre valores pagos a título de adicional constitucional de férias de 1/3 (um terço).

Ainda de acordo com a autoridade fiscal, referidos créditos foram glosados em outro auto de infração (DEBCAD nº 51.059.023-3 – Processo nº 10120.726648/2014-19), cujo sobrestamento foi determinado até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança impetrado pela contribuinte.

É que, conforme acórdão proferido pelo TRF1 quando do julgamento das apelações da contribuinte e da UNIÃO nos autos do mencionado MS (publicado em 03/11/2011, foi dado "**parcial provimento ao recurso da impetrante, para reconhecer o direito de compensação, com débitos vencidos ou vincendos, sem a limitação imposta pelos arts. 170-A, do CTN e 89, §3º, da Lei nº 8.212/91 e nego provimento à apelação da União Federal (Fazenda Nacional) e à remessa oficial, mantendo-se o julgado recorrido em seus ulteriores termos**".

A contribuinte apresentou sua Impugnação de fls. 600/646 em 16/09/2014. Neste ponto, adoto o relatório da DRJ por bem relatar os termos de defesa apresentados pela devedora principal (Fortesul Serviços Especiais de Vigilância e Segurança Ltda), e pelas solidárias (Fortesul Manutenção e Serviços Ltda e Fortesul Serviços, Construções e Saneamento Ltda):

"Alega que a exigência dos créditos tributários lançados nos autos de infração de DEBCAD nº 51.059.024-1 e nº 51.059.025-0 é totalmente desprovida de qualquer fundamento legal.

Afirma que é prescindível a autorização judicial ou administrativa para que a compensação tributária seja efetuada antes do trânsito em julgado da decisão.

*Aduz que os artigos 66 da Lei nº 8.383/1991 e 74 da Lei nº 9.430/1996 prevêm a modalidade de compensação denominada *sponte propria*, de iniciativa exclusiva do contribuinte.*

Assevera que não há que se falar em ilegalidade ou ardil, já que estava autorizada a pela legislação tributária a efetuar as compensações glosadas.

Ao tratar do disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, diz que o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento pacífico no sentido de que os valores pagos a título de salário maternidade, bem como a título de férias e 13º salário, não integram o campo de incidência das contribuições sociais previdenciárias.

Diz que "o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais vem entendendo que a ilegalidade/inconstitucionalidade é vício que acarreta a nulidade ex tunc do ato normativo, que, por isso mesmo, já não pode ser considerado para qualquer efeito".

Alega que, ao contrário do que entendeu a autoridade fiscal, tinha o direito de efetuar a compensação de recolhimentos de

contribuições sociais previdenciárias efetuados sobre férias, terço constitucional de férias, salário maternidade e 13º salário, já que tais verbas não integram o campo de incidência das contribuições sociais previdenciárias.

Afirma que a não incidência da contribuição social previdenciária sobre tais verbas é inequívoca, “seja diante da análise da hipótese de incidência aplicável ao caso, seja diante do assentado no julgamento do REsp nº 1.230.957-RS, apreciado sob a sistemática do artigo 543-C, e cuja decisão deve ser obedecida por força do disposto no artigo 62-A do Regimento Interno deste Colendo Conselho”.

Aduz que estas verbas não correspondem a contraprestação por serviços prestados.

Cita julgado da 1ª Seção do STJ onde restou afastada a incidência da contribuição social previdenciária sobre o salário maternidade e as férias usufruídas (REsp 1322945/DF).

Assevera que é ilegal e inconstitucional a exigência de contribuição social previdenciária sobre valores pagos a título de salário maternidade.

Alega que o salário-de-contribuição, mencionado no §2º do artigo 28 da Lei nº 8.212/1991, é a base de cálculo da contribuição social previdenciária devida pelos segurados, e não a base de cálculo da contribuição patronal, conforme previsto no artigo 20 da Lei nº 8.212/1991.

Cita julgado da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região onde restou declarado que não incidem contribuições previdenciárias patronais sobre o valor do salário maternidade (AI nº 2001.05.00.047834-4).

Afirma que o disposto no §1º do artigo 57 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009 fere o princípio da legalidade.

Alega que o disposto no artigo 52, inciso III, alínea “i”, e no artigo 57, §8º, da Instrução Normativa RFB nº 971/2009, é ilegal e inconstitucional.

Cita julgado do Tribunal Regional Federal da 5ª Região onde restou declarado que não incide contribuição social previdenciária patronal sobre as verbas referentes ao salário-maternidade, às férias e ao respectivo adicional de um terço (AC nº 8.627/CE).

Cita julgado da 1ª Turma do STJ onde restou reconhecido que não há efetiva prestação de serviços pelo empregado tanto no salário-maternidade quanto nas férias (AgRg no AI nº 1.420.247/DF).

Diz que a Súmula 688 do STF foi editada à luz da redação original dos artigos 195, inciso I, e 201, § 4º, ambos da Constituição Federal, de que deveria incidir a contribuição

previdenciária sobre o 13º salário em razão de se tratar de verba habitual.

Afirma que é justamente a habitualidade da gratificação natalina e suas respectivas peculiaridades que afastam, sob pena de inconstitucionalidade e ilegalidade, a incidência das contribuições sociais previdenciárias.

Alega que não há que se falar em incidência da contribuição social previdenciária sobre o 13º salário, já que esta verba, apesar de habitual, não é considerada para fins previdenciários (artigo 201, §§ 3º e 11, da CF, c/c o artigo 29, §3º, da Lei nº 8.213/1991). Diz que pensamento diverso deste acarretaria em indevida fonte de custeio sem a respectiva destinação (artigo 195, §5º, da CF).

Assevera que o próprio STF, a despeito da Súmula 688, abriu a possibilidade de rediscussão da matéria (incidência de contribuições sociais previdenciárias sobre 13º salário).

Cita que a legislação previdenciária preceitua que o 13º salário não deve ser considerado para fins de cálculo do salário de benefício.

Frisa que tanto o §5º do inciso I do artigo 195 da Constituição Federal como o artigo 125 da Lei nº 8.213/1991 determinam que “nenhum benefício ou serviço da Previdência Social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio”.

Alega que “se não pode haver a criação, majoração ou extensão de benefício previdenciário sem a respectiva fonte de custeio, do mesmo modo, ainda que via inversa, não se pode admitir que haja fonte de custeio (no caso a incidência da contribuição sobre o 13º salário) sem o correspondente benefício”.

Aduz que não há que se invocar os princípios da solidariedade e da universalidade para exigir contribuições sociais previdenciárias sobre o 13º salário, “visto que até mesmo os meios de financiamento da Seguridade Social estão adstritos, obviamente, aos demais princípios e normas constitucionais”.

Requer a conversão do julgamento em diligência, com esteio no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/1972, para que se verifique “se os créditos tomados e cuja compensação restou glosada referem-se aos valores pagos a título de salário maternidade, férias e décimo terceiro salário”.

Diz que, ainda que se entenda por indevidas as compensações, a multa isolada de 150% deve ser afastada, seja por inexistência de dolo, seja por se tratar de multa confiscatória, desproporcional e abusiva.

Alega que agiu de boa-fé, pois submeteu todas as informações, procedimentos e documentos ao crivo do Judiciário e do próprio Fisco.

Afirma que “a realização de compensação em qualquer uma das hipóteses autorizada pela Lei, não caracteriza fraude fiscal e, tampouco, o dolo, já que não há que se falar em fraude se não houver dolo”.

Diz que sonegação, fraude e conluio são formas diversas de evasão fiscal e que em todas estas hipóteses deverá estar presente o dolo.

Cita todos os requisitos que, no seu entendimento, são necessários para a configuração de sonegação fiscal, fraude e conluio.

Frisa que o dolo não se presume, deve ser provado.

Aduz que não existe fundamento legal para aplicação da multa isolada de 150%, já que o suporte normativo utilizado para fundamentar a decisão está sedimentado em meras instruções normativas.

Assevera que no Sistema Tributário Brasileiro não há lugar para a imputação das chamadas infrações presumidas.

Alega que a multa isolada de 150% viola o direito de petição, a garantia do devido processo legal, e os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Afirma que a multa isolada de 150% deve ser afastada ou no mínimo reduzida para 20%.

Cita julgado do CARF (Acórdão nº 2401-002.866) onde restou decidido que é “inaplicável a multa isolada de 150% nos casos em que o fisco fundamente a sua imposição apenas na incorreta declaração da GFIP, mormente quando o sujeito passivo detinha decisão judicial que autorizava a compensação após o seu trânsito em julgado”.

Aduz que a multa isolada de 150% feriu o princípio constitucional do não confisco.

Lembra que o artigo 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF) preceitua que “as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF”.

Alega que “cabe à toda Administração Pública, ao decidir questões fiscais e recursos dos contribuintes, se pautar e orientar, de forma geral, pela jurisprudência emanada dos Tribunais, com o objetivo precípuo de evitar danos irreversíveis aos contribuintes e, no futuro, poupar o Erário do pagamento de altíssimos valores a título de ressarcimento e indenizações”.

Assevera que a autoridade fiscal não deveria ter efetuado arrolamento de bens visto que o valor do crédito tributário exigido é inferior a 30% do seu patrimônio.

Aduz que não há nos autos qualquer indício de que não teria condições de quitar os créditos tributários lançados e de que seu patrimônio não é suficiente para tanto.

Requer que seja cancelado “todo e qualquer termo de arrolamento de bens formalizado ou tendente a ser expedido”.

Afirma que o artigo 64 da Lei nº 9.532/1996, ao prever a figura do arrolamento de bens e direitos dos contribuintes, atentou contra a garantia do sigilo fiscal e o direito de propriedade (artigo 5º, inciso XXII, da Constituição Federal).

Diz que o arrolamento de bens representa também uma forma de coação ilegal para tentativa de satisfação forçada do crédito tributário.

Alega que o arrolamento de bens causa enorme constrangimento moral e financeiro, já que, com o registro “do termo de arrolamento perante o cartório, órgão ou entidade competente e a menção na certidão de regularidade fiscal quanto à existência deste ônus, o contribuinte adquirirá, de forma antecipada, a pecha de inadimplente”.

Assevera que “a imposição dirigida ao contribuinte acerca da obrigatoriedade da comunicação de todos e quaisquer atos de alienação, transferência ou oneração de bens à autoridade administrativa, sob pena da propositura da medida cautelar fiscal, constitui-se em nítido constrangimento à realização de negócios com terceiros”.

Diz que “não há como negar que tal arrolamento, mesmo que de forma indireta, constitui-se em verdadeiro ato de constrição do patrimônio do sujeito passivo, constrangimento este que, ainda que destinado à garantia de futura satisfação do crédito fiscal, não está a autoridade administrativa autoriza a prática, na medida em que seus atos são desvestidos do atributo da autoexecutoriedade, sendo portanto, ato privativo da autoridade judicial”.

Aduz que a previsão de registro do termo de arrolamento desrespeita o direito constitucional da privacidade.

Afirma que o direito a privacidade está também protegido pelo artigo 198 do Código Tributário Nacional.

Alega que o arrolamento de bens e direitos só tem lugar quando o crédito tributário estiver definitivamente constituído.

Assevera que “enquanto não houver conclusão do processo administrativo que apura eventual ilícito tributário não se pode, de modo algum, atribuir-se ao contribuinte a prática de algum crime fiscal”.

Cita o teor da Súmula Vinculante nº 24 do STF e diz que a mesma se aplica a todos os crimes tributários, já que, havendo a mesma razão, deve ser aplicado o mesmo direito.

Diz que a representação fiscal para fins penais, quando pendente recurso administrativo, sequer pode ser encaminhada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ao Ministério Público Federal, conforme disposto no artigo 83, caput, da Lei nº 9.430/1996, e no artigo 3º da Portaria RFB nº 665/2008.

Lembra que “mesmo futuramente constituído de forma definitiva o tributo, ainda se abrirá ao contribuinte a possibilidade de parcelamento ou pagamento integral, o que implica, respectivamente, suspensão da pretensão punitiva ou extinção da punibilidade (§§ 1º a 6º do citado artigo 83 da Lei nº 9.430/96”.

Requer que a representação fiscal para fins penais seja mantida no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil até o esgotamento da via administrativa e do prazo para o contribuinte pagar e/ou parcelar o crédito eventualmente mantido.

Requer, por fim, a anulação dos autos de infração hostilizados.

Devidamente intimada dos lançamentos fiscais, a sociedade empresária Fortesul Manutenção e Serviços Ltda apresentou a impugnação de fls. 661 a 714, instruída com os documentos de fls. 715 a 724.

Além de repetir todas as alegações e pedidos da Autuada (Fortesul Serviços Especiais de Vigilância e Segurança Ltda), a sociedade empresária Fortesul Manutenção e Serviços Ltda assevera que deve ser anulada a imputação de responsabilidade solidária pelos créditos lançados nos autos de infração de DEBCAD nº 51.059.024-1 e nº 51.059.025-0, visto que não teria se configurado grupo econômico.

Alega, ainda, que o simples fato de existir grupo econômico de fato não tem o condão de fundamentar a imputação de responsabilidade solidária por crédito previdenciário.

Devidamente intimada dos lançamentos fiscais, a sociedade empresária Fortesul Serviços, Construções e Saneamento Ltda apresentou a impugnação de fls. 727 a 780, instruída com os documentos de fls. 781 a 797.

Além de repetir todas as alegações e pedidos da Autuada (Fortesul Serviços Especiais de Vigilância e Segurança Ltda), a sociedade empresária Fortesul Serviços, Construções e Saneamento Ltda assevera que deve ser anulada a imputação de responsabilidade solidária pelos créditos lançados nos autos de infração de DEBCAD nº 51.059.024-1 e nº 51.059.025-0, visto que não teria se configurado grupo econômico.

Alega, ainda, que o simples fato de existir grupo econômico de fato não tem o condão de fundamentar a imputação de responsabilidade solidária por crédito previdenciário.

Devidamente intimados dos lançamentos fiscais, a senhora Marly de França Eugênio e o senhor Odílio de França Filho deixaram transcorrer in albis o prazo para impugnação."

Quando do julgamento do caso, a DRJ de origem, às fls. 1084/1105, dos autos, julgou improcedente o lançamento em prejudicial de mérito. O acórdão proferido na ocasião possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/12/2011

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GFIP. DÉBITO CONFESSADO.

É incabível a formalização, por meio de lançamento, de crédito tributário já confessado, visto que tal procedimento não é condizente com a disciplina normativa vertida pela legislação de regência cuja observância é, aliás, obrigatória, dada a natureza vinculada da atividade administrativa do lançamento.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/11/2009 a 31/12/2011

MULTA ISOLADA DE 150%. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE DE DECLARAÇÃO.

A decisão da autoridade competente declarando a ocorrência de compensação indevida e não homologando a mesma, na forma estabelecida nos atos normativos da Receita Federal do Brasil, é pressuposto essencial para o lançamento legítimo da multa isolada de 150% prevista no §10 do artigo 89 da Lei nº 8.212/1991.

Impugnação Procedente

Crédito Tributário Exonerado

Em suas razões, adotou integralmente o teor da Solução de Consulta Interna COSIT (Coordenação-Geral de Tributação da Secretaria da Receita Federal do Brasil) nº 3, de 5 de fevereiro de 2013, para concluir o seguinte:

É dizer, dado que o crédito tributário sob apreço (auto de infração de DEBCAD nº 51.059.024-1) já fora constituído por meio da GFIP, o presente lançamento, além de incorrer em evidente duplicidade, não condiz com o regramento jurídico que, disciplinando os casos de compensação indevida informada por meio da citada guia (GFIP), determina a imediata inscrição do débito nela confessado em Dívida Ativa da União, em caso de não pagamento no prazo estipulado na legislação de regência.

No caso dos autos, portanto, entendo que a formalização do crédito tributário sob exame (auto de infração de DEBCAD nº

51.059.024-1) não pode prosperar porque afronta a disciplina normativa vertida pela legislação de regência cuja observância é, aliás, obrigatória, dada a natureza vinculada da atividade administrativa do lançamento, assim definida nos termos do parágrafo único do artigo 142 do Código Tributário Nacional, verbis:

Em razão do exposto, a decisão foi objeto de Recurso de Ofício.

Apesar da exoneração total do crédito tributário, houve apresentação de Recursos Voluntários por parte da contribuinte e responsáveis solidários (fls. 1122/1130, 1147/1155 e 1166/1170), tidos como "Embargos" por parte da Unidade Preparadora de origem (fl. 1196).

Este recurso de ofício compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

O recurso de ofício atende aos requisitos legais, razão por que dele conheço.

Verifico que a DRJ de origem não analisou o mérito do presente caso, extinguindo o feito em preliminar por entender, com base na Solução de Consulta Interna COSIT nº 3, de 5 de fevereiro de 2013, que o presente lançamento não deveria prosperar na medida em que os débitos já haviam sido confessados pela contribuinte em GFIP. Portanto, entendeu que, ao efetuar a glosa da compensação indevida, deveria ter ocorrido a *imediata inscrição do débito nela confessado em Dívida Ativa da União, em caso de não pagamento no prazo estipulado na legislação de regência.*

Com a devida vênia ao posicionamento adotado quando do julgamento de primeira instância, entendo que decisão recorrida não merece prosperar.

É evidente que a GFIP é meio hábil para a confissão de débitos e, conseqüentemente, constituição de dívida, nos termos dos arts. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, c/c o art. 225 do Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, e com os arts. 47, 456 e 460, da IN RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, *in verbis*:

Lei nº 8.212/91

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS;

Decreto nº 3.048/99

Art. 225. A empresa é também obrigada a:

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

IN RFB nº 971/2009

Art. 47. A empresa e o equiparado, sem prejuízo do cumprimento de outras obrigações acessórias previstas na legislação previdenciária, estão obrigados a:

V - fornecer ao contribuinte individual que lhes presta serviços, comprovante do pagamento de remuneração, consignando a identificação completa da empresa, inclusive com o seu número no CNPJ, o número de inscrição do segurado no RGPS, o valor da remuneração paga, o desconto da contribuição efetuado e o compromisso de que a remuneração paga será informada na GFIP e a contribuição correspondente será recolhida;

Art. 456. O crédito tributário relativo às contribuições de que tratam os arts. 2º e 3º da Lei nº 11.457, de 2007, será constituído nas seguintes formas:

I - pelo lançamento por homologação expressa ou tácita, mediante declaração do ARO, na forma do art. 340, ou da GFIP, comunicando a existência de crédito tributário;

Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como

instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

Contudo, s.m.j., ao declarar um débito e informar uma compensação em GFIP, o contribuinte não está constituindo qualquer crédito. Ele está confessando a dívida, é verdade. Mas, ao mesmo tempo, está compensado a dívida confessada com um crédito que alega possuir.

Ora, se a RFB constatar a inexistência do crédito utilizado pelo contribuinte para a compensação, deverá efetivar a glosa, comunicar ao contribuinte as razões da glosa e cobrar o tributo que deixou de ser recolhido. No meu entendimento, este ato não se reveste de novo lançamento. As autoridades fiscais utilizam-se das informações prestadas pelo contribuinte nos documentos fiscais (no caso, a GFIP) e cobra o débito já confessado, mas que deixou de ser pago em razão da compensação informada (apurada como indevida).

Não vejo outro caminho para a cobrança do crédito tributário a não ser o acima descrito de forma resumida.

Ora, a glosa de compensação deve ser seguida da cobrança do crédito que deixou de ser pago, e não simplesmente inscrevê-lo em dívida ativa sem a comunicação ao contribuinte da glosa de compensação e, conseqüentemente, da existência de valor que deverá ser pago.

Não enxergo o ato da autoridade fiscal, no presente caso, como lançamento de ofício, mas sim uma cobrança decorrente da glosa de compensação indevida.

A existência do débito é inegável; no entanto, o que está em jogo nesses casos é a real existência do crédito informado pelo contribuinte como suficiente para quitar o débito confessado. Se a fiscalização entende que o crédito é inexistente ou insuficiente, deve conceder ao contribuinte a ampla defesa e o contraditório inerentes ao procedimento administrativo fiscal.

Tanto que a própria Solução de Consulta Interna COSIT nº 03/2013 afirma:

17. No caso de insurgência do sujeito passivo contra a decisão de considerar a compensação indevida, segue-se o rito processual previsto no Decreto nº 70.235, de 1972, com esteio nas disposições expressas do já reproduzido § 11 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 1991, que confere tal rito à restituição das contribuições de que se trata.

Conclusão

19. Ante o exposto, soluciona-se a Consulta Interna no 7, de 2009, respondendo à Disit /SRRF01 que:

(...)

e) No caso de ser a compensação de contribuições previdenciárias através da GFIP considerada indevida, pode a autoridade fiscal, por ocasião de auditoria interna dos valores nela informados, glosá-los total ou parcialmente, sem prejuízo da manutenção dos débitos confessados.

f) Eventual contencioso decorrente da decisão da Administração Tributária de considerar a compensação indevida segue o rito processual previsto no Decreto nº 70.235, de 1972, com esteio nas disposições expressas do § 11 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 1991, que confere tal rito à restituição das contribuições de que se trata, e dos arts. 77 a 80 da IN RFB nº 1.300, de 2012.

Assim, não há que se falar em duplicidade da cobrança, pois o débito aqui cobrado é justamente aquele declarado em GFIP pela contribuinte e não "outro" débito originado em novo lançamento de ofício. Também não deve prosperar afirmação de que, após a glosa, caberia a imediata inscrição em Dívida Ativa da União do débito confessado em GFIP, nos exatos termos da própria Solução de Consulta Interna COSIT nº 03/2013.

Portanto, entendo que encontra-se equivocada a decisão recorrida, pois não enxergo defeito na cobrança do crédito tributário promovida nos presentes autos, haja vista a origem em glosa de compensação indevida, oportunidade em que deve ser de rigor a abertura do contraditório ao contribuinte e a instauração do processo administrativo previsto no Decreto nº 70.235/72.

Neste sentido, para evitar a supressão de instância, devem os autos retornarem para a primeira instância de julgamento a fim de que sejam analisadas as questões de mérito apresentadas pela contribuinte (devedora principal) e pelas responsáveis solidárias.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso de ofício para determinar o retorno dos autos ao órgão julgador de primeira instância a fim de que sejam apreciadas e julgadas as questões de mérito apresentadas pela contribuinte e demais responsáveis solidários.

(assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator