



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

Processo n° 18088.720335/2011-51
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2402-003.399 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2013
Matéria GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrentes MUNICÍPIO DE RINCÃO - PREFEITURA MUNICIPAL
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2010 a 31/12/2010

LANÇAMENTO - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

1. Não representa nulidade, no caso de lançamento de glosa de compensação, constar num mesmo documento de constituição a contribuição não recolhida em face da compensação indevida e a multa isolada prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991.
2. A multa de mora prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/1991 na redação dada pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009 é aplicável aos casos de recolhimento espontâneo de contribuições em atraso por parte do contribuinte, não se aplicando ao lançamento de ofício. Portanto, não representa nulidade o lançamento de contribuições indevidamente compensadas sem a incidência da multa de mora prevista no dispositivo mencionado.

Recursos de Ofício Provido e Voluntário não Conhecido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso de ofício, e não conhecer o recurso voluntário.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Tabora Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se do lançamento de contribuições não recolhidas à época em razão de compensações indevidas efetuadas pela autuada, as quais são objeto de glosa na presente autuação.

Segundo o Relatório Fiscal, por meio do processo 0004879-52.2010.4.03.6120, o Município de Rincão impetrou mandado de segurança com pedido de liminar “objetivando obter ordem que declare a inexistência de relação jurídica referente à contribuição previdenciária patronal incidente sobre as remunerações pagas aos segurados empregados a título de a) horas extras, b) terço constitucional de férias e demais verbas de natureza indenizatória/compensatória que não integram o salário do segurado de acordo com o art. 201, 11 da CF/88, cuja contribuição foi considerada indevida a partir do RE 345.458/RS, pelo STF e do Incidente de Uniformização Jurisprudencial do STJ, referente aos períodos de 06/2000 a 06/2010 e subseqüentes”

Atendendo à solicitação da auditoria fiscal, a autuada apresentou os seguintes documentos:

- I - Pasta I – Dos Cálculos: a) Horas extras; b) Terço de Férias; c) Adicional Noturno; d) Adicional Periculosidade; e) Adicional Insalubridade.
- II – Pasta II – Do Direito à Compensação Administrativa.
- III – Pasta III – Legislação Previdenciária.
- IV – Pasta IV – Conclusão – verbas – “MS”. Guias de Recolhimento que originaram as compensações realizadas, Memórias de Cálculos e planilhas das compensações efetuadas e relação dos dirigentes do órgão.

O contribuinte declarou em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, nas competências de maio a dezembro de 2010, que tinha o direito de se compensar de valores pretensamente recolhidos a maior, a título de contribuições previdenciárias que seriam indevidas, sobre as rubricas mencionadas acima e recolhidas nas competências de 04/2000 a 03/2010.

Segundo a auditoria fiscal, estaria decadente o direito de compensação, caso houvesse, dos valores recolhidos entre 04/2000 a 10/2006.

A auditoria fiscal considerou a compensação indevida sob o argumento de que não foi vislumbrado o alegado direito.

Menciona que comprovada a falsidade da declaração apresentada, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual de 150%, que terá como base

de cálculo, o valor total do débito indevidamente compensado, conforme prevêm os §§ 9º e 10º do art. 89 da Lei nº 8.212/1991.

A auditoria fiscal salienta ainda a vedação do direito à compensação antes do trânsito em julgado da ação proposta.

A autuada teve ciência do lançamento em 09/11/2011 e apresentou defesa onde alega que teria direito à suspensão da exigibilidade do crédito (Pasta I).

Entende que teria direito à compensação administrativa sem a anuência do Poder Judiciário (Pasta II).

Apresenta memoriais de cálculo das verbas ditas de natureza indenizatória/compensatória. (Pasta III).

Discorre sobre a inaplicabilidade da aplicação da multa isolada de 150% (Pasta IV).

Apresenta argumentação no que tange à prescrição à luz da Lei Complementar nº 118/2005 que trata da prescrição decenal dos prazos para compensação administrativa conforme jurisprudência pacificada do STJ. (Pasta V).

Menciona jurisprudência STF e STJ a fim de corroborar seus argumentos. (Pasta VI).

Junta também jurisprudência administrativa do antigo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda e decisões judiciais sobre a matéria.

Solicita a desconstituição, a anulação e o cancelamento total dos créditos tributários contidos na autuação, tanto os oriundos da glosa de compensação como a multa isolada, que seja reconhecido o direito à suspensão da exigibilidade do crédito e a homologação das compensações efetuadas por terem sido realizadas de acordo com a jurisprudência do STJ e STF.

Pelo Acórdão nº 14-36.917, a 7ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto anulou o lançamento sob o argumento de que ele teria sido efetivado em desobediência à legislação de regência, extinguindo o crédito tributário sem julgamento de mérito. De tal decisão, a DRJ recorreu de ofício.

Abaixo transcrevo trechos da decisão que anulou o lançamento:

Nesse diapasão, frise-se, o que a glosa dos créditos compensados informados livremente pelo contribuinte em sua guia declaratória das contribuições para a Seguridade Social produz, é, na verdade, a constituição de débitos tributários que deixaram de ser adimplidos em época própria, frente a não homologação, pela fiscalização, dos créditos contra a Fazenda Pública dos quais o contribuinte se disse detentor. Assim, naturalmente, os lançamentos decorrentes das glosas sofrerão as incidências dos consectários legais, bem entendidos os juros e a multa de natureza moratória, destinados a recompor o patrimônio público afetado pela inadimplência tributária promovida pela declaração da compensação não homologada.

Nesse sentido temos na Lei de Custeio da Previdência Social:

Lei nº 8.212/91:

Art. 89. . As contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11, 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.

(...)

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. Incluído pela MEDIDA PROVISÓRIA Nº 449, DE 3 DE DEZEMBRO DE 2008 – DOU DE 4/12/2008.

Por sua vez, o aludido art. 35 é quem preconiza a incidência de juros e multa, ambos de natureza moratória, veja-se:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do art. 11, 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 1996

Por outro lado é possível, também, a aplicação de multa isolada, de natureza punitiva, quando se comprove falsidade na declaração apresentada pelo sujeito passivo. Tal possibilidade é tratada no § 10 do mesmo artigo 89. Mais uma vez, confira-se:

Art. 89 (...)

§ 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 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado

Em resumo temos, no caso de compensações glosadas pelo fisco, os acréscimos legais dos juros e da multa de mora incidentes sobre as contribuições inadimplidas e, em matéria de apenamento, a possibilidade de aplicação da multa, dita isolada, caso se comprove falsidade na declaração do contribuinte.

Teremos, pois, um levantamento constitutivo das contribuições suprimidas em decorrência das glosas das compensações indevidas, acrescido dos juros e da multa de mora, e outro constitutivo da multa isolada, de caráter punitivo, caso se comprove a tal falsidade na declaração.

Ocorre que ao efetuar o lançamento, a autoridade fiscal pretendeu a aplicação da multa postulada no § 10 acima transcrito, sem atentar para o fato de que deveria tê-lo feito à

parte do lançamento constitutivo das obrigações inadimplidas que teriam, por seu turno, os pertinentes juros e multa de mora. Esta constituição 'à parte' é da definição mesma da multa 'isolada', que preconiza que, além da contribuição inadimplida lançada, sobre a qual incidirão os consectários legais, incorreu o contribuinte, também, na hipótese de falsidade da declaração, que deverá ser descrita e demonstrada pela autoridade fiscal, de maneira que o valor total do débito indevidamente compensado se constituirá, por competência em que foi declarado, em base de cálculo da multa aplicada.

Na prática ao efetuar o lançamento verifica-se do seu anexo Discriminativo do Débito – DD que a fiscalização fez incidir sobre a glosa, vale dizer sobre as contribuições suprimidas, uma multa de 150%, para a qual não se encontra previsão legal, posto que a multa aplicável – aqui seria aquela de natureza moratória, de 0,33% ao dia limitada a 20% (art. 61 da Lei nº 9.430/96).

Em decorrência disso o lançamento fiscal ficou sem a multa moratória e com a aplicação equivocada da multa isolada que, da forma como foi feita, passou a fazer parte integrante do mesmo crédito tributário inadimplido, indevidamente.

Deixou-se, pois, de aplicar a legislação pertinente à situação concreta maculando o lançamento com vício de natureza insanável, razão pela qual impõe-se a declaração de sua nulidade.

A autuada teve ciência do acórdão e apresentou recurso voluntário tempestivo onde efetua a repetição das alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

Os recursos de ofício e voluntário atendem os requisitos de admissibilidade para conhecimento.

O recurso de ofício foi apresentado contra o acórdão de primeira instância que anulou o lançamento sob o fundamento de que ele não teria sido efetuado de acordo com a legislação de regência.

Cumprе ressaltar que em face da nulidade apontada pela 7ª Turma da DRJ/Ribeirão Preto não houve análise de mérito. Assim, passo à análise do recurso de ofício para verificar a correção ou não da nulidade decretada pela primeira instância.

Da leitura do acórdão observa-se que a nulidade verificada teve por base o entendimento de que seriam necessários dois lançamentos, um constitutivo das contribuições suprimidas em decorrência das glosas das compensações indevidas, acrescido dos juros e da multa de mora, e outro constitutivo da multa isolada, de caráter punitivo, caso se comprovasse a tal falsidade na declaração.

Além disso, o relator da decisão recorrida informa que a multa aplicável – aqui seria aquela de natureza moratória, a seu ver, a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, que corresponderia ao valor de 0,33% ao dia limitada a 20% (art. 61 da Lei nº 9.430/96), conforme dispõe o § 9º do art. 89, da Lei nº 8.212/1991, acrescentado pela MP nº 449/2008.

A meu ver, não se vislumbra a alegada nulidade pelas razões que se seguem.

O Decreto nº 70.235/1972 dispõe em seu artigo nº 59, as situações de nulidade:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

A decisão recorrida entendeu por anular a totalidade do lançamento em razão da não inclusão da multa prevista no § 9º do art. 89 da Lei nº 8.212/1991. No entanto, nada há que macule a parte do lançamento que corresponde ao principal, ou seja, à glosa da compensação efetuada indevidamente pelo sujeito passivo.

Assim, não se pode confirmar a nulidade vislumbrada pela primeira instância.

Outra ponto que, segundo a decisão recorrida, teria levado à nulidade do lançamento seria o fato de a auditoria fiscal ter efetuado, num mesmo documento, o lançamento das contribuições relativas à compensação glosada e a multa prevista no art. 89, § 10º da Lei nº 8.212/1991 que transcrevo abaixo:

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).

A multa prevista no dispositivo acima, é a multa de ofício prevista no inciso I, do art. 44, da Lei nº 9.430/1996, agravada em razão de falsidade de declaração e o fato de ser denominada no dispositivo como “multa isolada” não significa que necessariamente tenha que ser aplicada em documento separado do lançamento principal.

No âmbito deste Conselho já houve julgamento de processo em que o lançamento contemplava não só a contribuição decorrente da glosa de compensação, como a multa isolada, sem que tivesse se verificado qualquer nulidade no procedimento, caso verificado no julgamento do recurso apresentado nos autos do processo nº 13433.720423/2011-62 que resultou no acórdão nº 2301-003.199, da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária.

Portanto, não pode prevalecer a decisão de nulidade do lançamento pelas razões apresentadas.

Por entender que o recurso de ofício deve ser provido, abstenho-me de tratar do recurso voluntário apresentado pela atuada, em homenagem ao princípio da dupla jurisdição.

Assim, os autos deverão retornar à DRJ/Ribeirão Preto para que analise a defesa quanto ao mérito.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso de ofício e DAR-LHE PROVIMENTO reconhecendo que não há a nulidade apontada na decisão recorrida e para que a defesa do sujeito passivo seja apreciada quanto ao mérito. NÃO CONHECER O RECURSO

Processo nº 18088.720335/2011-51
Acórdão n.º **2402-003.399**

S2-C4T2
Fl. 6

VOLUNTÁRIO haja vista a prejudicialidade consubstanciada no fato de a primeira instância não ter apreciado o mérito em razão da decisão de nulidade.

É como voto.

Ana Maria Bandeira

CÓPIA