



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

Processo nº

10830.727674/2015-21

Recurso nº

De Ofício e Voluntário

Acórdão nº

2301-005.521 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Sessão de

8 de agosto de 2018

Matéria

Contribuições Sociais Previdenciárias

Recorrente

GP - GUARDA PATRIMONIAL DE SAO PAULO LTDA. e FAZENDA NACIONAL

Recorridera

FAZENDA NACIONAL e GP - GUARDA PATRIMONIAL DE SAO PAULO LTDA. e FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2010 a 31/03/2011

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDADA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 RICARF.

GLOSA DE COMPENSAÇÃO. AÇÃO SEM TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA.

Só existe direito creditório compensável se for líquido e certo. Um crédito declarado em GFIP e não comprovado carece de liquidez e certeza.

Não havendo o trânsito em julgado da ação, não há também o direito do contribuinte em efetuar tais compensações.

MULTA ISOLADA. DIREITO LIQUIDO E CERTO. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO EM GFIP.

Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual de 150% do valor da glosa da compensação.

Falsa é a declaração sobre um fato que não corresponde à realidade ou que não é compatível com o que se esperava fosse colocado.

SUJEIÇÃO PASSIVA

A compensação recorrente de valores que não existem ou de valores que não são líquidos e certos configuram a hipótese prevista no artigo 135, III do CTN.

APLICAÇÃO DA MULTA.

A multa a ser aplicada nos casos de glosa de compensação, deve respeitar o art.35 da lei 8212/91, ou seja, 20%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos: (a) não conhecer do recurso de ofício. Acordam ainda, quanto ao recurso voluntário (b) rejeitar as preliminares e no mérito, (c) negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente)

João Bellini Júnior - Presidente.

(Assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Maurício Vital, Wesley Rocha, Antonio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, Marcelo Freitas de Souza Costa, Juliana Marteli Fais Feriato e João Bellini Júnior (Presidente).

Relatório

1. Trata-se de julgar recurso de ofício e dois recursos voluntários (e-fls 202/233 e de e-fls 262/290) interpostos em face do Acórdão nº **09-061.578** (e-fls 174/189), prolatado pela 5ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora que julgou improcedente impugnação apresentada em face dos autos-de-infração referentes à glosa de compensação indevida de contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo, conforme declarado na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, mediante inserção de créditos inexistentes na referida declaração (e-fls 2/9), bem como, à aplicação de multa isolada pela mesma conduta (e-fls 10/16).

2. Esclareça-se que as razões trazidas nos recursos voluntários do contribuinte (e-fls 202/233) e do responsável solidário (e-fls 262/290), com poucas exceções, são idênticas àquelas que constam nas peças impugnatórias, motivo que nos leva a transcrever o relatório da decisão de primeira instância, suficiente para a compreensão do contexto do litígio.

Relatório¹

Trata-se o presente processo da lavratura de auto de infração referente a glosa de compensação indevida de contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga, devida ou credita aos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço do sujeito passivo, conforme declarado na GFIP, mediante inserção de créditos inexistentes na referida declaração bem como, auto de infração referente a aplicação de multa isolada pela conduta.

¹ Acórdão 09-061.578, e-fls 175.

O valor do auto de infração referente a glosa de compensação indevida é de R\$2.847.605,19 (dois milhões, oitocentos e quarenta e sete mil, seiscentos e cinco reais e dezenove centavos), valores originários sem juros e multa.

O valor do auto de infração referente a multa isolada é de R\$ 4.271.407,79 (quatro milhões, duzentos e setenta e um mil, quatrocentos e sete reais e setenta e nove centavos).²

O período de lançamento do crédito tributário refere-se a competência relativa ao 13º salário de 2010 no tocante à glosa de compensação indevida e quanto à aplicação de multa isolada por falsidade da declaração, a competência é 03/2011 tendo em vista o envio da GFIP ter ocorrido no dia 11/03/2011.

A autoridade lançadora informa que em uma reunião agendada com o contribuinte foi esclarecido que apesar de ser período coincidente em parte com a outra ação fiscal os procedimentos são distintos e o escopo das fiscalizações são diferentes, e que foi informado pelo procurador da empresa que o sujeito passivo possui ação judicial onde se discute a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de Horas Extras e Adicional Constitucional de Férias nos processos 2010.61.04.008627-1 (2ª Vara), 2010.61.05.014910-1 (4ª Vara), e 2010.61.00.021214-9 (11ª Vara).

O procurador da empresa, segundo relatório fiscal, informou *não dispor do memorial do cálculo, mas afirma que o crédito apurado tem origem nos pagamentos efetuados no ano de 2005. Contudo, não apresentou nenhuma decisão judicial para amparar as compensações realizadas, nem exibiu o controle financeiro de apuração e aproveitamento do suposto crédito. Disse mais, que, apesar de ter conhecimento da prescrição dos créditos solicitados, esse instituto não os afetou, haja vista estarem amparados pelo questionamento judicial.*

Após citar dispositivo do CTN a autoridade lançadora diz:

3.2. Desta forma, os pagamentos efetivados pelo sujeito passivo aos cofres públicos que se refira a tributo, objeto de contestação judicial, somente poderão ser compensados, nos termos do Código Tributário Nacional, após o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. Portanto, é defeso ao contribuinte a compensação de tributo ainda carente de decisão definitiva.

A fiscalizada, ainda, deixou de apresentar qualquer elemento de prova dos créditos aproveitados, nesse sentido inclusive a depor contra sua própria pretensão, estão as GFIP por ela enviadas em que se verifica a inconsistência do crédito pretendido. Ressalte-se que a fiscalização cuidou de apurar os dados sobre a última declaração exportada e não cancelada.

Intimada, mediante procedimento eletrônico, a indicar a origem dos créditos, a empresa apontou para a competência Janeiro/2006. Verificou-se uma relevante diferença entre o montante dos créditos disponíveis na competência indicada em cotejo com o montante dos valores compensados.

Após o relatado a autoridade lançadora disserta sobre os dispositivos que fundamentam a aplicação da multa isolada, inclui tabelas demonstrando as informações em GFIP e diz que após análise dos pagamentos das GPS concluiu-se que o contribuinte efetuou o recolhimento parcial das contribuições devidas no prazo legal e somente "complementou" o pagamento a partir de 10/03/2011 nos códigos 2119 e 2100. Em seguida, no dia 11/03/2011, retificou as GFIP com o registro de

² Acórdão 09-061.578, e-fls 176.

créditos indevidos a título de compensação com o intuito de inibir a cobrança automática.

Continua:

4.4. A prática reiterada de compensação de créditos inexistentes configura abuso de direito, caracterizado pela inserção de dados falsos, relativos a crédito de contribuição previdenciária na GFIP. Restou, destarte, comprovada a presença inequívoca do dolo, ou seja, a intenção clara do sujeito passivo em falsificar e fraudar.³

Informa que foi emitido RFFP.

Da Sujeição Passiva

A autoridade lançadora informa que o sócio administrador da autuada no período da infração 01/12/2010 a 31/03/2011, Sr. JOSÉ JACOBSON NETO, CPF 643.171.538-15, também foi arrolado, por força do disposto no artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, como sujeito passivo nos presentes autos de infração, na condição de responsável solidário.

Continua:

5.6. Conforme já, exaustivamente demonstrado neste relatório, bem como no AI e seus anexos que acompanham este termo, a empresa GP - GUARDA PATRIMONIAL DE SÃO PAULO LTDA, através de seu representante legal (sócio-administrador), acima identificado, infringiu a legislação tributária e, em tese, a legislação penal, quando efetuou compensações sem o respectivo suporte legal, declarando nas GFIP na competência 13/2010, no campo "Compensação -Valor Compensado", valores a compensar indevidamente.

A contribuinte foi cientificada pessoalmente através de seu procurador em 17/12/2015 e apresentou impugnação em 14/01/2016, conforme folhas 60/72⁴ do processo. Abaixo segue síntese das alegações:

Preliminarmente afirma que os documentos fiscais, como folhas de pagamento, livro diário e livro razão, sempre esteve à disposição da fiscalização, a partir da emissão do termo de intimação e que a impugnação refere-se ao não acatamento de compensações.

Alega nulidade do lançamento, prevista no artigo 59, I, do Decreto 70.235 e também do artigo 12 do Decreto 7575/2011, por não ter sido emitido pelo Delegado da DRF Campinas, uma vez que a não homologação de compensação informada em GFIP é ato privativo do chefe da unidade e que o documento hábil não seria auto de infração e sim Notificação de lançamento pela não homologação e entende também que o débito deveria ter sido lançado como revisão de ofício, assim não era cabível multa isolada.

Ressalta ainda que o lançamento foi efetuado com emissão prévia de MPF e que a portaria 3014 da RFB estabelece no seu artigo 10, IV que não será emitido MPF nos casos relativos a revisão interna de declaração.

Refuta as informações contidas no relatório fiscal acerca do auto de infração e do débito que deu origem ao lançamento e diz que o lançamento foi arbitrado, uma vez que não foi verificado o faturamento contabilizado, aplicada alíquota de 11% e comparado com os valores informados em GFIP, pois a empresa tem como objeto social a prática de operações de mão de obra com serviços administrativos em segurança patrimonial.

³ Acórdão 09-061.578, e-fls 177.

⁴ e-fls 75/103 --> impugnação interposta pelo contribuinte

Alega que o lançamento referente a glosa de compensação efetuada na competência 12/2010 e que se refere na verdade a 13/2010 não pode prosperar posto que o contribuinte têm créditos a compensar devidamente informados em GFIP e que ainda que seja mantido o lançamento deve ser reconhecida a decadência dos valores lançados, ocorrida em 30/11/2015.⁵

Ressalta que ocorreu nulidade também do lançamento pela fixação da multa de compensação indevida no patamar de 75% e ainda que fosse válido tal lançamento a multa a ser aplicada seria de 20%.

Diz ser confuso o relatório fiscal e que as planilhas de cálculos são inteligíveis, não havendo no processo em sua totalidade qualquer elemento que norteia o entendimento das planilhas e o valor apurado como compensação indevida. Não havendo também menção às retenções que a empresa sofreu quando do faturamento a seus tomadores de serviço.

Em relação a multa isolada lançada na competência 03/2011 informa ter créditos a compensar e que tal lançamento se deu em virtude da glosa da compensação, sendo esta decadente fica prejudicado o lançamento da multa.

Alega o caráter confiscatório da multa que totaliza em 225% (100% de glosa da compensação, multa de mora de 75%, mais 150% de multa isolada) e diz que o STF já decidiu a matéria em decisão com Repercussão Geral no RE 582.461/SP, o que deve ser respeitado pela RFB.

Ressalta que os fatos jurídicos indispensáveis ao nascimento do liame obrigacional à contribuição do art.31 da Lei número 8.212/91 não estão presentes nesta notificação fiscal de lançamento de débito e desta forma não poderia ter sido emitido auto de infração.

Afirma ter recolhido todas as contribuições cabíveis, tanto dos empregados, como da empregadora e utilizou de compensação de retenção de valores de acordo com a legislação e que apenas a ocorrência do fato gerador não obriga o contribuinte ao pagamento é necessária a constituição do crédito tributário, que se dá através do lançamento, que representa um ato administrativo vinculado.

Alega que não é cabível a presunção na tributação, está só é cabível quando expressamente prevista em lei e que diante de eventuais indícios de omissão de remuneração, a fiscalização deve aprofundar os trabalhos fiscais de modo a comprovar ou não a ocorrência da irregularidade.

Diz:

O relatório fiscal que acompanha o lançamento é conflitante. A competência do auditor fiscal é relacionada a contribuições patronais devidas à Seguridade social devidas pela empresa, incidentes sobre o total das remunerações pagas, deixa de informar o salário de contribuição., a apuração das contribuições, o valor devido a título de segurados, o valor devido a título de contribuição ao GILRAT. Não informa as bases de cálculo. Não apura as contribuições.

Por outro lado, o anexo da FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO DÉBITO - FLD, aponta o código 501 - COMPENSAÇÃO INDEVIDA, artigo 89 da Lei 8.212/91 com redação da lei 9.129 de 20.11.1995 além dos artigos 247 a 249, 251 e artigo 219, parágrafos 4 e 9. A atribuição da matéria relativa a compensação é exclusiva do titular da unidade, o Delegado da Receita Federal do Brasil em Curitiba, tendo havido

⁵ Acórdão 09-061.578, e-fls 178.

usurpação da atribuição por um integrante da Unidade, que não vem a ser o seu Dirigente.

[e-fls. 179]

Descreve os dispositivos legais que trata sobre a retenção de 11% das empresas prestadoras de serviço, bem como o Parecer PGFN/CAT N°466/2014 e alega que as empresas submetidas à retenção de 11% SOBRE O FATURAMENTO estariam isentas da contribuição previdenciária, posto que a retenção seria forma substitutiva da contribuição devida por prestadores de serviço com cessão de mão de obra.⁶

Alega ter informado ao auditor fiscal a natureza da compensação, apresentando documentação comprobatória do seu direito, tendo direito a créditos decorrentes de compensação não efetuada de retenções anteriores e que de acordo com a legislação tais créditos podem ser compensados em qualquer estabelecimento da empresa cedente de mão de obra e que devido a isto os utilizou a partir de 2010 e que desta forma devem ser considerados válidos.

Informa, ainda, que tal procedimento está de acordo com o previsto na MP 449 convertida na lei 11.941/2009, sendo ainda que tudo devidamente informado em GFIP.

Alega verdadeiro confisco em relação a aplicação da multa de mora, sendo tal reconhecido pelo STF, e caso seja imposta a multa, esta deve ser reduzida para razoáveis e aceitáveis níveis de 20%, requerendo a retificação dos valores aplicados com relação a multa à redução de 50% em todo o período.

Reitera a incompetência da autoridade lançadora em proceder o lançamento e diz que tal compensação não poderia ser atacada via auto de infração de ofício, mas Homologação ou não do direito creditório.

Continua dizendo que, sendo o auto de infração lavrado por pessoa incompetente tal auto é nulo de acordo com o art.59, I do Decreto 70.235, alega ainda, que o confronto entre a FLD e o Relatório Fiscal são conflitantes uma vez que na FLD aponta o código 51 - COMPENSAÇÃO INDEVIDA, artigo 89 da lei 8.212/91 e pelo relatório fiscal ocorreu infração ao artigo 47 da IN 971/2009.

Diz ainda

O relatório fiscal nos seus itens 2.3 e 2.4 aponta apenas que houve reunião com o Representante Legal da Impugnante sobre a natureza da compensação. Referida reunião não foi documentada em ata. Os termos são vagos e não justificam o lançamento ora impugnado. Não existe prova de que o impugnante não tinha sobra de retenções de 11% para utilização na GFIP do 13º salário de 2010. Além das sobras de retenção de 11%, o Impugnante ainda detém créditos decorrentes de decisão judicial nos processos que tramitam perante o TRF da 3ª Região, processos: 0008627-43.2010.4.03.6104, 0014910-79.2010.4.03.6105, 0021214-12.2010.4.03.6100. Em todos estes processos, decisões anexas, o Impugnante foi autorizado a proceder a compensações de contribuições incidentes sobre verbas que foram vertidas e tidas como não exigíveis pela Justiça Federal.

Pede que seja reconhecida a nulidade do lançamento em virtude da incompetência do auditor fiscal em proceder o lançamento, bem como a incompatibilidade do relatório fiscal e relatório de fundamentos legais do débitos - FLD e pela aplicação da multa da glosa de compensação no percentual de 75% quando o correto seria de 20%.

Pede ainda, o acatamento do Parecer da PGFN - PGFN/CAT N°466/2014.⁷

⁶ Acórdão 09-061.578, e-fls 179.

⁷ Acórdão 09-061.578, e-fls 180.

Pede também que seja acatado o direito da Impugnante em proceder à compensação de créditos válidos decorrentes do crédito havido junto aos tomadores de serviço, independentemente de constar tais créditos em GFIP.

Enfim pede que seja dado conhecimento e provimento a presente impugnação para que seja declarada a insubsistência da autuação, por ser medida de direito e da mais lídima.

Da Impugnação do responsável solidário

Alega que jamais poderia figurar como co-responsável pelo suposto débito, conforme arbitrariamente e ilegalmente lançado no aludido auto de infração, uma vez que não existem razões para o lançamento fiscal incluí-lo como, tal haja vista não ser ele sujeito passivo da obrigação tributária.

Ressalta que o auto de infração refere-se a compensação de contribuições previdenciárias declaras em GFIP e que a legislação determina como sujeito passivo o próprio empregador. Assim, somente a empresa estaria inicialmente obrigada ao cumprimento desta obrigação tributária e consequentemente pelo auto de infração, as outras hipóteses onde os sócios e procuradores poderiam ser responsabilizados estão previstas nos artigos 134 e 135 do CTN e não ocorreram no presente caso.

Alega que não existem razões para imputação desta responsabilidade sendo este ato totalmente ilegal e arbitrário e:

"A IMPUGNANTE encontra-se em plenas condições de saldar a dívida nestes autos exigida, não está tentando se esquivar de suas obrigações legais, e nenhum ato foi praticado com abuso de poder ou infração ao disposto no estatuto social da companhia."

Colaciona julgados e alega que a Lei 11.941/2009 revogou o artigo 13 da lei 8.620/93, indo ao encontro do entendimento do STJ, que somente em caso de dolo ou culpa, ou seja a hipótese prevista no inciso III do artigo 135 do CTN os sócios poderiam ser responsabilizados, sendo que a auditoria fiscal não produziu qualquer prova da ocorrência da hipótese legal.

Diz:

Não houve por parte da auditoria fiscal a prova da existência de abuso, fraude de caráter penal, sonegação, uso de testas-de-ferro, condutas dolosas, etc. O fisco não conseguiu provar a ocorrência de qualquer elemento do artigo 135 do CTN, aplicando tese de responsabilidade subjetiva, culpa presumida.

...

A auditoria fiscal não detalha onde, como e quando ocorreu a hipótese de excesso de poderes ou infração de lei, posto que a não entrega de GFIP ou entrega de GFIP sem a informação de todos os fatos geradores de obrigação previdenciária é apenas uma obrigação acessória, que gerou um auto de infração que sequer foi incluído entre os débitos com sujeição passiva solidária.

Assim, alega que não havendo comprovação da prática dos atos com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto a responsabilidade solidária deve ser afastada. Neste sentido cita acórdão do STF em julgamento do RE 562.276 que decide na mesma linha por ele defendida.⁸

⁸ Acórdão 09-061.578, e-fls 181.

Faz considerações acerca da inexistência do ARROLAMENTO DE BENS do responsável, citando o parágrafo 4º do artigo 2º da IN 1171 de 07 de julho de 2011 e conclui que sendo o patrimônio do contribuinte suficiente para satisfação do crédito tributário, a sujeição passiva solidária é imprópria, mesmo antes do juízo de sua admissibilidade.

Pede a improcedência do auto de infração e da responsabilidade solidária, nos termos das razões apresentadas, pelas partes, e pela decisão do STF no julgamento do RE562.276/PR em que foi adotado o procedimento do artigo 543B do CPC, REPERCUSSÃO GERAL, de entendimento também obrigatório pelo CARF;

E por fim, diz que o fisco não comprovou a ocorrência da hipótese do artigo 135 do CTN e que não o fazendo descumpriu os termos da Portaria PGFN 180 de 25 de fevereiro de 2010.

Pede finalmente que sejam julgados em conjunto todos os lançamentos ocorridos na ação fiscal em curso.

3. Os acréscimos possíveis de se divisar no recurso voluntário interposto pelo contribuinte podem ser sintetizados como se segue:

- 3.1. Reiteração da questão sobre questão sobre a competência do auditor-fiscal para conduzir fiscalização com alvo em compensações (e-fls 203).
- 3.2. Argumentação relacionada à exoneração da multa, de 75% para 20%, feita pela decisão de primeira instância. Diz (e-fls 216):

Acolhida a tese que a multa aplicada está incorreta, não pode prevalecer a multa de 20%, porquanto não está fundamentada no lançamento. O lançamento deveria fundamentar a multa nos artigos 35 e 89 parágrafo 9º da Lei 8.212/91 combinado com o artigo 61 da Lei 9.430. A multa que consta do lançamento é de 75% com fundamentação incorreta, artigo 44-I da Lei 9.430. O Julgador não pode aplicar multa que não consta do lançamento, sem fundamentação legal. Aqui é diferente de reduzir a multa qualificada e/ou agravada pela não convalidação dos elementos que viessem a justificar a qualificação ou agravamento.

- 3.3. Sustenta não ter sido observado o rito da compensação indevida previsto na Solução de Solução de Consulta nº 03 Cosit (e-fls 231/232) e pede nulidade da autuação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Sávio Nastureles

DO RECURSO DE OFÍCIO

4. Foi exonerado o montante de **R\$ 1.566.182,85** conforme especificado no demonstrativo de débito anexado aos autos (e-fls 192).

- 4.1. Presentemente, no teor da Portaria MF nº 63, de 2017, o reexame necessário ocorre quando o acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais):

Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais).

§ 1º O valor da exoneração deverá ser verificado por processo.

§ 2º Aplica-se o disposto no caput quando a decisão excluir sujeito passivo da lide, ainda que mantida a totalidade da exigência do crédito tributário.

- 4.2. De acordo com a Súmula CARF 103, para fins de conhecimento de recurso de ofício, aplica-se o limite de alçada vigente na data de sua apreciação em segunda instância.
- 4.3. Considerando que foi exonerado montante inferior ao definido no art. 1º da Portaria MF nº 63, de 2017, não conheço do recurso de ofício.

DOS RECURSOS VOLUNTÁRIOS

5. Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, portanto deles conheço, tanto o interposto pelo contribuinte (e-fls 202/233), como o recurso protocolado pelo responsável solidário (e-fls 262/290).

RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE

6. Como visto, parte substancial da peça recursal interposta pelo contribuinte repete as mesmas argumentações, suscita as mesmas questões e formula os mesmos pedidos constantes na peça impugnatória.
- 6.1. Há uma aparente inovação, no que respeita às alegações relatadas nos subitens 3.1 e 3.3 supra que se traduzem em mero reforço das mesmas questões de cunho procedural trazidas na impugnação e já muito bem analisadas pela decisão de primeira instância.
- 6.2. No que respeita à alegação trazida no subitem 3.2, não há de prosperar, em vista da decisão de primeira instância ter feito a fundamentação clara e precisa concernente ao dispositivo legal aplicado, ao determinar a exoneração da multa de mora de 75% para 20% aplicada no auto-de-infração (glosa de compensação). A multa a ser aplicada nos casos de glosa de compensação, deve respeitar o art. 35 da lei 8212/91, ou seja, 20%.
- 6.3. Com respeito às razões recursais que reputamos idênticas à da peça impugnatória, serão abordadas no item 8 infra do presente voto, à luz do Regimento Interno do CARF.

RECURSO VOLUNTÁRIO DO RESPONSÁVEL TRIBUTÁRIO.

7. A peça recursal apresentada pelo responsável tributário (e-fls 262/290) é absolutamente idêntica à peça impugnatória (e-fls 60/72). Também aplicável o dispositivo do Regimento Interno do CARF como se verá a seguir.

RICARF: ARTIGO 57 § 3º

8. De acordo com o disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas perante a segunda instância administrativa novas razões de defesa nem pelo Contribuinte, e nem pelo Responsável Tributário, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor:

Primeiramente, em relação à Nulidade suscitada por falta de competência da autoridade lançadora, há que se esclarecer que a atividade de lançamento é competência privativa da autoridade administrativa de acordo com o art.142 do CTN.

Estudo da Unafisco define muito claramente a autoridade administrativa a saber:

Este é o artigo, no meu entender, que define quem é a "Autoridade Administrativa" a qual possui o poder-dever de constituição do crédito tributário mediante o lançamento.

A função de confiança que é exercida pelos Delegados das Unidades da SRF, apesar de ser um Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB o ocupante, tal não possui esta atribuição de lançamento do crédito tributário e nenhuma outra que seja atribuição fim da SRF, pois estas são desempenhadas pelos servidores detentores de atribuições específicas e privativas. Se ele não possui esta atribuição, não é portanto, a "Autoridade Administrativa" a que se refere o CTN e demais legislações.

Há ainda que mencionar que, de acordo com o CTN, o que delimita o início da fiscalização é o Termo de Início de Fiscalização lavrado pela autoridade administrativa e não o MPF que é o emitido pelo delegado da unidade.

Sendo assim, a autoridade administrativa com competência de lançamento tributário previsto no CTN é o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil, não restando desta forma qualquer dúvida acerca da afirmação incorreta da impugnante.

Há que se esclarecer ainda que, não é necessária a emissão de MPF para o procedimento de homologação ou não da compensação efetuada desenvolvida pelo SEORT. De acordo com o art. 2º da Portaria RFB 3014/2011 são casos para emissão de MPF:

Art. 2º Os procedimentos fiscais no âmbito da RFB serão instaurados com base em Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e deverão ser executados por Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, observada a emissão de:

I - Mandado de Procedimento Fiscal de Fiscalização (MPFF), para instauração de procedimento de fiscalização; e

II - Mandado de Procedimento Fiscal de Diligência (MPFD), para realização de diligência.

Art. 3º Para fins desta Portaria, entende-se por procedimento fiscal:

I - de fiscalização, as ações que objetivam a verificação do cumprimento das obrigações tributárias, por parte do sujeito passivo, relativas aos tributos administrados pela RFB, bem como da correta aplicação da legislação do comércio exterior, podendo resultar em lançamento de ofício com ou sem exigência de crédito tributário, apreensão de

mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigências de direitos comerciais; e

II - de diligência, as ações destinadas a coletar informações ou outros elementos de interesse da administração tributária, inclusive para atender exigência de instrução processual.

Parágrafo único. O procedimento fiscal poderá implicar a lavratura de auto de infração, a notificação de lançamento ou a apreensão de documentos, materiais, livros e assemelhados, inclusive por meio digital.

Mas para situações em que o lançamento do crédito tributário é consequência tal emissão se faz necessária, como descrito no item I do artigo 3º "podendo resultar em lançamento de ofício..." Assim, não se vislumbra irregularidade no procedimento adotado, havendo competência específica para o desempenho do procedimento fiscal bem como não contém vício de forma em sua feitura.

Continuando a análise, não se vislumbra a ocorrência da decadência do direito do Fisco em efetuar o lançamento para a competência 13/2010. Isto porque o art. 150, §4º do CTN determina que a contagem do prazo se dê em 5 anos a partir da ocorrência do fato gerador, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. No caso ora analisado, o direito da fazenda em constituir o crédito seria extinto a partir de 01/01/2016, sendo a ciência dada ao contribuinte em 17/12/2015 afastou-se desta forma a hipótese da decadência.

No que diz respeito a compensação e posterior glosa, tal instituto é previsto e normatizado na legislação previdenciária no art. 89 da Lei 8212/91, art. 56 a 59 da IN 1300/2012 e no art. 66 da lei 8383/91, abaixo transcritos:

Lei 8383/91

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995) (Vide Lei nº 9.250, de 1995) (grifei)

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

Lei 8212/91

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (grifei)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia -SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extinguí-lo, total ou parcialmente, mediante compensação. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009). (grifos nossos)

IN/RFB 1300/2012

Art. 56. O sujeito passivo que apurar crédito relativo às contribuições previdenciárias previstas nas alíneas "a" a "d" do inciso I do parágrafo único do art. 1º, passível de restituição ou de reembolso, inclusive o crédito relativo à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta (CPRB), poderá utilizá-lo na compensação de contribuições previdenciárias correspondentes a períodos subsequentes. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1529, de 18 de dezembro de 2014)

§ 1º Para efetuar a compensação o sujeito passivo deverá estar em situação regular relativa aos créditos constituídos por meio de auto de infração ou notificação de lançamento, aos parcelados e aos débitos declarados, considerando todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil, ressalvados os débitos cuja exigibilidade esteja suspensa.

§ 2º O crédito decorrente de pagamento ou de recolhimento indevido poderá ser utilizado entre os estabelecimentos da empresa, exceto obras de construção civil, para compensação com contribuições previdenciárias devidas.

§ 3º Caso haja pagamento indevido relativo a obra de construção civil encerrada ou sem atividade, a compensação poderá ser realizada pelo estabelecimento responsável pelo faturamento da obra.

§ 4º A compensação poderá ser realizada com as contribuições incidentes sobre o décimo terceiro salário.

§ 5º A empresa ou equiparada poderá efetuar a compensação de valor descontado indevidamente de sujeito passivo e efetivamente recolhido, desde que seja precedida do resarcimento ao sujeito passivo.

§ 6º É vedada a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, instituído pela Lei Complementar nº 123, de 2006, e o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das

Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996.

§ 7º A compensação deve ser informada em GFIP na competência de sua efetivação, observado o disposto no § 8º. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1529, de 18 de dezembro de 2014)

§ 8º A compensação de débitos da CPRB com os créditos de que trata o caput será efetuada por meio do programa PER/DCOMP ou, na impossibilidade de sua utilização, mediante a apresentação à RFB do formulário constante do Anexo VII desta Instrução Normativa, ao qual deverão ser anexados documentos comprobatórios do direito creditório, e observará o disposto no parágrafo único do art. 26 da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007. (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1557, de 31 de março de 2015)

Art. 57. No caso de compensação indevida, o sujeito passivo deverá recolher o valor indevidamente compensado, acrescido de juros e multa de mora devidos.

Parágrafo único. Caso a compensação indevida decorra de informação incorreta em GFIP, deverá ser apresentada declaração retificadora.

Art. 58. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado.

Art. 59. É vedada a compensação, pelo sujeito passivo, das contribuições destinadas a outras entidades ou fundos.

A compensação é feita quando se tem o direito líquido e certo dos créditos a serem compensados, a impugnante alega ter decisão judicial favorável e que podia fazer tais compensações, bem como que possui créditos de retenções efetuadas pela prestação de serviço.

Primeiramente, em relação a liquidez e certeza só existe direito creditório compensável se for líquido e certo. Um crédito oriundo de um pagamento tido como indevido por tese jurídica bastante contestada judicialmente não é líquido e certo. Só haverá liquidez e certeza depois do trânsito em julgado da respectiva ação judicial ou depois que a Fazenda Pública reconhecer o crédito administrativamente.

Quanto a decisões judiciais o CTN em seu art.170-A veda a compensação de créditos referentes a ações ainda não transitadas em julgado. A saber:

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

(grifos não constam do original)

No mesmo sentido, o art. 74 da Lei nº 9.430/96:

*Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os **judiciais com trânsito em julgado**, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de resarcimento, poderá utilizá-lo na compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão. (Redação dada pela Lei nº 10.637, de 2002) (grifos não constam do original)*

É cabível ainda ressaltar que, os processos judiciais informados pela impugnante continuam sem o trânsito em julgado e que nas decisões proferidas nos três processos constam:

Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido formulado na petição inicial. PROCEDENTE para excluir da base de cálculo da contribuição previdenciária as verbas referentes ao terço constitucional de férias. IMPROCEDENTE quanto à exclusão das horas extras da base de cálculo. **A impetrante poderá realizar a compensação administrativa, após o transito em julgado,** dos valores pagos nos últimos 5 (cinco) anos (período de 10/2005 a 10/2010). A resolução do mérito dá-se nos termos do artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil. (*grifos nossos*)

Assim, ainda que as decisões lhe dessem o direito aos valores compensados e que as ações tivessem transitado em julgado, o que não aconteceu, não constam nos autos documentos comprobatórios do direito creditório que apontam incorreção no lançamento efetuado.

Assim, alegações por parte da impugnante sem documentos comprobatórios, são alegações inócuas não tendo assim o condão de alterar o lançamento ora analisado.

Quanto a multa isolada, a realidade jurídica da recorrente era a não existência de créditos líquidos e certos, como dito anteriormente. Ao declarar que os possuía, declarou fato falso, fato diverso da realidade jurídica. Fez declaração contendo informação diversa da que se esperava, uma vez que se esperava que só declarasse a compensação de créditos líquidos e certos. A ausência da liquidez e certeza dos créditos pode ser comprovada pela compensação de valores discutidos judicialmente e que, ao contrário do informado pela impugnante, não houve autorização judicial para proceder a tal compensação.

Assim o art.89, da Lei 8212/91 diz:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Sobre a falsidade da declaração - falsa é a declaração sobre um fato que não corresponde à realidade ou que não é compatível com o que se esperava que fosse. O que se esperava de um crédito que o contribuinte utiliza para compensar créditos tributários da União? Espera-se aquilo que o CTN exige: que seja líquido e certo, ou seja, que o contribuinte tenha o direito, que o valor compensado corresponda ao realmente pago e que seja aquele reconhecidamente pago incorretamente.

A falsidade na declaração feita pelo contribuinte em meu entendimento foi comprovada e devido a isto é cabível a multa isolada no montante de 150% como prevê o §10º do art. 89 da lei 812/91, não tendo desta forma o julgador administrativo que é vinculado à lei vigente e às normas regulamentares, deixar de aplicá-la por efeito de confisco como requer a impugnante.

A respeito das alegações da contribuinte acerca do relatório fiscal, as bases de cálculo do lançamento foram retiradas das GFIPs da empresa, quando a autoridade lançadora informa que o lançamento refere-se ao não recolhimento das contribuições entende-se na verdade que o não recolhimento provem da compensação declarada

indevidamente em GFIP e que originou uma redução incorreta do valor a recolher de contribuição social à época da declaração.

Outra consideração é que consta no processo, no corpo do relatório fiscal, a planilha demonstrativa dos valores que foram glosados e que serviram de base de cálculo para o lançamento da multa isolada, identificando o CNPJ do estabelecimento, competência, valor compensado e o excedente e a própria impugnação demonstra a compreensão dos fatos, sendo assim não cabe guarida as alegações da contribuinte.

No que diz respeito às multas aplicadas, as folhas 02/09 do processo contem o auto de infração da glosa da compensação, a folha 06 demonstra o Enquadramento legal da Infração, entre os dispositivos é descrito: art. 89, §9º e alterações posteriores da Lei 8.212/91, pois bem, abaixo segue transcrita novamente tais dispositivos:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

...

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Nos casos de glosa de compensação a aplicação da multa de mora deve obedecer ao dispositivo acima transcrita, que remete ao art.35, ou seja, 20% e não os 75% aplicados pela autoridade lançadora.

Sendo assim, cabe razão a contribuinte ao alegar a incorreção na aplicação de 75% de multa, esta deve ser reduzida ao patamar de 20% como previsto na legislação vigente.

Quanto ao efeito de confisco alegado pela impugnante, a aplicação da lei pela autoridade lançadora e julgadora é ato vinculado, não cabendo aqui alegações que sugerem que tais multas extrapolam o limite legal, nesse ponto, há que se salientar que não há notícia de que alguma decisão em repercussão geral tomada pelo STF tenha alterado ou impedido a aplicação do citado art. 89. Conforme dispõe a Portaria Conjunta PGFN/RFB 1/2014, para que a RFB seja vinculada à esse tipo de decisão, é necessário que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a oficie, o que não consta ter sido efetuado.

Quanto ao Parecer PGFN/CAT nº466/2014 que trata sobre o assunto da retenção, a autoridade fiscal aceitou e homologou as retenções declaradas e posteriormente compensadas em GFIP, não sendo necessário desta forma mudança de entendimento, uma vez que foram aceitas as compensações desta matéria, fato comprovado através da tabela intitulada "Quadro 01" contida no relatório fiscal, que a autoridade lançadora demonstra que na competência 01/2006 - mês informado pela

contribuinte como sendo o compensado em 13/2010 - informou os valores de retenção e que tais valores foram aceitos pela autoridade lançadora e aproveitados para abatimento do saldo conforme demonstrado no "Quadro 02".

Em relação a Súmula 52 do CARF, a compensação aqui tratada não é formalizada através de pedido de compensação PERD/COMP, as contribuições previdenciárias possui rito próprio para sua compensação como anteriormente descrito e não carece de autorização para que seja efetuada.

Há ainda que reiterar que a impugnante afirma, exaustivamente, ser ela prestadora de serviços e que devido a isto possui créditos de retenção de 11% sofridas, tendo direito compensatório em qualquer estabelecimento conforme legislação. Pois bem, o que se discute neste processo é o lançamento do crédito e a multa isolada, ambos decorrentes de glosas de compensação de valores declarados em GFIP e NÃO COMPROVADOS pelo contribuinte, como dito anteriormente não basta declarar em GFIP valores a compensar há que SE COMPROVAR O DIREITO CREDITÓRIO, isto a impugnante não fez quando da análise da compensação e nem o fez agora.

Quanto a responsabilidade solidária do Sócio, as alegações não merecem guarida, uma vez que, a compensação recorrente de valores que não existem ou de valores que não são líquidos e certos configuram a hipótese prevista no artigo 135, III do CTN. O conjunto dos elementos probantes descritos no Relatório Fiscal firma a convicção de que houve sim a prática de conduta dolosa dos representantes da empresa em autorizar a compensação de valores com pleno conhecimento da falta de permissão, haja vista a decisão judicial onde, além de só decidir parcialmente o pedido, condicionou a compensação ao trânsito em julgado da ação. Fato ignorado pelo representante legal da empresa.

Regular, portanto, a imputação da responsabilidade solidária do sócio administrador à luz do art. 135 inciso III do CTN

(término da transcrição do voto inserto no Acórdão nº 09-061.578)

CONCLUSÃO

9. Voto por NÃO CONHECER do Recurso de Ofício; por CONHECER do Recurso Voluntário e concordando integralmente com os termos da decisão de primeira instância administrativa, VOTO por rejeitar as preliminares e no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(Assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Relator