



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

Processo n° 10880.726844/2016-45
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-005.522 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de agosto de 2018
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente GP - GUARDA PATRIMONIAL DE SAO PAULO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2011 a 30/11/2011, 01/03/2012 a 31/03/2012, 01/05/2013 a 31/05/2013, 01/11/2012 a 31/01/2013, 01/03/2013 a 31/03/2013, 01/07/2013 a 31/07/2013

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

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 LÍQUIDO 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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e no mérito, negar provimento ao recurso.

(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 recursos voluntários (e-fls 6306/6341; e-fls 6376/6389; e de e-fls 6410/6441) interpostos em face do Acórdão nº **09-061.468** (e-fls 6277/6292), 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 referente a Multa Isolada por compensação com falsidade na declaração, mediante inserção de créditos inexistentes ou insuficientes a título de contribuição para a Seguridade Social apurados no período de 09/2006 a 06/2008 e compensados com os débitos da mesma contribuição de 09/2011 a 05/2013, conforme declarado na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP.

2. Esclareça-se que as razões trazidas nos recursos voluntários do contribuinte (e-fls 6306/6341) e dos responsáveis solidários (e-fls 6376/6389 e de e-fls 6410/6441), 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 no valor de R\$ 39.229.493,47 (trinta e nove milhões, duzentos e vinte e nove mil, quatrocentos e noventa e tres reais e quarenta e

¹ Acórdão 09-061.468, e-fls 6278.

sete centavos) referente a Multa Isolada por compensação com falsidade na declaração, mediante inserção de créditos inexistentes ou insuficientes a título de contribuição para a Seguridade Social apurados no período de 09/2006 a 06/2008 e compensados com os débitos da mesma contribuição de 09/2011 a 05/2013, conforme declarado na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP.

A autoridade lançadora incluiu como responsáveis solidários da obrigação tributária os sócio administradores da autuada no período da infração, de 01/11/2011 a 31/07/2013, Sr. JOSÉ JACOBSON NETO, CPF 643.171.538-15 e (2) BERARDINO ANTONIO FANGANIELLO, CPF 033.467.068-34, por força do disposto no art. 135, inciso III, do Código Tributário Nacional.

Segundo o relatório fiscal o contribuinte foi regularmente intimado e não atendeu a intimação, informou que uma outra ação fiscal estava em andamento e que, por tal motivo, não apresentaria nenhum documento e solicitou a suspensão do procedimento até a conclusão da outra ação. Informou haver grande volume de documentos para ser apresentado em curto espaço de tempo mas não solicitou dilação de prazo.

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).²

O procurador da empresa, segundo relatório fiscal, informou *não dispor do memorial de 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:

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 autuada não apresentou qualquer elemento de prova de constituição 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 requerente indicou o período de 09/2006 a 06/2008. Todavia, no período de

² Acórdão 09-061.468, e-fls 6279.

aquisição dos créditos, verifica-se relevante diferença entre o montante dos créditos disponíveis nos meses indicados e os valores compensados.

Trata-se de utilização de saldo de crédito inexistente, portanto, incapaz de extinguir o crédito tributário regularmente constituído na declaração apresentada (GFIP). Destarte, restou comprovada a má-fé da conduta do sujeito passivo ao arriscar-se a lançar mão de créditos, por ele sabido inexistentes, talvez apostando na inércia do poder fiscalizatório da Administração Fazendária.

Após o relatado a autoridade lançadora disserta sobre os dispositivos que fundamentam a aplicação da multa isolada e completa:

5.3. Verifica-se a prática reiterada de entrega de declaração de compensação de créditos inexistentes, pois o período de compensação estendeu-se de 07/11/2011 a 11/07/2013, envolvendo um total de 53 (cinquenta e três) declarações. Esta conduta configura abuso de direito, caracterizado pela inserção de dados falsos, relativos a crédito de contribuição previdenciária na GFIP. Frisa-se que a autuada praticou os atos reiteradamente por vários meses e em momentos diversos, fatos que comprovam, portanto, a intenção clara do sujeito passivo em falsificar e fraudar o pagamento da contribuição previdenciária.

Informa que pela intenção do contribuinte de iludir a autoridade fazendária, configurou-se em tese, o Crime Contra a Ordem Tributária, conforme lei 8.137/90 e devido a isto foi lavrada a competente Representação Fiscal Para fins Penais.³

Da Sujeição Passiva

Diz a autoridade lançadora:

7.5 Foi lavrado o presente Auto de Infração em nome do sujeito passivo (empresa), que abrange a infração de compensação indevida e consequente Multa Isolada por Compensação Indevida, relativo ao descumprimento das obrigações principais e tem por objetivo identificar a natureza e a origem das contribuições previdenciárias apuradas e devidas pelo contribuinte em epígrafe, bem como explicar a metodologia que se adotou no levantamento dessas, proporcionando ao contribuinte o exercício do direito constitucional da ampla defesa e do contraditório.

7.6 Conforme já, exhaustivamente 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 (sócios-administradores), acima identificados, infringiu a legislação tributária e, em tese, a legislação penal, quando efetuou compensações sem o respectivo suporte legal, declarando nas GFIP relacionadas, no campo "Compensação -Valor Compensado", valores a compensar de retenção não comprovada, com a clara intenção de iludir a administração fazendária.

7.7 Pelas razões expostas, o sócio-administrador é solidariamente responsável com seu patrimônio particular pelos créditos devidos pelo sujeito passivo, referente ao período 07/11/2011 a 11/07/2013, na forma do art. 135 do CTN interpretado pelo Parecer PGFN/CRJ/CAT/nº 55/2009.

A contribuinte foi cientificada através de sua caixa postal eletrônica, tendo dois documentos emitidos e postados pelo auditor responsável, sendo que após a

³ Acórdão 09-061.468, e-fls 6280.

análise constatou-se que a data correta de consideração da ciência do contribuinte é 28/06/2016, conforme folha 5982 do processo.

A interessada apresentou impugnação em 12/07/2016. Abaixo segue síntese das alegações:

Preliminarmente suscita a duplicidade do lançamento em virtude de outro procedimento fiscal no período de 01 a 12/2011 que resultou processo nº10830.727919/2015-10 no valor atualizado de R\$28.297.723,69.

Alega que o procedimento de lançamento da glosa da compensação está equivocado por não atender ao disposto no art.25 da lei 11.457/2007 que *"unificou a Receita Federal do Brasil e excluiu a compensação previdenciária do rito adotado pela Lei 9.430 e Decreto 70.235"*.

Ressalta que a habilitação dos créditos decorrentes de ação judicial ainda não foi normatizada, neste sentido cita o Parecer 11 Cosit de 19/02/2014.

Em relação a multa isolada diz que não pode prosperar visto que tem créditos a compensar regularmente informado em GFIP e que o Crédito da multa isolada foi constituído como reflexo da glosa da compensação do processo 10830.723962/2016-97 devendo o mesmo ser julgado em conjunto com tal processo.

Diz:⁴

"Fica claro ainda a incompetência quanto ao agente que praticou o ato posto que o auto de infração deveria ser feita na forma de NOTIFICAÇÃO pelo titular da Unidade da Receita Federal do Brasil, o seu Delegado e jamais por auditor fiscal sem essa titularidade."

Alega caráter confiscatório da Multa Isolada e diz que esta matéria já foi decidida pelo STF inclusive com repercussão geral e que deve ser obedecido pela Receita Federal do Brasil e pelo CARF, assim cita a Lei nº12.844/13 e o Recurso Extraordinário 582.461/SP

Acusa que o Relatório Fiscal é confuso e que no processo não há nenhum elemento que norteie o entendimento das planilhas e o valor apurado como compensação indevida.

Ressalta que por ser empresa prestadora de serviços de vigilância tem retenção de contribuição social em todas as notas fiscais emitidas pela prestação de serviço e que tal retenção é tratada como substituição tributária, como já decidido pelo STJ e que nesta seara o sujeito passivo da obrigação tributária é o substituto na obrigação, conforme a lei determina, cita ainda a decisão no Recurso Especial 1.036.375/SP do STF.

Desta forma, está convicto de que a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Campinas não poderia ter procedido ao lançamento na forma apresentada.

Transcreve artigos (224 e 302) do Regimento Interno da RFB aprovado pela Portaria MP 203 de 14/05/2012 e afirma:

Ocorreu, portanto, a NULIDADE prevista no artigo 42 do Decreto 7.574 de 29/09/2011 pela ausência de autorização escrita para revisão de lançamento fiscal anterior e também em relação ao artigo 59, I do Decreto 70.235 (são

⁴ Acórdão 09-061.468, e-fls 6281.

nulos os atos e termos lavrados por pessoa incompetente) e também artigo 12 do Decreto 7.574 de 29/09/2011.

A não homologação de compensação informada em GFIP é ato privativo de DELEGADO DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL, não sendo possível o referido procedimento ser de autoria de auditor fiscal integrante do quadro da referida unidade, mas apenas do chefe da unidade, não cabendo sequer designação, é ato privativo.

Alega ainda que o MPF emitido para o procedimento fiscal tem o escopo FISCALIZAÇÃO e de acordo com a portaria 3014/2011 nos casos de revisão interna de declaração não será emitido tal documento.

Ressalta que o lançamento é nulo por ter desobedecido as formalidades para sua feitura e que neste caso é vício formal.

Identifica erroneamente do que se trata o processo (multa isolada e não lançamento referente aos valores não recolhidos das contribuições patronais) e a seguir ressalta que a informação no relatório fiscal da autoridade lançadora, de que as compensações foram feitas e que a empresa não comprovou a existência de tais créditos, carece de fundamento uma vez que o lançamento foi na verdade na forma de arbitramento.

Alega que não foi verificado o faturamento contabilizado, aplicada alíquota de 11% e comparado com os valores informados em GFIP, que possuía os créditos devidamente contabilizados de retenções ainda não utilizadas em períodos anteriores à nova sistemática de compensações trazidas pela lei 11.941/2009 e que a planilha de retenções não foi devidamente confrontada com os registros contábeis, não foi confrontada com as notas fiscais, ainda que por amostragem.⁵

Afirma que:

Ademais, o Impugnante tem também direito a compensação decorrente de liminares concedidas em Mandados de Segurança que autorizaram a referida compensação em razão de recolhimento sobre verbas consideradas como não integrantes do salário de contribuição.

Transcreve por competência os valores que originaram o processo ora analisado e ressalta que o lançamento sequer nomeia os estabelecimentos onde ocorreu a compensação não homologada, não faz alusão às retenções de 11% nas notas fiscais e deixa de considerar que a impugnante possui créditos tributários decorrentes de autorização de compensação nos processos 201061040086271, 2a Vara Federal São Paulo, 201061050149101 4a Vara Federal de São Paulo e 201061000212149 11a Vara Federal de São Paulo e afirma que todos os documentos foram apresentados durante a ação fiscal.

Alega a inexistência da fundamentação legal do débito e reafirma ser a retenção de 11% substituição tributária conforme Parecer PGFN/CAT 135/2009 e 2793/2009 e diz:

Pelo referido parecer, 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.

Como toda a prestação de serviços do IMPUGNANTE tem retenção de 11% discriminada na Nota Fiscal de Prestação de Serviços, ocorreu a substituição tributária, que passa a ser dos tomadores de serviço.

⁵ Acórdão 09-061.468, e-fls 6282.

Afirma que os fatos narrados no relatório fiscal não são verdadeiros pois informou ao auditor a natureza da compensação, apresentando documentação comprobatória do seu direito, tendo direito a créditos decorrentes de compensação não efetuada de retenções anteriores.

Diz:

Ocorre, portanto, que não tendo a IMPUGNANTE utilizado referidos créditos nos anos anteriores, o fez nas competências a partir de 2010 devem os mesmos serem considerados válidos. Com o advento da MP 449 convertida na Lei 11.941 de 27 de maio de 2009, as sobras de retenção deverão ser alocadas em todos os estabelecimentos, sendo que os valores não utilizados deverão ser considerados para as competências seguintes. Este saldo em favor do IMPUGNANTE FOI devidamente informado em GFIP, podendo ser utilizado inclusive em relação ao décimo terceiro salário.

Alega confisco em relação a aplicação da multa moratória e requer a retificação dos valores aplicados com relação à multa de mora, no que tange à redução de 50% em todo o período.⁶

Cita a Súmula CARF nº 52 que dispõe que somente os tributos objeto de compensação indevida formalizada em pedido de compensação ou Declaração de Compensação apresentada até 31/10/2003, quando não exigíveis a partir de DCTF ensejam o lançamento de ofício

Alega que por ser a GFIP confissão de dívida o que se discute é apenas a compensação havida que não pode ser atacada via auto de infração de ofício, mas homologação ou não homologação do direito creditório.

Ressalta que há conflito no relatório fiscal alegando:

Ao mesmo tempo que aponta no item 1 a natureza do Débito como contribuições patronais à Seguridade social devidas pela empresa, incidente sobre o total das remunerações pagas, deixa de informar o salário de contribuição, a apuração das contribuições, o valor devida a título de segurados, o valor devido a t 'título de contribuição ao GILRAT. Não informa as bases de cálculo. Não apura as contribuições, conforme está estabelecido no Mandado de Procedimento Fiscal. Ora, se não apurou é porquanto homologou os valores lançados em GFIP como salário de contribuição.

Tendo homologado a informação dos fatos geradores em GFIP, não resta qualquer outro ato a ser praticado por auditor fiscal da Delegacia Jurisdicionante conforme a PORTARIA MF 203 (DOU 17/05/2012....

Informa novamente que tem créditos a compensar de retenção de 11% do tomador do serviço e que o relatório fiscal não aponta sequer intimação ao Representante Legal do Contribuinte para se manifestar sobre a natureza da compensação, que os termos são vagos e que não justificam o lançamento e que não existe prova de que ela (a impugnante) não tinha sobra de retenções de 11% para utilização em GFIP e que além das sobras ainda detêm créditos decorrentes de decisão judicial nos processos que tramitam perante o TRF da 3ª Região, números 0008627-43.2010.4.03.6104, 0014910-79.2010.4.03.6105, 0021214-12.2010.4.03.6100.

⁶ Acórdão 09-061.468, e-fls 6283.

Alega que tais processos possuem decisões autorizando as compensações e que assim o auto de infração deveria ter sido emitido com EXIGIBILIDADE SUSPENSA e sem aplicação da multa.

Ao final pede o reconhecimento da nulidade do lançamento pela incompetência do auditor fiscal que procedeu a notificação, o acatamento do Parecer da PGFN/CAT N°466/2014 que conclui que a retenção de 11% nas notas fiscais de prestação de serviços é hipótese clara de substituição tributária, que seja acatado seu direito de proceder a compensação de créditos válidos referente as retenções e que seja acatada a impugnação dando-lhe provimento para o fim de alcançar-se declaração de manifesta insubsistência da autuação, por ser medida de direito e da mais lúdima.

Das impugnações dos responsáveis solidários

JOSÉ JACOBSON NETO/BERARDINO ANTONIO FANGANIELLO

Alegam que jamais poderiam figurar como co-responsáveis pelo suposto débito, conforme arbitrariamente e ilegalmente lançado no aludido auto de infração, uma vez que não existem razões para o lançamento fiscal incluí-los como tal, haja vista não serem eles sujeitos passivos da obrigação tributária.⁷

Ressaltam que o auto de infração refere-se a compensação de contribuições previdenciárias declaradas 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 conseqüentemente 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.

Alegam 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."

Colacionam 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

⁷ Acórdão 09-061.468, e-fls 6284.

infração que sequer foi incluído entre os débitos com sujeição passiva solidária.

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

Faz considerações acerca da inexistência do ARROLAMENTO DE BENS dos responsáveis, 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.

Na impugnação do Sr. Berardino, ele alega ainda, que de acordo com a Súmula 435 do STJ, onde redireciona a execução fiscal para o sócio gerente em caso de dissolução irregular da empresa que deixar de funcionar em seu domicílio sem as devidas comunicações aos órgãos competentes, e analisando o art.134, VII do CTN, não há responsabilidade solidária plena .

Alega que além de subsidiária essa responsabilidade (do art. 134 do CTN), o sócio só responde pelo crédito tributário devido pela pessoa jurídica presente os requisitos de liquidação de sociedade de pessoas, ou, impossibilidade de exigência do tributo do contribuinte e/ou atos que intervierem ou pelas omissões de que foram responsáveis.⁸

Ressalta que a responsabilidade solidária não pode ser deduzida de um ato de terceiro, esta deve ser interpretada dentro do sistema jurídico como um todo.

Continua alegando que a Sumula 435 STJ está embasada no art.135, III do CTN, e:

A exemplo do artigo antecedente, aqui, também, afastada se acha a responsabilidade objetiva. a responsabilidade, neste caso, que é pessoal e não solidária, surge apenas de atos comissivos, ou seja, dos atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos de que resultem créditos tributários. Exemplo: contrabando ou descaminho; exploração de atividade não prevista no contrato social etc. A falta de pagamento de tributo declarado, como no caso presente, freqüentemente confundida com a hipótese de infração legal de que cuida o dispositivo sob comento, não enseja a responsabilidade solidária do sócio ou administrador, porque não configura infração legal da qual resultou o tributo. Nesse sentido, aliás, é a súmula 430 do STJ editada recentemente.

Durante as impugnações, ambos reiteram todos os demais argumentos contidos na impugnação da empresa autuada.

Pedem a improcedência do auto de infração e da responsabilidade solidária, nos termos das razões apresentadas 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, dizem 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.

⁸ Acórdão 09-061.468, e-fls 6285.

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

(termina aqui a transcrição do relatório inserto no Acórdão nº 09-061.468)

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

- 3.1. Sustenta não ter sido observado o rito da compensação indevida previsto na Solução de Solução de Consulta nº 03 Cosit (e-fls 6335/6338) e pede nulidade da autuação.
- 3.2. Inconformismo quanto à aplicação da multa isolada de 150% com base na incorreta declaração da GFIP (e-fls 6338/6339)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Antonio Sávio Nastureles

4. Os recursos voluntários são tempestivos e atendem aos demais requisitos de admissibilidade, portanto deles conheço, tanto o interposto pelo contribuinte (e-fls 6306/6341), como os recursos protocolados pelos responsáveis solidários (e-fls 6376/6389 e de e-fls 6410/6441).

RECURSO VOLUNTÁRIO DO CONTRIBUINTE

5. 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.

5.1. Há uma aparente inovação, no que respeita às alegações relatadas no subitem 3.1 que se traduz em mero reforço das mesmas questões de cunho procedimental trazidas na impugnação e já muito bem analisadas pela decisão de primeira instância, não havendo nenhum equívoco ou prejuízo as averiguações levadas a cabo pelo procedimento fiscal que culminou na lavratura do auto-de-infração ora questionado.

5.2. No que respeita à alegação trazida no subitem 3.2, não há de prosperar, em vista da de ter sido configurada a falsidade na declaração apresentada, como muito bem analisado pela decisão de primeira instância.⁹ Também não há de se considerar esta parte diferenciada da peça recursal como novas razões.

5.3. 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 DOS RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS.

6. As peças recursais apresentadas pelos responsáveis tributários são absolutamente idênticas às peças impugnatórias de cada um deles. Também aplicável o dispositivo do Regimento Interno do CARF a que se refere o item subsequente.

⁹ Acórdão 09-061.468, e-fls 6290/6291.

RICARF: ARTIGO 57 § 3º

7. 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 tanto pelo Contribuinte, e nem pelo Responsável Tributário, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor:

Voto¹⁰

A impugnação é tempestiva por isto dela toma-se conhecimento.

Primeiramente a impugnante alega "bis in idem" em relação ao período do procedimento fiscal, em análise verificou-se que as competências coincidentes são 09 e 13/2011, entretanto somente a competência 09/2011 deste processo é conflitante, uma vez que neste processo e no processo 10830.7272919/2015-10 há valor glosado de compensação e que gerou a multa isolada.¹¹

Verificando a GFIP e o processo citado chega-se à conclusão que o valor ora lançado de R\$17.946,57 corresponde, na verdade, a glosa de valores compensados no campo "Compensações", da GFIP e equivalem a compensações de valores diferentes da retenção de 11%. Já no outro processo citado pela impugnante a glosa efetivamente se refere à compensação de valores retidos e lançados no campo "Retenção" da GFIP, portanto, não se trata de "bis in idem", pois são compensações de origens diferentes.

Quanto à nova fiscalização no mesmo período que a impugnante alega não ser possível sem autorização expressa do Delegado da unidade, importa esclarecer que tal autorização foi dada através do MPF nº08.1.90.00-2014-0244-5 conforme informado pela autoridade lançadora na folha 06 do Relatório Fiscal.

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, 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.

¹⁰ Acórdão 09-061.468, e-fls 6287.

¹¹ Acórdão 09-061.468, e-fls 6286.

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.

No que diz respeito a compensação e posterior glosa, a impugnante cita em sua peça impugnatória a lei 11.457/2007 para solidificar seu entendimento de que o procedimento está equivocado, pois bem, o instituto da compensação 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 extingui-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 nosso)

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 ressarcimento 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.¹²

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:

¹² Acórdão 09-061.468, e-fls 6289.

*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 ressarcimento, 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 dos 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 trânsito 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 nosso)*

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, o despacho decisório emitido foi claro ao conceder a contribuinte o direito a restituição dos valores que lhe foram retidos (o que por si só já responde a alegação da impugnante de que os valores retidos não foram considerados) e glosar os valores que o contribuinte não apresentou provas, nem naquela época e nem fez juntar a presente impugnação, não lhe assistindo desta forma razão.¹³

Assim, alegações por parte da impugnante sem documentos comprobatórios, são alegações inócuas não tendo assim o condão de alterar a decisão proferida no Despacho Decisório emitido.

Quanto a multa isolada, que é o objeto deste processo, 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. O que pode ser comprovado pela compensação de valores discutidos judicialmente e que não foi autorizada a compensação pela justiça.

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).

¹³ Acórdão 09-061.468, e-fls 6290.

*§ 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)**.*

Falsa é a declaração sobre um fato que não corresponde à realidade ou que não é compatível com o que se esperava fosse colocado. 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.¹⁴

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 glosa de compensação declarada indevidamente em GFIP e que originou uma redução incorreta do valor a recolher de contribuição social à época da declaração, a glosa da compensação tem o condão de restaurar o valor correto que devia ter sido recolhido.

Outra consideração é que consta no processo, folhas 16/17, 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.¹⁵

No que diz respeito às multas aplicadas, faz-se necessário ressaltar que, ao contrário do que informado pelo impugnante, estas respeitaram integralmente o que dispõe o art. 89 da Lei 8.212/1991, na redação da Lei 11.941/2009, ou seja, o lançamento da glosa sofreu multa de 20% (art. 89, §9º) e a multa isolada foi aplicada à razão de 150% (art. 89, §10).

Da mesma maneira, não há contradição no fato do Relatório Fiscal citar os artigos 20 a 22 da Lei 8.212/1991 e remitar ao art. 89 da mesma lei. Repara-se que no Relatório Fiscal também há citação do art. 89. Ambos relatórios, na verdade, tratam-se de documentos complementares nos termos do art. 486 da Instrução Normativa RFB 971/2009.

Não há que se falar também em confisco, no que diz respeito às multas aplicadas. A uma, porque se tratam das exatas determinações do art. 89 da Lei 8.212/1991. A duas, porque, em sede administrativa, é vedado o afastamento de lei ou ato normativo em vigor ao argumento de inconstitucionalidade (art. 59, Decreto 7.574/2011). Saliente-se, nesse ponto, 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

¹⁴ Acórdão 09-061.468, e-fls 6290.

¹⁵ Acórdão 09-061.468, e-fls 6291.

seja vinculada à esse tipo de decisão, é necessário que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) a officie, o que não consta ter sido efetuado.

Quanto ao Parecer PGFN/CAT nº466/2014 que trata sobre o assunto da retenção, no Despacho Decisório, 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.

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 a multa isolada decorrente de glosa 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 dos Sócios, 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 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 pelos representantes legais da empresa.¹⁶

Regular, portanto, a imputação da responsabilidade solidária dos sócios administradores à luz do art. 135 inciso III do CTN.

Por todo o exposto, votamos pela improcedência da impugnação da empresa autuada e dos responsáveis solidários e pela manutenção do crédito tributário.

(término da transcrição do voto inserto no Acórdão nº 09-061.468)

CONCLUSÃO

8. Concordando integralmente com os termos da decisão de primeira instância administrativa, VOTO por CONHECER dos recursos voluntários para rejeitar as preliminares e no mérito, NEGAR-LHES PROVIMENTO.

(Assinado digitalmente)

¹⁶ Acórdão 09-061.468, e-fls 6291/6292.

Antonio Sávio Nasureles - Relator