



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo n° 10120.721487/2012-05
Recurso Voluntário
Acórdão n° **2401-010.834 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de fevereiro de 2023
Recorrente INDÚSTRIA E COMÉRCIO AUTOMOTIVO REIS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2010 a 31/10/2011

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A teor do inciso III do artigo 151 do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SÚMULA CARF N° 01. MATÉRIA DIFERENCIADA.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial (Súmula CARF n° 1).

ENDEREÇAMENTO DE INTIMAÇÕES DE ATOS PROCESSUAIS NA PESSOA DO PROCURADOR.

Não encontra respaldo legal nas normas do Processo Administrativo Fiscal a solicitação para que a Administração Tributária efetue as intimações de atos processuais administrativos na pessoa e no domicílio profissional do procurador (advogado) constituído pelo sujeito passivo da obrigação tributária. Neste sentido dispõe a Súmula CARF n° 110.

SUSTENTAÇÃO ORAL.

A sustentação oral por causídico é realizada nos termos dos arts. 58 e 59 do Anexo II do RICARF, observado o disposto no art. 55 desse regimento.

JUROS. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE.

Súmula CARF n° 04: A partir de 1° de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Súmula CARF n.º 2. O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. MULTA ISOLADA.

Na hipótese de compensação indevida, comprovada a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, impõe-se a multa isolada prevista no §10 do art. 89 da Lei n.º 8.212, de 1991.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF n.º 28).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, somente quanto às alegações acerca da inaplicabilidade da taxa Selic, confiscatoriedade das multas aplicadas, impossibilidade de aplicação da multa isolada de 150% e representação fiscal para fins penais. Na parte conhecida, por voto de qualidade negar provimento ao recurso voluntário. Vencidos os conselheiros Rayd Santana Ferreira, Matheus Soares Leite e Wilderson Botto que davam provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento a multa isolada de 150% aplicada pela fiscalização (DEBCAD n.º 51.003.536-1). Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite – Relator

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro – Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Wilsom de Moraes Filho, Matheus Soares Leite, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente). Ausente o conselheiro Renato Adolfo Tonelli Junior.

Fl. 3 do Acórdão n.º 2401-010.834 - 2ª Seju/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 10120.721487/2012-05

Relatório

Pois bem. Trata este processo dos Autos de Infração nos 51.003.537-0 e 51.003.536-1, abaixo especificados:

AI n.º 51.003.537-0

Diz respeito a crédito previdenciário decorrente de glosa de compensação indevida, no valor de R\$ 340.447,97, já acrescida de multa de mora de 20% e de juros de mora, referente às competências 05/2010 a 08/2011.

AI n.º 51.003.536-1

Corresponde à penalidade pecuniária 150% sobre o valor total do débito indevidamente compensado, cominada em razão de falsidade de declaração apresentada, ao proceder à compensação, relativamente ao período de 06/2010 a 10/2011, totalizando o montante de R\$ 374.248,76.

De acordo com a autoridade autuante, intimada a apresentar a base legal e memorial de cálculo dos créditos utilizados para compensar os débitos relativos às contribuições previdenciárias, no período de 05/2010 a 08/2010 e 06/2011 a 08/2011, a empresa Indústria e Comércio Automotivo Reis Ltda encaminhou à fiscalização os seguintes documentos:

- a) Certidão de situação do Processo Judicial n.º 3043868.2010.4.01.3500 e cópia da respectiva sentença, na qual se veiculou decisão que julgou parcialmente procedentes os pedidos da parte autora e concedeu a segurança para declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias que antecedem a concessão do auxílio-doença e auxílio-acidente, bem como o direito da impetrante de compensar os valores indevidamente recolhidos a esse título com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 74, caput e §§ 1º e 2º da Lei n.º 9.430/96, com redação dada pela Lei n.º 10.637/02;
- b) Certidão de situação do processo n.º 5346835.2010.4.01.3500 e cópia da sentença prolatada em 26/09/2011, na qual foram julgados procedentes em parte os pedidos e concedida a segurança para que a autoridade impetrada se abstinhasse de exigir o recolhimento de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e 13º salário incidente, assim como reconhecido o direito à compensação, após o trânsito em julgado da sentença, dos valores indevidamente recolhidos com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da Lei 9.430/96, com redação dada pela Lei 10.637/2002); e
- c) Memorial de cálculo onde constam os valores que originaram os créditos compensados.

No entanto, conforme relata o fiscal, ambos os processos, à época da fiscalização procedida na empresa, ainda se encontravam em tramitação, sem ter havido o trânsito em julgado das sentenças, condicionantes à realização da compensação pleiteada.

Ademais, salienta o agente fiscal, que, ao analisar o memorial de cálculo apresentado pela empresa, ficou constatado que a empresa, além de ter utilizado para compensar valores não definitivamente julgados, também teria aproveitado valores que não foram deferidos sequer em decisão de primeira instância, como salário maternidade, férias gozadas e 1/3 de férias.

Quanto à multa isolada de 150%, assinala que, em consonância com o que expôs, ficou comprovada a falsidade na GFIP apresentada pelo sujeito passivo, em razão da inserção, pelo contribuinte, em GFIP, de créditos inexistentes de fato.

Inconformada com a autuação a interessada apresentou instrumento de impugnação (fls. 60 a 87), por meio do qual apresenta suas razões, abaixo sintetizadas:

1. Alega que as parcelas compensadas se referem às contribuições sociais previdenciárias, incidentes sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, a título de aviso prévio indenizado e de 13º salário sobre o aviso prévio indenizado.
2. Sustenta que tais valores foram pagos em circunstâncias em que não há prestação de serviço por parte de seus colaboradores, não se configurando, por conseguinte, a hipótese de incidência prevista no inciso I do artigo 22 da Lei n.º 8.212/1991.
3. Nesse plano, afirma que a exigência do tributo em tela, ofende o princípio da legalidade estrita (art. 150, I, da CF), bem como os históricos legislativo e jurisprudencial, que se curvam para o entendimento de que não incide contribuições previdenciárias sobre verbas pagas em situações em que não há a efetiva prestação de serviço pelo trabalhador.
4. Desta forma, defende que não pode ser compelida ao pagamento da contribuição previdenciária incidente sobre referidas verbas à margem da legislação tributária, bem como impedida de efetuar a compensação das respectivas quantias pretéritas indevidamente pagas.
5. Articula que os artigos 170 e 170-A, do CTN, pressupõem uma modalidade de compensação realizada pelos próprios agentes fiscais a pedido do contribuinte, extinguindo o crédito tributário (já constituído), nos termos do art. 156, II, do CTN, não sendo, portanto, aplicável ao caso concreto.
6. A seu ver, deve ser utilizado, na hipótese presente, o artigo 66 da Lei n.º 8.383/91, aplicável aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, o qual faculta ao contribuinte a possibilidade de utilizar os créditos com a Fazenda Pública, resultante de tributos pagos a maior ou indevidamente, para compensação com débitos vincendos, independentemente de autorização da Administração Pública.
7. Nesse tocante, assinala que não poderia a administração ter vinculado o procedimento de compensação ao trânsito em julgado da decisão, por não ser aplicável ao procedimento defendido.
8. Em outro sentido, sustenta que não há razão nenhuma para a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais, por ocorrência de suposto crime de falsificação de documento público.
9. Segundo a impugnante, as GFIPs foram emitidas de acordo com as disposições estabelecidas nas Leis nos 8.036/1990, 8.212/1991 e legislações posteriores, e as informações nela prestadas demonstram, inequivocamente, a realidade dos recolhimentos de FGTS e das contribuições previdenciárias, vislumbrando-se, assim, a transparência, a pontualidade e a formalização das informações prestadas em GFIP.
10. Além disso, pondera que os créditos tributários são totalmente controversos e que a fiscalização não demonstrou, de forma inequívoca, a intenção de da recorrente de falsificar.

11. Sustenta, ainda, que a conduta de informar em GFIP nada mais é do que uma obrigação acessória do contribuinte, não sendo apta a substituir o lançamento tributário, função primordialmente atribuída ao fisco.
12. Nesse plano, aduz que a autoridade administrativa não poderia, por meio da lavratura do auto de infração, ter constituído o crédito e na forma em que foi feito, sem considerar os documentos apresentados pela impugnante.
13. Advoga no sentido da impossibilidade da utilização da taxa de referência SELIC como taxa de juros moratórios para as multas aplicadas, já que ela não possui natureza indenizatória, própria dos juros moratórios, tratando-se, na verdade, de meio de remuneração.
14. Outrossim, argui que a multa isolada de 150% deve ser afastada, seja por inexistência de indícios de falsidade, seja por se tratar de multa confiscatória, desproporcional e desarrazoada.
15. Alega que os lançamentos feitos em GFIP refletem as apurações de recolhimentos indevidos e amparados por liminar e por sentença parcialmente procedente, comprovando a sua indubitável boa-fé, uma vez que submeteu todas as informações, procedimentos e documentos ao crivo do Judiciário e do próprio Fisco.
16. Nesse passo, considera que deve ser afastada não só a absurda, desproporcional, desarrazoada e confiscatória multa isolada de 150%, como também eventual representação fiscal para fins penais, devendo ser julgado o auto de infração totalmente improcedente.
17. Requer, ao fim, a intimação dos atos na pessoa do seu advogado, a oportunidade de realizar sustentação oral e a realização das diligências necessárias ao deslinde do feito e regularização da fiscalização realizada.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela **Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento**, por meio do Acórdão de e-fls. 219 e ss, cujo dispositivo considerou a impugnação **improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário exigido. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2010 a 31/10/2011

Als nos 51.003.537-0 e 51.003.536-1, de 24/02/2012.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA INFORMADA EM GFIP. LANÇAMENTO FISCAL.

Constatada compensação indevida de contribuição previdenciária informada em GFIP, cabível o lançamento fiscal visando a exigir o crédito tributário pago a menor.

CONCOMITÂNCIA DE LITÍGIO SOBRE O MESMO OBJETO NA ESFERA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL.

Importa renúncia ao julgamento administrativo a propositura de ação judicial com o mesmo objeto.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO.

Verificada a falsidade de declaração indicando crédito tributário inexistente, é aplicável a penalidade pecuniária de 150% sobre o total dos valores compensados indevidamente.

ENTREGA DE GFIP. NATUREZA CONSTITUTIVA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. INCOMPETÊNCIA DA DRJ.

As DRJ não são competentes para apreciar controvérsias relacionadas a Representações Penais Para Fins Penais.

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE NORMAS. INCOMPETÊNCIA DAS DRJ.

As DRJ não têm competência para apreciar argüições de inconstitucionalidade de leis e atos normativos.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 237 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário interposto.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário interposto é tempestivo.

Inicialmente, cumpre esclarecer que enquanto o recorrente tiver a oportunidade de discutir o débito em todas as instâncias administrativas, até decisão final e última, o crédito tributário em questão não deve ser formalizado pela Administração Pública, nos termos do art. 151, III, do CTN.

Portanto, neste momento, em razão do recurso tempestivamente apresentado, o presente crédito tributário está com sua exigibilidade suspensa, o que torna desnecessária a solicitação do recorrente neste sentido.

Sobre os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72, é preciso pontuar o que segue.

Conforme consta na Certidão de e-fl. 25, anexada aos autos, relativa ao Processo n.º 3043868.2010.4.01.3500, verifica-se que o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança, com pedido liminar, objetivando: (i) o direito de não ser compelida ao recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos nos **15 primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados**, bem como a título de **salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3**; (ii) o **direito de efetuar a compensação** dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos **nos últimos 10 anos com a incidência de correção monetária, e juros de mora de 1% ao mês** a partir de cada recolhimento indevido, e **taxa SELIC a partir de 01/01/1996**; e (iii) a determinação para que a autoridade impetrada se abstenha de obstar o exercício dos direitos em tela, bem como de promover, por qualquer meio – administrativo ou judicial -, a cobrança ou exigência dos valores correspondentes à contribuição em debate, afastando-se quaisquer restrições, autuações fiscais, negativas de expedição de

Certidão Negativa de Débitos, imposições de multas, penalidades, ou ainda, inscrições em órgãos de controle, como o CADIN.

Consta, ainda, na referida Certidão, a informação no sentido de que o MM. Juiz deferiu em parte a liminar para suspender, em favor da impetrante, tão-somente a exigibilidade da contribuição previdenciária do empregador sobre os primeiros **15 (quinze) dias de afastamento do empregado, antecedentes à concessão do auxílio-doença e(ou) do auxílio-acidente.**

Ademais, também consta que, em sentença, o MM. Juiz pronunciou a **decadência dos recolhimentos anteriores a 16/06/2005**, ficando extinto o processo, nos termos do art. 269, IV, do CPC; e julgou parcialmente procedentes os pedidos e concedeu a segurança para: (i) reconhecer e declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado nos **15 (quinze) primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença e auxílio-acidente**; (ii) reconhecer e declarar o direito da impetrante de compensar os valores indevidamente recolhidos a esse título com tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, **após o trânsito em julgado e nos termos do art. 74, caput e §§ 1º e 2º da Lei n.º 9.430/96**, com redação dada pela Lei n.º 10.637/02; e (iii) indeferir o pleito da impetrante de não ser compelida ao reconhecimento da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a título **de férias, adicional de férias e salário maternidade (por consubstanciar natureza salarial), bem como de compensação deste tributo.**

Também consta, nos autos, a Certidão de e-fls. 26/27, relativa ao Processo n.º 5346835.2010.4.01.3500, verifica-se que o sujeito passivo impetrou Mandado de Segurança, com pedido liminar, objetivando afastar o recolhimento e compensar valores de contribuição social previdenciária patronal incidente nos seguintes casos: (i) **adicional sobre horas extras**; (ii) **adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência**; (iii) bem como **aviso prévio indenizado e respectiva parcela de 13º salário.**

Consta, ainda, na referida Certidão, a transcrição da parte dispositiva da sentença, conforme *in verbis*:

[...] ISSO POSTO, julgo procedentes, em parte, os pedidos e concedo a segurança para que a Autoridade Impetrada se abstenha de exigir o recolhimento de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e 13º salário sobre o aviso prévio indenizado, e reconheço o direito à compensação, após o trânsito em julgado da presente sentença, dos valores indevidamente recolhidos com quaisquer tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, nos termos da Lei 9.430/96 (com redação dada pela Lei 10.637/2002), corrigidos pela taxa SELIC, a partir do recolhimento, na forma estabelecida na fundamentação desta sentença, observando o prazo prescricional de 5 (cinco) anos a partir do recolhimento indevido para as contribuições recolhidas após 09/06/2005, inclusive (data da entrada em vigor do art. 3º da LC 118/2005). Confirmando a decisão liminar. A execução da sentença far-se-á após o seu trânsito em julgado mediante o lançamento pelo próprio sujeito passivo, dos seus débitos (ou créditos do sujeito ativo) a serem compensados, sujeitos à homologação e à fiscalização pela administração tributária, sem prejuízo do controle judicial superveniente. Reconheço o direito à certidão positiva com efeito negativo relativamente aos créditos reconhecidos nesta sentença e levados à compensação pelas próprias IMPETRANTES, enquanto não houver trânsito em julgado de eventual lançamento de ofício decorrente da não homologação administrativa da referida compensação (art. 74, §§ 2º, 7º e 12, da Lei 9.430/96, redação dada pelas Leis 10.637/2002 e 10.833/2006). Em razão da sucumbência recíproca, condeno as IMPETRANTES nas custas iniciais e a entidade da AUTORIDADE IMPETRADA nas custas finais, das quais é isenta (art. 4º, I, da Lei 9.289/96). Sem condenação em

honorários de advogado (Súmulas 512-STF e 105-STJ, e art. 25 da Lei 12.016/2009). Notifique-se. Sentença sujeita ao necessário duplo grau de jurisdição. R.P.I., inclusive a pessoa jurídica interessada (art. 13 da Lei 12.016/2009). Goiânia, (data e assinatura digital adiante). Ass. Euler de Almeida Silva Júnior-JUIZ FEDERAL.

A propósito, a DRJ expressamente pontuou que, com relação à pretensa não incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos relativamente aos **15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado**, sobre os pagos a título de **aviso prévio indenizado** e de **13º salário sobre o aviso prévio indenizado**, bem como quanto à questão da **compensação das referidas importâncias** e à **aplicação do artigo 170-A do CTN**, o sujeito passivo também as discute, judicialmente, nos autos dos processos n.ºs 3043868.2010.4.01.3500 e 5346835.2010.4.01.3500.

Nesse sentido, a decisão recorrida entendeu que estaria configurada a concomitância da discussão acerca das matérias destacadas, devendo-se observar o que dita o art. 1º, § 2º, do Decreto-Lei n.º 1.737/1979, e o art. 38, parágrafo único, da Lei n.º 6.830/1980, que deixam claro que a propositura, pelo contribuinte, de mandado de segurança, ação anulatória ou declaratória de nulidade de crédito da Fazenda Nacional, importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Pois bem. A existência de ação judicial não impede a tramitação da exigência fiscal no contencioso administrativo, de modo que a renúncia somente ocorrerá quando a ação judicial tiver por objeto “idêntico pedido” sobre o qual verse o processo administrativo (art. 126, § 3º, da Lei n.º 8.213/91). Dessa forma, se a impugnação tratar de matéria diversa da ação judicial, o sujeito passivo terá direito a contencioso administrativo para apreciação da matéria diferenciada. É ver o que diz a Súmula CARF n.º 01, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Dessa forma, constato que há parcial identidade de matérias discutidas no âmbito judicial e na esfera administrativa, e que implica no reconhecimento de renúncia ao contencioso administrativo e o não conhecimento da peça recursal para a apreciação das seguintes matérias: (a) Direito à compensação em relação aos seguintes valores: (a.1) **pagos nos 15 (quinze) primeiros dias aos empregados doentes ou acidentados**; (a.2) **a título de salário-maternidade**; (a.3) **férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço)**; (a.4) **aviso prévio indenizado e sua correspondente parcela no 13º salário**; (b) Exigência do trânsito em julgado para o exercício da compensação prevista no artigo 170-A, do Código Tributário Nacional.

Para além do exposto, esclareço que a presente análise recursal se limitará às seguintes matérias, por serem diversas das preconizadas na ação judicial, a merecerem conhecimento nesta instância recursal: (a) inaplicabilidade da Taxa SELIC; (b) confiscatoriedade da multa aplicada; (c) multa isolada de 150%; (d) representação fiscal para fins criminais.

Por fim, esclareço que a observância de eventual decisão favorável ao contribuinte, transitada em julgado, é de responsabilidade da Unidade da Receita Federal do Brasil, com competência funcional para a execução do presente Acórdão.

2. Do pedido de intimação pessoal do patrono.

O contribuinte, em seu petitório recursal, também protesta pela intimação pessoal de seu patrono, sob pena de nulidade. Para tanto, requer sejam as intimações e notificações

referentes ao presente processo, expedidas em nome do seu advogado para oportuna sustentação oral.

Contudo, trata-se de pleito que não possui previsão legal no Decreto n.º 70.235/72, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal, nem mesmo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), aprovado pela Portaria n.º 343/2015, por força do art. 37 do referido Decreto.

Ademais, o art. 23, incisos I a III do Decreto n.º 70.235/72, dispõe expressamente que as intimações, no decorrer do contencioso administrativo, serão realizadas pessoalmente ao sujeito passivo e não a seu patrono.

A propósito, neste sentido dispõe a Súmula CARF n.º 110, a seguir transcrita:

Súmula CARF n.º 110: No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Por fim, cabe esclarecer que as pautas de julgamento dos Recursos submetidos à apreciação deste Conselho são publicadas no Diário Oficial da União, com a indicação da data, horário e local, o que possibilita o pleno exercício do contraditório, inclusive para fins de o patrono do sujeito passivo, querendo, estar presente para realização de sustentação oral na sessão de julgamento (parágrafo primeiro do art. 55 c/c art. 58, ambos do Anexo II, do RICARF).

3. Mérito.

3.1. Inaplicabilidade da Taxa SELIC.

No tocante à utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados, sua incidência já foi pacificada, conforme Súmula n.º 04, do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF n.º 4. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF n.º 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ademais, sobre a utilização da SELIC no cálculo dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito da repercussão geral (art. 543-B do CPC) e dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), já pacificaram o entendimento no sentido da constitucionalidade e da legalidade da aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários (STF, Tribunal Pleno, RE 582.461/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 18/05/2011 e STJ, Primeira Seção, REsp 879.844/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/11/2009). E, conforme determina o § 2º do art. 62 do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343/2015, a interpretação adotada deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF n.º 152, de 2016)

Dessa forma, entendo que não assiste razão ao sujeito passivo.

3.2. Confiscatoriedade das Multas Aplicadas.

No tocante às arguições de ilegalidade/inconstitucionalidade e confiscatoriedade das multas aplicadas, oportuno observar que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

Dessa forma, entendo que não assiste razão ao sujeito passivo.

3.3. Multa Isolada de 150%.

No tocante à multa isolada no percentual de 150%, em face da compensação indevida, incidente sobre o valor total do débito compensado, nos termos do § 10º, do art. 89, da Lei nº 8.212, de 1991, cabe pontuar que a motivação para a sua aplicação consta da seguinte forma no Relatório Fiscal (e-fls. 21 e ss):

[...] Da Certidão de situação processual referente ao Mandato de Segurança cadastrado sob o n. 30438-68.2010.4.01.3500 verifica-se a interposição de recursos de apelação pela Impetrante e pela Fazenda Nacional recebidos no efeito devolutivo, distribuído à Exma. Sra Desembargadora Federal Maria do Carmo Cardoso, foi intimada a Procuradoria Regional da Republica e os autos aguardam a apresentação de parecer.

Da Certidão de situação processual referente ao Mandato de Segurança cadastrado sob o n. 53468-35.2010.4.01.3500 verifica-se que a Impetrante interpôs recurso de apelação e os autos encontram-se aguardando intimação da UNIÃO FEDERAL.

Considerando que o Art. 170-A do CTN estabelece que apenas é autorizada a compensação dos créditos reconhecidos por decisão judicial transitada em julgado, foi formulada consulta junto ao portal da Justiça Federal de Goiás onde constatou-se que ainda não consta em nenhum dos processos decisão definitiva autorizando a compensação efetuada. (consulta em anexo)

Dessa forma, salvo melhor juízo, pode-se afirmar que a compensação narrada nesta consulta foi efetuada sem qualquer amparo legal e que o caso se amolda nas hipóteses previstas no artigo 74, § 12º, inciso II, “d”, da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, adiante transcritas, *in verbis*:

(...)

Ressalte-se que coube ao Poder Judiciário de primeira instância, ao analisar o pleito, apenas declarar se os créditos são compensáveis, sujeitando a possibilidade do direito de o contribuinte efetuar a compensação somente após o transito em julgado, razão por que o contribuinte ainda não detém o direito de realizar qualquer compensação que lhe tenha sido autorizada nesta mesma sentença.

Ao analisar o memorial de cálculo apresentado pela empresa, verificou-se que a empresa utilizou-se para compensar, valores não definitivamente julgados, e compensou

valores que não foram deferidos sequer em decisão de primeira instância, como salário maternidade, férias gozadas e 1/3 de férias.

A empresa efetuou compensação de contribuições previdenciárias no estabelecimento CNPJ 08.627.847/0001-02, nos meses de 05/2010 a 08/2010 e 06/2011 a 08/2011, apresentando declarações através da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, com informação dos valores no campo “Valor Compensado” assim reduzindo o montante da contribuição previdenciária declarada.”

Portanto, as compensações ocorridas no período de 05/2010 a 08/2010 e 06/2011 a 08/2011, foram objeto de glosa dos valores declarados em GFIP e considerados indevidos.

A GFIP, por força de lei, constitui documento declaratório e de confissão de dívida fiscal, **a empresa ao inserir em documento previsto na Lei nº 9.528, de 10/12/97**, que instituiu a obrigatoriedade das empresas/empregadores, de prestarem informações à Previdência Social por meio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, **créditos que ao final restaram comprovados serem inexistentes de fato, e desta forma, contribuíram para a redução da contribuição social previdenciária devida**, praticou em tese, o ilícito tipificado no Código Penal Brasileiro, art. 297, § 3º, inciso III, do Decreto-lei nº 2.848/40 (incluído pela Lei nº 9.983, de 14/07/00). Informamos que o fato será objeto de comunicação à autoridade competente para a proposição de eventual ação penal – Ministério Público Federal, em relatório à parte - FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO.

(...)

Os valores compensados verificados na auditoria e constantes da planilha acima, competências 05/2010 a 08/2010 e 06/2011 a 08/2011, foram efetuadas com suporte em decisão não transitada em julgado referente aos processos de números: 53468-35.2010.4.01.3500 e 30438-68.2010.4.01.

Uma vez comprovada a falsidade na GFIP apresentada pelo sujeito passivo, em razão da inserção de créditos inexistentes de fato, além da glosa correspondente, foi aplicado a multa isolada de 150% sobre o total do débito indevidamente compensado. Esse procedimento deve ser adotado para as declarações entregues a partir de 04/12/2008, independentemente da competência a que se referir, considerando que o fato gerador da infração ocorreu na data da entrega da GFIP, já na vigência da MP 449/2008 e/ou da Lei nº 11.941/2009.

Desta forma, as contribuições previdenciárias relativas às glosas de compensações indevidas foram lançadas nos seguintes levantamentos distintos, constantes dos Autos de Infração a seguir relacionados:

AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD 51.003.537-0

Levantamento = CG – Glosa de Compensação, código de lançamento CMP - Glosa de compensação com o valor indevidamente compensado na competência da GFIP em questão, sendo:- GC – Glosa de Compensação – para o período de 05/2010 a 08/2010 e 06/2011 a 08/2011.

AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD 51.003.536-1

Levantamento = MI – Multa Isolada, código de lançamento MCF – Multa compensação com falsidade. Não confundir, a multa aplicada no lançamento acima com a multa isolada de 150% aplicável neste lançamento distinto, uma vez que restou comprovada a inserção de créditos inexistentes na GFIP, ou seja, houve compensação com falsidade de declaração. Observar ainda, quanto ao lançamento efetuado no sistema de auditoria fiscal SAFIS, realizado na competência de entrega da GFIP, e apenas para aquelas com data de envio a partir de 04/12/2008.

Em suma, a autoridade fiscal motivou a imposição da multa isolada de 150% sob os seguintes fundamentos: (i) a empresa utilizou-se para compensar, valores não definitivamente julgados, e compensou valores que não foram deferidos sequer em decisão de primeira instância, como salário maternidade, férias gozadas e 1/3 de férias; (ii) a compensação não observou o art. 170-A do CTN, vez que procedido antes do trânsito em julgado de decisão definitiva; (iii) a empresa inseriu em documento previsto na Lei nº 9.528, de 10/12/97, que instituiu a obrigatoriedade das empresas/empregadores, de prestarem informações à Previdência Social por meio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, créditos inexistentes de fato e que contribuíram para a redução da contribuição social previdenciária devida.

A meu ver, os fatos narrados na acusação fiscal, não são motivos suficientes para justificar a existência do elemento subjetivo do dolo de oferecimento de crédito sabidamente inapropriado para a compensação de contribuições previdenciárias.

Embora impedido de realizar a compensação, por força do art. 170-A do CTN, o sujeito passivo atendeu às intimações fiscais, demonstrando haver procedido à compensação com base em créditos que acreditava possuir, objeto, inclusive, de provimentos judiciais que lhe foram parcialmente favoráveis, embora, conforme visto, tenha ocorrido a ressalva no sentido de que a compensação deveria observar o trânsito em julgado da decisão, aspecto não devidamente observado.

A inobservância do trânsito em julgado, por si só, não tem o condão de enquadrar a conduta do contribuinte na hipótese de prestar declaração “com falsidade”, tratando-se de erro procedimental, ausente o dolo de prestar informação falsa, sobretudo por ter demonstrado confiar em sua interpretação jurídica, no sentido de que o art. 170-A do CTN seria destinado apenas ao Poder Judiciário, não sendo óbice que o contribuinte elaborasse seu regular pedido de compensação na via administrativa, tal como entendia. Em outras palavras, a dúvida jurídica no tocante ao procedimento exigido pela legislação não é fundamento suficiente para aplicação de multa sob a alegação de prestar declaração “com falsidade”.

Para além do exposto, o fato de ser indevida a compensação não implica, necessariamente, reconhecer a falsidade da declaração por parte do sujeito passivo.

Conforme visto, o contribuinte demonstrou ter tido parcial êxito nas decisões judiciais, à época, ainda que no curso da ação judicial e antes do trânsito em julgado, mas por força de liminar, o que, a meu ver, denota indício da origem do crédito compensado e que, não obstante ser insuficiente para afastar a acusação fiscal acerca da falta da comprovação da origem dos créditos compensados, entendo que tal fato é suficiente para, atrelado ao contexto do caso concreto, afastar a imposição da multa isolada no percentual de 150%.

Nas hipóteses de controvérsia sobre questões de direito, interpretação ou aplicação da legislação, no âmbito administrativo e/ou judicial, em que há margem razoável para discussão, impõe-se a necessidade de exame mais percuciente da realidade dos fatos e do comportamento do sujeito passivo para atestar com segurança a conduta dolosa de falsidade na declaração de compensação.

A aplicação da multa isolada se legitimaria, por exemplo, nos casos em que o crédito fosse absolutamente inexistente e tivesse sido criado artificialmente para realizar a compensação. No presente caso, a existência do crédito era razoável (embora não comprovada pelo sujeito passivo), ao passo que reconhecida a inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre parte das rubricas questionadas em juízo e, em relação às

demais não abarcadas por pronunciamento judicial favorável, a discussão possui nítido caráter de divergência interpretativa, o que, a meu juízo, reveste o pedido administrativo com o manto da boa-fé e da moralidade, não cabendo acusação de falsidade.

Embora se reconheça que é irrelevante a intenção do agente para a atribuição da a responsabilidade por infrações da legislação tributária (art. 136, do CTN), tem-se que, no caso, as circunstâncias afastam a presunção levantada pela fiscalização de que o contribuinte agiu, deliberadamente, compensando créditos inexistentes, com o intuito de reduzir a imposição tributária.

Ademais, conforme preconiza o art. 112, do CTN, a lei tributária que define infrações, ou lhe comina penalidades, interpreta-se da maneira mais favorável ao acusado, em caso de dúvida quanto à natureza ou às circunstâncias materiais do fato, ou à natureza ou extensão dos seus efeitos.

Nesse sentido, entendo que caberia ao agente fiscal demonstrar, com exatidão, que o contribuinte tinha ciência da falsidade da compensação efetuada, tendo absoluta ciência das circunstâncias narradas, não sendo possível presumir o intuito doloso do recorrente ante a falta de comprovação da origem dos créditos compensados, eis que, o conjunto fático-probatório não conduz a um juízo de certeza no sentido de que o contribuinte tinha ciência e domínio da situação posta, ou seja, de que agiu com dolo.

Vale repetir: deve ser demonstrado e comprovado, no caso concreto, a real intenção do agente para a prática efetuada, ou seja, o elemento subjetivo do dolo, não podendo a acusação se basear em presunções. Não há nos autos, por parte da fiscalização tributária, a comprovação da falsidade exigida na aplicação da multa isolada de 150%, eis que os documentos e as informações trazidos pelo contribuinte eram verdadeiros, só não se prestavam à operação de compensação pretendida na GFIP.

Assim, a dúvida jurídica acerca da interpretação da legislação tributária, concernente à incidência das contribuições previdenciárias sobre determinadas rubricas, atrelada a um erro no procedimento da compensação por meio de GFIP, não pode ter o condão de dar a esta o caráter de declaração falsa.

Cabe destacar: a falta de comprovação da origem dos créditos compensados é motivo suficiente para a glosa da compensação, contudo, não é possível presumir, simplesmente ante essa circunstância, o dolo do sujeito passivo.

Dessa forma, entendo que deve ser cancelada a multa isolada de 150% aplicada pela fiscalização (DEBCAD nº 51.003.536-1).

4. Representação Fiscal para Fins Penais.

Por fim, o sujeito passivo alega que a fiscalização não poderá, em obediência à lei federal e enquanto pendente de julgamento na esfera administrativa do presente contencioso, apresentar representação fiscal para efeitos penais.

A esse respeito, cabe esclarecer que sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

A propósito, já está sumulado o entendimento segundo o qual este Conselho não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes ao Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF n.º 28).

De toda sorte, a representação fiscal para fins penais permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para efetuar seu juízo acerca dos fatos, bem como, conseqüentemente, sobre a conveniência ou não da instauração da persecução penal.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do Recurso Voluntário, somente quanto às alegações acerca da **inaplicabilidade da taxa Selic, confiscatoriedade das multas aplicadas, impossibilidade de aplicação da Multa Isolada de 150% e representação fiscal para fins penais** para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de excluir do lançamento a multa isolada de 150% aplicada pela fiscalização (DEBCAD n.º 51.003.536-1).

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Voto Vencedor

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Redator Designado.

Não obstante as sempre bem fundamentadas razões do ilustre Conselheiro Relator, peço vênia para manifestar entendimento divergente no que se segue.

No caso concreto, as compensações afrontam a vedação legal veiculada de forma clara e inequívoca no art. 170-A do CTN. Além disso, como destacado pelo Relator, os provimentos judiciais continham ressalva expressa no sentido de que a compensação deveria observar o trânsito em julgado da decisão, aspecto não devidamente observado. Logo, o dolo é nítido, não se tratando de mero erro procedimental. Nesse contexto, também não estão preenchidas as hipóteses do art. 112 do CTN.

Destarte, os elementos colhidos pela fiscalização são suficientes para atrair a incidência da multa isolada prevista no §10 do art. 89 da Lei n.º 8.212, de 1991.

Isso posto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso voluntário e, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro