ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10166.721000/2013-31

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

CÓPIA

Processo nº	10166.721000/2013-31
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2401-003.494 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	15 de abril de 2014
Matéria	DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrente	S/A CORREIO BRAZILIENSE
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2011 a 30/11/2012

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUIÇÃO SOBRE FOLHA DE PAGAMENTO - COMPENSAÇÃO - GLOSA DOS VALORES COMPENSADOS INDEVIDAMENTE. - AUSÊNCIA DE TRANSITO EM JULGADO

Correta a glosa dos valores compensados indevidamente, quando realizar o contribuinte compensação de valores cujo direito líquido e certo a compensação não lhe está assegurado.

COMPENSAÇÃO. DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO AO CONTRIBUINTE. PRERROGATIVA DO FISCO DE VERIFICAR A REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. LANÇAMENTO DE VALORES COMPENSADOS INDEVIDAMENTE.

Os contribuintes têm a prerrogativa de efetuar a compensação de valores indevidamente recolhidos, independentemente de autorização, todavia, o fisco deve verificar a correção do procedimento e lançar os valores que tenham sido compensados irregularmente.

Nos termos do art.170-A do CTN 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.

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC - MULTA - PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º CARF: "É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais."

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

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

MULTA ISOLADA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE FRAUDE NO PROCESSO DE COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

Inaplicável a multa isolada de 150% nos casos em que o fisco fundamente a sua imposição apenas na incorreta declaração da GFIP, mormente quando o sujeito passivo detinha decisão judicial que autorizava a compensação após o seu trânsito em julgado.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/2011 a 30/11/2012

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS - APRECIAÇÃO - INCOMPETÊNCIA

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento a multa isolada. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (relatora), que mantinha integralmente a multa e o conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, que somente excluía com relação às parcelas contempladas na decisão judicial. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Igor Araújo Soares.

Elaine Cristina Monteiro E Silva Vieira – Relatora e Presidente (na data da formalização, conforme Ordem de Serviço nº.01/2013 – CARF.)

Igor Araújo Soares – Redator Designado

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

Os presentes Autos de Infração de Obrigação Principal - AIOP, encontram-se assim, distribuídos:

a) **AI DEBCAD Nº 51.027.841-8 (CÓD.GL) ,** no valor de R$ 15.113.871,13 (quinze milhões cento e treze mil oitocentos e setenta e um reais e treze centavos), referente a apuração de valores devidos à Seguridade Social, decorrentes de glosa de compensações indevidamente declaradas em GFIP, o que resultou no não recolhimento, à Seguridade Social, da totalidade dos valores devidos nas competências compreendidas entre 03/2011 a 11/2012 (levantamento GL– Glosa de Compensação).

b) **AI DEBCAD Nº 51.027.842-6 (CÓD MI),** no valor de R$ 17.325.591,31 (dezessete milhões trezentos e vinte cinco mil quinhentos e noventa e um reais e trinta e um centavos), referente a lançamento de Multa isolada aplicada no percentual de 150% sobre o valor indevidamente compensado no período de 03/2011 a 11/2012 (Levantamento MI – Multa Isolada Compensação).

c) **AI DEBCAD Nº 51.027.843-4 (CÓD. RT)**, no valor de R$ 3.457.644,11 (três milhões quatrocentos e cinquenta e sete mil seiscentos e quarenta e quatro reais e onze centavos) referente a lançamento de diferença de contribuição para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213 de 24 de julho de 1991 e daqueles concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (Levantamento RT – Diferença de RAT).

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 5 e seguintes, de acordo com o Relatório Fiscal, o contribuinte procedeu à compensação de débitos previdenciários com valores anteriormente por ele recolhidos a título de contribuições previdenciárias, as quais eram contestadas em ações judiciais por ele propostas (Processos nº 0023813-27.2010.4.01.3400 e 0023811-57.2010.4.01.3400) sem que ainda houvesse qualquer decisão judicial transitada em julgado que lhe fosse favorável.

A fiscalização efetuou consulta aos andamentos processuais no sítio do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e verificou que não houve decisão transitada em julgado nos processos das ações judiciais propostas pela empresa citados acima.

Como o sujeito passivo não possui crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a compensação por ele efetuada foi considerada indevida pela fiscalização, que efetuou a glosa dos valores indevidamente compensados, acrescidos de juros e multa de mora, nos termos do § 9º do artigo 89 da Lei nº 8.212/91, incluído pela Lei nº 11.941/09.

De acordo com o item 7.1 do Relatório Fiscal (fls. 6/7), a fiscalização constatou, em análise às GFIPs apresentadas, que o sujeito passivo efetuou compensações em diversas competências, tendo sido intimada a apresentar diversos documentos, não tendo apresentado, porém, a certidão de trânsito em julgado das ações propostas.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Aplicou-se ainda a multa isolada, nos termos do art. 89, § 10, da Lei 8.212/1991, conforme item 7.2 do Relatório Fiscal (fls.09), por ter o contribuinte apresentado declaração de valores a compensar, mesmo ciente de não possuir qualquer decisão judicial transitada em julgado reconhecendo tais recolhimentos como indevidos, o que comprova o seu intuito doloso e, por conseqüência, a falsidade das declarações apresentadas.

A empresa informou em GFIP e recolheu em GPS as contribuições correspondentes à alíquota RAT de 1%. Entretanto a alíquota que deve ser aplicada ao CNAE 22110 e CNAE Fiscal 5822100 é a de 2%. Desta forma, a fiscalização lançou a diferença de 1% que não foi recolhida pela empresa e nem declarada em GFIP, conforme demonstrado na tabela constante no item 7.3 do Relatório Fiscal (fls.10).

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 19/02/2013, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 21/02/2013.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 401 a 473.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 482 a 495 .

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*
>
> *Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012*
>
> *DEBCAD Nº 51.027.841-8 - GLOSA DE COMPENSAÇÃO*
>
> *DEBCAD Nº 51.027.842-6 - MULTA ISOLADA*
>
> *DEBCAD Nº 51.027.843-4 - DIFERENÇA DE RAT*
>
> *COMPENSAÇÃO. GLOSA. Serão glosados pelo Fisco os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo.*
>
> *MULTA ISOLADA APLICADA SOBRE A COMPENSAÇÃO INDEVIDA Na hipótese de compensação indevida, com falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, sujeita o contribuinte à multa 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.*
>
> *AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. 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, conforme art. 126, § 3º, da Lei no 8.213/91, combinado com o art. 307 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.*
>
> *O curso do processo administrativo terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O julgamento administrativo limitar-se-á à matéria impugnada, distinta da constante do processo judicial.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS. ENCAMINHAMENTO. COMPETÊNCIA. MATÉRIA PENAL Sempre que o Auditor-Fiscal constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, deverá realizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Não é confiscatório a multa exigida nos estritos limites do previsto em lei para o caso concreto, não sendo competência funcional do órgão julgador administrativo apreciar alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS Os efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio e, ainda assim, de ato específico do Secretário da Receita Federal do Brasil. Não estando enquadradas nesta hipótese, as decisões judiciais só produzem efeitos entre as partes envolvidas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

PROVA PERICIAL DESNECESSÁRIA A produção da prova pericial só é cabível quando o julgador administrativo entender que seu convencimento necessita da produção desta prova, não configurando seu indeferimento cerceamento do direito de defesa.

FATOR ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO - FAP.

Se houver discordância quanto ao FAP atribuído pelo Ministério da Previdência Social, a empresa poderá contestá-lo perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, no prazo de trinta dias da sua divulgação oficial.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Discordando dos termos da Decisão a empresa apresentou recurso, fls. 448 a 485, onde colaciona os mesmos argumentos da impugnação, que transcrevemos abaixo:

1. NULIDADE DO AI 51.027.842-6

1.1. A recorrente entende que o **AI DEBCAD 51.027.842-6** é nulo, pois a multa isolada foi aplicada com base em meros indícios, pois a autoridade fiscal registrou que a empresa "apresentou declaração de valores a compensar, mesmo ciente de não possuir decisão

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

judicial transitada em julgado reconhecendo tais recolhimentos como indevidos", o que, a seu entender, "comprova" o intuito doloso da empresa. A mera aparência ou suspeita de má-fé, desacompanhada de qualquer outra prova, não é fundamento que sustente a imposição de multa no patamar de 150%.

1.2. Afirma que o AI não aponta qualquer conduta do recorrente suficiente, por si, a ensejar a aplicação de multa em tal patamar lovecraftiano. O ato administrativo necessita ser fundamentado. O simples fato de indicar e transcrever dispositivos legais não pode ser confundido com fundamentação.

2. A impugnante alega que a doutrina tem entendido que multas elevadas são verdadeiros instrumentos para intimidar os contribuintes de exercerem o direito de pleitear o reconhecimento de seus créditos perante a Fazenda Nacional.

3. Cita doutrina, jurisprudência e decisões do CARF que entende corroborar seu entendimento. Conclui que a multa isolada exigida no AI é totalmente descabida, sendo inconstitucional em face da afronta ao princípio da razoabilidade, se impondo o cancelamento do auto de infração.

4. <u>DO AI DEBCAD 51.027.841-8 – GLOSA DE COMPENSAÇÃO</u>

5. A recorrente alega que é prescindível a autorização judicial ou administrativa para que a compensação tributária seja efetuada antes do trânsito em julgado da decisão, pois tal permissivo já está contido no bojo do art. 66 da Lei nº 8.383/91 e do art. 74 da Lei nº 9.430/96, que prevê a modalidade de compensação denominada sponte própria, de inciativa exclusiva do contribuinte.

6. Não houve violação ao art. 170-A do CTN, uma vez que esta é uma regra que o Legislador dirigiu ao Poder Judiciário e não ao contribuinte.

7. A União exige recolhimento da contribuição previdenciária sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados ou sobre verbas que tenham o nítido caráter indenizatório, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador in abstracto:

8. 1. Importâncias pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio doença ou auxílio-acidente);

9. 2. Valores pagos a título de salário-maternidade;

10. 3. Importâncias pagas a título de férias gozadas;

11. 4. Adicional de férias de 1/3 (um terço);

12. 5. Aviso Prévio Indenizado;

13. 6. 13º Proporcional ao Aviso Prévio indenizado.

14. A impugnante submeteu a controvérsia quanto a malfadada exação ao crivo do poder judiciário, nos processos de Mandado de Segurança nºs. 23811- 57.2010.4.01.3400/DF e 0023813-27.2010.4.01.3400/DF e Ação Declaratória – Rito Ordinário nº 2005.34.00.016739-4/DF.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

15. Cita ainda decisões judiciais que entende corroborar seu entendimento, concluindo que o auto de infração deve ser totalmente cancelado, uma vez que se comprovou a regularidade formal do procedimento de compensação realizado e a existência inquestionável dos créditos vindicados.

16. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

16.1. A impugnante entende que o caso em voga não atrai a incidência de multa isolada no patamar de 150%, conforme já expôs e que ainda não há que se falar sequer em imposição de multa de 75%, por permanecer em patamares absurdos, causando enriquecimento ilícito da União e violando o princípio constitucional do Não-Confisco.

16.2. A fixação do valor pertinente a multa punitiva deve atender tanto aos objetivos da sanção tributária – desestimular as infrações e punir a sonegação – como também aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade de forma a não constituir-se imposição demasiadamente onerosa a ponto de afetar a propriedade do contribuinte, confiscando-a sob o color de tributação. O simples valor da exigência, R$ 17.325.591,31 é suficiente para caracterizar a teratologia. Um terço desse valor já atrairia o descalabro sobre as contas do Impugnante.

17. DO AI DEBCAD 51.027.843-4 – DIFERENÇAS DE RAT

18. A recorrente discorre a respeito da legislação específica da contribuição para o RAT e faz uma longa exposição a respeito da metodologia utilizada para determinação do Fator Acidentário de Prevenção – FAP.

19. Afirma que a metodologia do cálculo do FAP, além de inconstitucional e ilegal, demonstra claramente que o objetivo do governo é apenas aumentar a arrecadação das contribuições previdenciárias, sem se preocupar em incentivar ou não investimentos em saúde e segurança do trabalho.

20. Conclui que a lei que instituiu o FAP é inconstitucional e ilegal ao delegar a competência legislativa para a especificação dos elementos que compõem o tipo tributário, a um órgão administrativo, em afronta ao princípio da estrita legalidade tributária. Que o Fisco lançou o AI com base em legislações ilegais e inconstitucionais, não devendo ser imputado ao contribuinte a majoração da alíquota RAT em razão do FAP, devendo a autuação ser cancelada e julgado improcedente o lançamento.

21. Solicita realização de diligência/perícia técnica, com fulcro no art. 16, IV do Decreto 70.235/72 com redação dada pela Lei 8.748/93, para aferir-se seu correto índice de RAT, justificando sua solicitação pela complexa fórmula de aferição do índice que ora contesta.

22. DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

23. Alega ainda que a Representação Fiscal para Fins Penais não poderá ser encaminhada ao Ministério Público Federal antes de decisão administrativa definitiva. A impugnação, implica nos termos do art. 151, inc. III do CTN, inequívoca suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

24. Portanto deve-se a Representação Fiscal para Fins Penais ser mantida no âmbito desta Secretaria da RFB até final esgotamento da via administrativa, eventual constituição

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

definitiva do crédito tributário e, ainda, após esgotado prazo para o contribuinte pagar e/ou parcelar o tributo.

25. REQUERIMENTOS

25.1.1.1. –Reconheça o recurso para reconhecer as nulidades supramencionadas em relação ao AI 51.027.842-6;

25.1.1.2. Que se dê provimento para reformar os acórdãos referentes a todos os AI lavrados, reconhecendo o direito creditório do recorrente e a legalidade da compensação.

25.1.1.3. seja relevada a multa aplicada em patamar condizente com a realidade dos fatos.

25.1.1.4. seja convocado o recorrente para sustentação oral

25.1.1.5. seja determina a suspensão dos efeitos da representação fiscal.

A DRFB encaminhou o recurso a este conselho para julgamento.

É o relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencido

CÓPIA

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 498 e 499. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Quanto a preliminar de nulidade do AI DEBCAD 51.027.842-6 tendo em vista que a multa isolada foi consubstanciada apenas em indícios, entendo que a pretendida nulidade confunde-se com o mérito do próprio AI, razão pela qual deixo de apreciar a questão, para manifestar-me a seguir propriamente no mérito .

DO MÉRITO AI51.027.841-8 – GLOSA DA COMPENSAÇÃO

Conforme o relatório fiscal, constatou-se pela análise das GFIP e documentos apresentados, que o contribuinte realizou compensações mediante aproveitamento de tributo sem estar amparado pelo recolhimento indevido ou mesmo por ação judicial transitada em julgado.

Note-se que não colacionou o recorrente qualquer ação judicial definitiva que amparasse suas compensações, baseando seu direito em decisões não definitivas e na jurisprudência do STJ em relação a determinadas verbas e pareceres e doutrina esparsa em relação a verbas que compõem o conceito de remuneração.

Aliás esse foi o entendimento descrito pelo julgador, no sentido que como não havia decisão transitada em julgado, considerou-se que não havia crédito líquido e certo em favor do contribuinte, portanto, as compensações foram consideradas indevidas, restando à auditoria fiscal o levantamento do crédito tributário pelo total indevidamente compensado (Glosa de Compensações Indevidas) com base nos artigos 170-A e 170 do CTN e artigo 89 da Lei 8.212/1991, combinada com o artigo 70 da Instrução Normativa RFB nº 900, de 30/12/2008, publicada no Diário Oficial da União – DOU em 31/12/2008.

Com relação ao argumento de realização de compensação nos limites legais, entendo que acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

A autoridade fiscal em seu relatório descreveu que o recorrente descumpriu a norma, posto que realizou compensações sem ter direito a mesma.

Como é cediço, a compensação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, desse modo, caberia à recorrente demonstrar o direito líquido e certo a realizar as compensações, o que não restou demonstrado, tendo em vista que os valores compensados, referem-se a verbas, que não se encontram dentro do rol de exclusão da base de cálculo do § 9º do art. 28da lei 8212/91.

As hipóteses de compensação estão elencadas na Lei n.º 8.212/91, em seu artigo 89, dispondo que a possibilidade restringe-se aos casos de pagamento ou recolhimento

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

indevidos.no âmbito previdenciário. Não ocorreu recolhimento ou pagamento indevidos de contribuições previdenciárias, no presente caso.

> ***Art. 89.*** *Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação alterada pela Lei nº 9.032, de 28/04/95, mantida pela Lei nº 9.129, de 20/11/95 que colocou virgula após a expressão INSS*
> *Parágrafo único. Na hipótese de recolhimento indevido as contribuições serão restituídas, atualizadas monetariamente.*
> *§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95, e mantido pela Lei nº 9.129, de 20/11/95, que passou a identificar o INSS somente pela sigla)*
>
> *§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas "a", "b" e "c", do parágrafo único do art. 11 desta lei. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido pela Lei nº 9.129, de 20/11/95 com as seguintes alterações: 1) identifica o INSS somente pela sigla, 2) acrescenta o artigo "o" antes da expressão "valor"; 3) coloca virgula antes da expressão "do parágrafo")*
>
> *§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência. (Redação alterada pela Lei nº 9.129, de 20/11/95)*
>
> *§ 4º Na hipótese de recolhimento indevido, as contribuições serão restituídas ou compensadas, atualizadas monetariamente. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido pela Lei nº 9.129, de 20/11/95, que inseriu uma vírgula entre as palavras "compensadas" e "atualizadas")*
>
> *§ 5º Observado o disposto no § 3º, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido, com a mesma redação, pela Lei nº 9.129, de 20/11/95)*
>
> *§ 6º A atualização monetária de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo observará os mesmos critérios utilizados na cobrança da própria contribuição. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido, com a mesma redação, pela Lei nº 9.129, de 20/11/95)*

A Lei n ° 8.212/1991 está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, haja vista o próprio CTN dispor em seu artigo 97, VI, que as hipóteses de extinção do crédito tributário, entre essas a compensação e a dação em pagamento, são de estrita reserva legal. Assim, para verificar a possibilidade de compensação há que ser remetido para os permissivos legais.

> ***Art.97*** *- somente a lei pode estabelecer:*
>
> *VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Conforme prevê o art. 89, § 2º da Lei n ° 8.212/1991, somente pode ser compensado nas contribuições arrecadadas pelo INSS os valores recolhidos de forma indevida. Dessa forma, só após a conclusão de serem indevidos tais valores poderia o recorrente valer-se do instituto da compensação. Não há que se falar em aplicação do art. 66 da lei 8383, considerando que a norma que rege as compensações e restituições no âmbito previdenciário é é a lei 8212/91 , contudo, conforme observado ao optar por ingressar em juízo, o recorrente passou ao judiciária a solução da contenda, devendo aguardar a decisão final para só então reivindique o seu direito.

Conforme previsto no art. 170-A do CTN, corroborando o entendimento do STJ (Súmula 212), 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. Assim sendo, ações judiciais pendentes, não são meios hábeis para autorizarem o procedimento de compensação pelo contribuinte.

> *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. *(Acrescido pela Lei Complementar 104/01).*

Dessa forma, não é cabível a homologação da compensação, posto que não deve se considerar que a interpretação dado pelo recorrente acerca da definição do salário de contribuição, ou mesmo por decisões esparsas lhe atribua direito de promover a redução do tributo devido, por meio de compensações muitas vezes cuja decisão preliminar pode ser reformada pelos tribunais superiores, como no presente caso.

NÃO EXIGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES SOBRE AS VERBAS OBJETO DE COMPENSAÇÃO.

Quanto ao argumento de que as verbas que embasaram a compensação não constituírem salário de contribuição de acordo com a jurisprudência, entendo que não cabe aqui sua discussão, já que não foi a natureza da verba que ensejou a lavratura da NFLD, mas a sua compensação em GFIP, sem o devido cumprimento do rito necessário que enseja o lançamento. Ademais, o mérito da incidência de contribuições não pode ser aqui discutido, considerando que levou o recorrente ao judiciário a decisão a respeito do tema.

Confunde-se o recorrente com o objeto da autuação. Observa-se que em momento algum ingressou o auditor no mérito efetivo sobre a incidência de contribuições sobre as verbas, para as quais entende o recorrente, a exigibilidade encontra-se suspensa, sejam elas: quinze primeiros dias de afastamento do empregado por motivo de doença, aviso prévio indenizado, salário maternidade, adicional de 1/3 das férias e férias. Tal fato, é facilmente identificado nas letras "g" e "h" do relatório fiscal, fls. 08.

Apenas com a leitura desse ponto já é possível identificar que o mérito da incidência das contribuições encontra-se sob júdice, mas, para a legislação previdenciária, não pode simplesmente o recorrente por ter ingressado em juízo, e entender não constituir a verba salário de contribuição, realizar a compensação a seu bel prazer.

Conforme dito, o presente lançamento tem por base simplesmente os valores declarados em GFIP como compensação, sem o direito do recorrente a realização a mesma, encontrar-se liquido e certo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Dessa forma, incabível até mesmo apreciar o direito creditório do recorrente, conforme requerido, tendo em vista que ao ingressar em juízo com a demanda, abriu mão o recorrente de discutir tal questão na esfera administrativa.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 1 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

> *Súmula CARF nº 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.*

CÓPIA

MULTA APLICADA

Questiona o recorrente além da multa isolada a aplicação da multa seja a de 20%, seja a de 75%, por ser confiscatória. Primeiro devemos identificar cada uma das multas. Em relação a compensação indevida foi aplicada a multa de mora de 20%, bem como em lançamento apartado multa isolada de 150%, pela indicação de falsidade de declaração pelo auditor fiscal. A multa de 75% refere-se ao lançamento sobre as diferenças de RAT.

Entendo que, não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, ou havendo compensação indevida (sem o efetivo direito líquido e certo, que é o trânsito em julgado), como é o caso, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao principio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de multa e juros, estando os valores descritos no AIOP, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária, conforme bem descrito pela autoridade fiscal em seu relatório. Da mesma forma, aplicou a autoridade fiscal a multa de acordo com o disposto na legislação aplicável, e não poderia deixar de fazê-lo, face ser a atividade vinculada a estrita observância da lei.

Em relação ao questionamento acerca do caráter confiscatório da multa, observamos, que o item 11 do relatório fiscal, foi muito esclarecedor em relação a multa aplicada, qual seja: art. 44 da 9.430/96 face o lançamento de ofício e §9 do art. 89 da lei 8212/91.

Contudo, no que tange ao cálculo da multa, é necessário tecer algumas considerações, face à edição da MP 449, convertida na lei 11.941. A citada MP alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

Entretanto, a MP 449, Lei 11.941/2009, acrescentou o art. 35-A que dispõe o seguinte,

> *"Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996."*

O inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96, por sua vez, dispõe o seguinte:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*
>
> *I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata "*

Com a alteração acima, em caso de atraso, cujo recolhimento não ocorrer de forma espontânea pelo contribuinte, levando ao lançamento de ofício (como no presente caso), a multa a ser aplicada passa a ser a estabelecida no dispositivo acima citado, qual seja, aplicação de multa de ofício de 75%.

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei n ° 8.212/1991: No caso, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

O § 9º do art. 89 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, estabelece que os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata esta Lei.

Os juros de mora defluem de comando legal (art. 34 da Lei nº 8.212/91 e, a partir da MP 449/2008, art. 35 da referida lei). A multa de mora é a prevista no art. 35 da Lei nº 8.212/91, observado o período de vigência.

Contudo, ao observar o auditor a ausência de pagamento e ausência de informação em GFIP, procedeu ao auditor ao comparativo da antiga legislação com a atual, de forma, que se aplicasse a multa mais benéfica ao contribuinte.

Nesse sentido, entendo que a multa imposta, obedeceu a legislação pertinente, não havendo caráter confiscatório na sua aplicação, posto o estrito cumprimento dos ditames legais. Também entendo que, o fato de não ter tido qualquer intenção de fraudar o fisco, argumentando que a ausência de incidência deu-se em função da interpretação de que o questionamento dar rubricas em juízo por não consistiria salário de contribuição, também não afasta a multa imposta, face que a sua aplicação independe da intenção do agente.

Por outro lado também correto o lançamento com a aplicação dos juros SELIC, conforme previsto na legislação acima transcrita.Quanto à cobrança de juros, claro é a aplicação da taxa SELIC pela não recolhimento na época oportuna, inclusive no presente caso, onde constatado a diminuição do recolhimento por meio de compensações indevida. Dessa forma, entendo correto o tratamento dado pelo auditor, tendo promovido o lançamento não apenas como a multa de mora, como com a aplicação de juros SELIC.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

> *É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

base na taxa referencial do Sistema Especial de Liqüidação e Custódia – Selic para títulos federais

Face o exposto não vislumbro qualquer nulidade na decisão recorrida, tampouco os argumentos do recorrente demonstram estar incorreto o lançamento realizado.

DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

Ademais, no tange a argüição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n ° 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à ilegalidade/inconstitucionalidade na multa imposta, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência conforme o fez a autoridade fiscal e ALÍQUOTA RAT , na forma, estabelecida pela legislação.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n ° 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumpre ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº. 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A fiscalização cumpriu este quesito, aplicando a multa após a Lei nº 11.941/2009, demonstrando a aplicação da multa de mora do art. 35 da Lei nº 8.212/91 de

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

0,33% ao dia, limitada a 20%, somada à multa do inciso I do art. 35 da Lei nº 8.212/91, alterada pela Lei nº 11.941/09.

DAS DIFERENÇAS DE RAT - DEBCAD Nº 51.027.843-4

Quanto a argumentação, acerca da inconstitucionalidade da alíquota RAT, e da metodologia de cálculo do FAT, valho-me dos aspectos trazidos acima, acerca da impossibilidade deste colegiado apreciar a inconstitucionalidade de lei, ou mesmo mesmo deixar de aplicá-la.

A forma que a legislação prescreve para o calculo da alíquota RAT, foi bem esclarecido pelo auditor fiscal, conforme descrito no item 7.3 do relatório fiscal, assim, não cabe a empresa se contrapor ao percentual FAP descrito pelo Ministério da Previdência Social nos presentes autos, tendo em vista que existe um rito próprio para os questionamentos acerca da discordância do percentual estipulado por aquele órgão.

Aliás, resumiu-se em seu recurso, o recorrente, a reprisar os mesmos argumentos da impugnação, mesmo depois os esclarecimentos prestados pelo julgador de primeira instância, que no meu entender demonstrou a propriedade do lançamento, sendo correta a decisão proferida, razão pela qual a transcrevo e adoto como razões de decidir:

> Quanto à contribuição a cargo da empresa para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidentes sobre o total das remunerações, o amparo para sua cobrança encontra-se no artigo 22, II, da Lei nº 8.212/1991, e no artigo 202 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n° 3.048/1999.Conforme autoriza o § 3º do artigo 22 da Lei nº 8.212/1991, o enquadramento das empresas para efeito desta contribuição pode ser alterado pelo Ministério da Previdência Social, com base nas estatísticas de acidentes do trabalho, apuradas em inspeção, a fim de estimular investimentos em prevenção de acidentes.
>
> Não procede a alegação da empresa de que o setor na qual ela se inclui é tributado com a alíquota de 1%. A alíquota que deve ser aplicada ao CNAE 22110 e CNAE Fiscal 5822100 é a de 2%, conforme Anexo V do Decreto 3.048/1999, enquanto a empresa utilizou a alíquota de 1%. Desta forma, foram levantadas as diferenças pela fiscalização.
>
> Quanto ao Fator Acidentário de Prevenção – FAP, o mesmo encontra-se disponível no sítio do Ministério da Previdência Social – MPS na Internet, juntamente com as respectivas ordens de freqüência, gravidade, custo e demais elementos que possibilitem a verificação, por parte da empresa, do seu desempenho dentro da sua SubClasse da CNAE, bem como a legislação correlata e dúvidas freqüentes das empresas.
>
> Se houver discordância quanto ao FAP atribuído pelo Ministério da Previdência Social, a empresa poderá contestá-lo perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional da Secretaria de Políticas de Previdência Social do Ministério da Previdência Social, no prazo de trinta dias da sua divulgação oficial. O FAP entrou em vigor a partir da competência janeiro/2010 e está normatizado no Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, atualizado pelo Decreto 6.957/2009. As Portarias interministeriais MPS/MF nºs 329, de 10/12/2009, a de nº 451, de 23/09/2010 e por

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

último a de nº 424, de 24/09/2012 estabeleceram os procedimentos para contestação do FAP.

O Fator Acidentário de Prevenção (FAP) 2012, com vigência em 2013, poderia ter sido contestado administrativamente de 1º de novembro a 4 de dezembro de 2012 , por meio de formulário eletrônico dirigido ao Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional (DPSSO). São analisadas apenas as contestações de possíveis divergências de dados previdenciários que compõem o cálculo do fator.

O art. 5º da Portaria Interministerial MPS/MF nº 424, de 24/09/2012, assim dispõe:

Art. 5º O FAP atribuído às empresas pelo Ministério da Previdência Social - MPS poderá ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional - DPSSO da Secretaria Políticas de Previdência Social - SPPS do Ministério da Previdência Social - MPS, exclusivamente de forma eletrônica, por intermédio de formulário que será disponibilizado na rede mundial de computadores nos sítios do Ministério da Previdência Social - MPS e da Receita Federal do Brasil - RFB.

§ 1º A contestação de que trata o caput deverá versar, exclusivamente, sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP.

§ 2º O formulário eletrônico de contestação deverá ser preenchido e transmitido no período de 1º de novembro de 2012 a 04 de dezembro de 2012.

§ 3º O resultado do julgamento proferido pelo Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional - DPSSO, da Secretaria de Políticas de Previdência Social - SPPS, do Ministério da Previdência Social - MPS, será publicado no Diário Oficial da União, e o inteiro teor da decisão será divulgado no sítio do Ministério da Previdência Social, na rede mundial de computadores, com acesso restrito à empresa.

§ 4º O processo administrativo de que trata este artigo tem efeito suspensivo.

§ 5º Caso não haja interposição de recurso, o efeito suspensivo cessará na data da publicação do resultado do julgamento.

Compete à Secretaria de Políticas de Previdência Social julgar em grau de recurso, ou seja, em segundo e último grau administrativo, as decisões proferidas pelo DPSSO.

A empresa terá o prazo de 30 dias, contados da data da publicação do resultado no DOU, para encaminhar o recurso em segundo grau também por meio de formulário eletrônico. Esses formulários ficam disponíveis nas páginas do MPS e da RFB.

Diante do exposto, **indefiro o pedido de diligência/perícia** com os quesitos formulados pela impugnante, uma vez que a contestação do FAP atribuído à empresa está disciplinado na forma explicitada acima.

Contudo, observa-se que a alíquota ora lançada refere-se a diferença de enquAdramento CNAE, conforme podemos identificar no relatório fiscal, senão vejamos:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *Não procede a alegação da empresa de que o setor na qual ela se inclui é tributado com a alíquota de 1%. A alíquota que deve ser aplicada ao CNAE 22110 e CNAE Fiscal 5822100 é a de 2%, conforme Anexo V do Decreto 3.048/1999, enquanto a empresa utilizou a alíquota de 1%. Desta forma, foram levantadas as diferenças pela fiscalização.*

Ou seja, havendo o enquadramento de acordo com o atribuição do risco pelo código CNAE não caberia a autoridade fiscal outra competência senão o lançamento pelo enquadramento indevido. Não rebate o recorrente o fato do enquadramento previsto na tabela CNAE, mas tão somente a discussão acerca da alíquota do FAT, fato esse explicitado pelo julgador de primeira instância.

No intuito de esclarecer que o objeto da autuação é a diferença de RAT (SAT), e não o valor do FAT, é a planilha à fl. 10 onde o auditor elaborou planilha com coluna indicando o RAT declarado em GFIP e o RAT correto, não havendo diferença entre o FAT declarado e o considerado pela fiscalização.

DA MULTA ISOLADA – DEBCAD 51.027.842-6

Quanto ao questionamento acerca da multa isolada, correto o procedimento adotado pela autoridade fiscal, considerando, que informação em GFIP de compensações realizadas, sem que a empresa encontre-se exercendo direito líquido e certo leva sim, a uma falsa declaração, capaz de ensejar a aplicação da multa prevista no § 10 da lei 8212/91, no patamar de 150%.

Ao contrário de outros processos de compensação, onde a empresa promove as compensações, amparada em decisão judicial definitiva, ou medida liminar, no presente caso, mesmo que se argumente a existência de decisão preliminar parcial, o recorrente extrapolou os limites da referida decisão (já que a fl. 74 encontramos certidão descrevendo que o direito do impetrante à compensação só poderia ser efetivado após o transito em julgado da sentença (art. 170-A do CTN, devendo ser obedecidas as normas dos parágrafos do art. 74 da lei 9430/96 e art. 89 da lei 8212/91), assim, não há como afastar o fato que a empresa realizou as compensações contrariando até mesmo a decisão que ampararia o seu direito.

Deve-se, analisando pontualmente, cada caso concreto, identificar a verba compensada, para só então definir a existência de falsidade de declaração. Note-se que aqui, não exigiu o legislador a demonstração da fraude por parte do agente fiscal, como muito argumentado pelo recorrente, mas a indicação de informação falsa na GFIP, o que no presente caso, entendo comprovado ao inserir em GFIP o direito a compensação quando na verdade não possuía tal direito.

Convém apreciar, inicialmente o dispositivo legal utilizado pela autoridade fiscal para imposição da multa isolada, o § 10 do art. 89 da Lei n.º 8.212/1991:

> *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).*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(...)

§ 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).

(...)

CÓPIA

Entendo que o dispositivo em questão retrata multa diversa da comumente aplicada nos lançamentos de ofício, consubstanciada no art. 44, § 1, conforme transcrito abaixo:

Art. 44. *Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - de 50% (cinqüenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física; (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica. (Incluída pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do ***caput*** *deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do ***caput*** *e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*

Ou seja, o legislador determina a aplicação de multa de 150% quando se trata de falsidade de declaração, sem que no mencionado dispositivo, tenha a autoridade fiscal, mencionado a necessidade de imputação, de dolo, fraude ou mesmo simulação na conduta do contribuinte. Mas, qual o limiar entre a caracterização de simples informação inexata, ou sem

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

que o recorrente tenha legitimidade para exercer naquele momento o direito e a falsidade propriamente dita.

Neste ponto, entendo pertinente transcrever o voto do ilustre Conselheiro Kleber, que tratou com muita propriedade a questão, em processo que tratava da mesma matéria:

> *Verifica-se de início que a lei impõe como condição para aplicação da multa isolada que tenha havido a comprovada falsidade na declaração apresentada. Assim, para que o fisco possa impor a penalidade de 150% sobre os valores indevidamente compensados, é imprescindível a demonstração de que a declaração efetuada mediante a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP contém falsidade, ou seja, não retrata a realidade tributária da declarante.*
>
> *Pesquisando o significado do termo falsidade em http://www.dicionariodoaurelio.com, obtém-se o seguinte resultado:*
>
> *"s.f. Propriedade do que é falso. / Mentira, calúnia. / Hipocrisia; perfídia. / Delito que comete aquele que conscientemente esconde ou altera a verdade."*
>
> *Inserindo esse vocábulo no contexto da compensação indevida é de se concluir que se o sujeito passivo inserir na guia informativa créditos que decorrentes de contribuições incidentes sobre parcelas integrantes do salário-de-contribuição, evidentemente cometeu falsidade, haja vista ter inserido no sistema da Administração Tributária informação inverídica no intuito de se livrar do pagamento dos tributos.*
>
> *Vale ressaltar que legislador foi bastante feliz na redação do dispositivo encimado, posto que utilizou-se do art. 44 da Lei n. 9.430/1996 apenas para balizar o percentual de multa a ser aplicado, não condicionando à aplicação da multa à ocorrência das condutas de sonegação, fraude e conluio, definidas respectivamente nos artigos 71, 72 e 73 da Lei n. 4.502/1964.*
>
> *Esse opção legislativa serviu exatamente para afastar os questionamentos de que a mera compensação indevida não representaria os ilícitos acima, nos casos em que o sujeito passivo tivesse declarado corretamente os fatos geradores, posto que não se poderia falar em sonegação ou fraude fiscal.*

Contudo, não há que se confundir fraude com falsidade, tendo em vista que se o legislador, quisesse atribuir a mesma natureza as duas penalidades, teria simplesmente determinado a aplicação do art. 44, § 1º da 9430,

Assim, analisando a limitação proposta pelo teor da decisão judicial e os termos utilizados pela legislação aplicável a matéria, entendo que NÃO POSSUÍA O RECORRENTE DIREITO LÍQUIDO E CERTO A COMPENSAÇÃO, POSTO QUE ATÉ A DATA DO LANÇAMENTO, NÃO HAVIA decisão que amparasse seus fundamentos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Observa-se que essa mesma fórmula legislativa foi utilizada na redação atual do art. 18 da Lei n. 10.833/2003, a qual trata da imposição de multa isolada em razão da não homologação da compensação dos outros tributos administrados pela RFB. Eis o dispositivo:

> ***Art. 18.*** *O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º A multa isolada a que se refere o* ***caput*** *deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso I do* ***caput*** *do art. 44 da Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*
>
> *(...)*

De se concluir que na imposição da multa isolada, relativa à compensação indevida de contribuições previdenciárias, a única demonstração que se exige do fisco é a ocorrência de falsidade na GFIP apresentada pelo sujeito passivo, como no presente caso. Ao apreciarmos o mérito, muito destacamos a inexistência de direito líquido de certo.

Da atitude do recorrente de descrever valores em GFIP, diminuindo o valor do montante da contribuição previdenciaria devida, correto o procedimento da autoridade Fiscal que aplicou a multa de 150% sobre o valor indevidamente compensado, conforme previsão do § 10 do art. 89 da Lei n.º 8.212/1991, haja vista que a falta de pagamento das contribuições decorrera de processo compensatório em que a empresa flagrantemente violou os termos da decisão judicial que dera ensejo ao seu direito.

Em seu recurso o sujeito passivo alega que a multa isolada é improcedente, posto que não atuou com dolo, nem tentou ludibriar o fisco, haja vista que declarou as compensações na GFIP, contudo verifica-se que a *condição legal para aplicação da multa isolada que tenha havido a comprovada falsidade na declaração apresentada.*

> *Observa-se que essa mesma fórmula legislativa foi utilizada na redação atual do art. 18 da Lei n. 10.833/2003, a qual trata da imposição de multa isolada em razão da não homologação da compensação dos outros tributos administrados pela RFB. Eis o dispositivo:*
>
> ***Art. 18.*** *O lançamento de ofício de que trata o art. 90 da Medida Provisória nº 2.158-35, de 24 de agosto de 2001, limitar-se-á à imposição de multa isolada em razão de não-homologação da compensação quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*
>
> *(...)*
>
> *§ 2º A multa isolada a que se refere o* ***caput*** *deste artigo será aplicada no percentual previsto no inciso I do* ***caput*** *do art. 44 da Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 23/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

> *indevidamente compensado. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)*
>
> *(...)*

Veja-se que aí também foram excluídas as referências aos crimes tributários tipificados nos artigos 71,72,e 73 da Lei n. 4.502/1964. Da mesma forma, a Lei n. 9.430/1996 é invocada como parâmetro exclusivamente para quantificar o percentual de multa a incidir sobre os valores indevidamente compensados.

Diante da situação descrita no presente processo justifica-se a imposição da multa isolada no patamar de 150% das contribuições indevidamente compensadas. O que buscou o legislador, no meu entender, foi criar norma capaz de impedir que o contribuinte lance mão de interpretações totalmente elásticas de decisões dos tribunais, para valer de forma indevida de entendimento no intuito de reduzir o montante da contribuição devida.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS.

Por último, quanto a representação Fiscal para fins penais, a mesma acompanha o presente processo, até sua constituição definitiva, considerando, inclusive que o crédito objeto deste lançamento também encontrar-se com a exigibilidade suspensa até a decisão definitiva.

Lembramos apenas, que o mérito da representação encontra-se fora da alçada deste Conselho, considerando inclusive a existência de súmula a qual abaixo transcrevo:

> *Súmula CARF nº 28:*
>
> *O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.*

Novamente, a posição e esclarecimentos trazidos pelo julgador foram correto, não tendo o contribuinte apresentado qualquer novo elemento que altere a decisão ali proferida com relação a este item. Transcrevo trecho da citada decisão, no ponto pertinente.

> *No caso presente, a fiscalização apenas informa que as situações descritas nos Autos de Infração configuram, em tese, CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, previsto no art. 337-A, inciso I do Código Penal e, portanto, serão objeto de REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS, com comunicação à autoridade competente para providências cabíveis.*
>
> *A formalização de RFFP está, pois, de acordo com o artigo 1º da Portaria RFB nº 665, de 24/04/2008, publicada no DOU de 28/04/2008, vigente à época:*
>
> *Art. 1º Os Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil deverão formalizar representação fiscal para fins penais, perante o Delegado ou Inspetor-Chefe da Receita Federal do Brasil responsável pelo controle do processo administrativofiscal, sempre que no exercício de suas atribuições identificarem situações que, em tese, configurem crime*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

relacionado com as atividades da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

A esse respeito, cabe esclarecer que não compete a este órgão julgador apreciar razões pertinentes a essas representações e nem se manifestar quanto ao seu encaminhamento ou não ao Ministério Público pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de jurisdição do domicílio tributário do contribuinte.

Vale transcrever a Súmula nº 28 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), que possui efeito vinculante em relação à administração tributária federal, nos termos da Portaria nº 383, de 12/07/2010, do Ministério da Fazenda, publicada no DOU de 14/07/2010:

Súmula CARF nº 28:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Dessa forma, não cabe a este órgão administrativo proceder qualquer análise nesta seara.

Nos termos do artigo 151, III do CTN, o crédito tributário objeto deste processo está, neste momento, com sua exigibilidade suspensa, em razão da interposição da impugnação tempestiva pelo sujeito passivo.

CONCLUSÃO

Pelo exposto voto pelo CONHECIMENTO do recurso, para no mérito NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO em relação aos DEBCADS Nº 51.027.841-8 , Nº 51.027.842-6 E Nº 51.027.843-4

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto Vencedor

Conselheiro Igor Araújo Soares – Redator Designado

Em que pesem os sempre bem lançados votos da Em. Relatora, ouso dela divergir no presente caso no que se refere ao lançamento da multa isolada pela compensação indevida, esta no patamar de 150% dos valores glosados.

Conforme constou no relatório fiscal da infração, o único motivo considerado pela fiscalização para aplicação da multa de forma agravada, com fundamento no art. 89, §10º da Lei .8.212/91, foi o de que a recorrente pleiteou a compensação de valores que discutia judicialmente em ação não transitada em julgado, sem possuir ordem que lhe permitisse efetuar a compensação na forma em que realizada.

E para tanto fora lavrado o Auto de Infração n. 51.027.842-6, especificadamente para a cobrança de referida multa.

Inicialmente, ressalto que tenho entendimento no sentido de que várias verbas objeto de compensação a título de crédito por parte da recorrente devem ser consideradas como verbas sobre as quais de fato não incidem as contribuições previdenciárias, em razão de sua evidente natureza indenizatória e não remuneratória. São elas o (i) 1/3 constitucional de férias, a (ii) remuneração de segurados em auxílio-doença e complemento do auxílio-acidente nos 15 primeiros dias de afastamento e o (iii) salário-maternidade.

No entanto, em virtude da ação judicial impetrada, tal discussão não será o objeto de análise no presente caso, em respeito ao teor da Súmula n. 01 do CARF.

Sobre o assunto, o que se faz necessário pontuar é que se tratam de verbas cuja incidência da contribuição previdenciária é amplamente discutida e debatida nas esferas administrativa e judicial, existindo, precedentes favoráveis ao pleito da recorrente junto ao Poder Judiciário, sobretudo neste próprio Conselho de Contribuintes.

Apenas a título ilustrativo, cito alguns deles, relativamente a cada uma das verbas em análise.

- **Afastamento nos 15 primeiros Dias e 1/3 de férias.**

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. ***Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o aviso prévio, ainda que indenizado, por configurarem verbas indenizatórias. Precedentes do STJ.***

2. Agravo regimental não provido.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

(AgRg no AREsp 231.361/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, ***DJe 04/02/2013)***

- **Da mesma forma, no que se refere ao auxílio-acidente, confira-se:**

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. PRECEDENTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1002932/SP. OBEDIÊNCIA AO ART. 97 DA CR/88.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Consolidado no âmbito desta Corte que nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (em 9.6.2005), somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

2. Precedente da Primeira Seção no REsp n. 1.002.932/SP, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, que atendeu ao disposto no art. 97 da Constituição da República, consignando expressamente a análise da inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 118/05 pela Corte Especial (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

3. Os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.

4. Não incide contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 relativo às férias (terço constitucional). Precedentes.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1217686/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011)

Quanto a incidência sobre os valores do adicional de 1/3 de férias:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ***CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PRETÓRIO EXCELSO****.*

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

1. A Primeira Seção do STJ considerava legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

2. Entendimento diverso foi firmado pelo STF, a partir da compreensão da natureza jurídica do terço constitucional de férias, considerado como verba compensatória e não incorporável à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.

3. Realinhamento da jurisprudência do STJ, adequando-se à posição sedimentada no Pretório Excelso, no sentido de que não incide Contribuição Previdênciária sobre o terço constitucional de férias, dada a natureza indenizatória dessa verba. Precedentes: EREsp 956.289/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 10/11/2009; Pet 7.296/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 10/11/2009.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1123792/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 17/03/2010)

- **Salário- Maternidade**

*RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. **SALÁRIO-MATERNIDADE** E FÉRIAS USUFRUÍDAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA QUE NÃO PODE SER ALTERADA POR PRECEITO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE CARÁTER RETRIBUTIVO. AUSÊNCIA DE INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO DO TRABALHADOR. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARECER DO MPF PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE E AS FÉRIAS USUFRUÍDAS.*

1. Conforme iterativa jurisprudência das Cortes Superiores, considera-se ilegítima a incidência de Contribuição Previdenciária sobre verbas indenizatórias ou que não se incorporem à remuneração do Trabalhador.

2. O salário-maternidade é um pagamento realizado no período em que a segurada encontra-se afastada do trabalho para a fruição de licença maternidade, possuindo clara natureza de benefício, a cargo e ônus da Previdência Social (arts. 71 e 72 da Lei 8.213/91), não se enquadrando, portanto, no conceito de remuneração de que trata o art. 22 da Lei 8.212/91.

3. Afirmar a legitimidade da cobrança da Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade seria um estímulo à combatida prática discriminatória, uma vez que a opção pela

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

contratação de um Trabalhador masculino será sobremaneira mais barata do que a de uma Trabalhadora mulher.

4. A questão deve ser vista dentro da singularidade do trabalho feminino e da proteção da maternidade e do recém nascido; assim, no caso, a relevância do benefício, na verdade, deve reforçar ainda mais a necessidade de sua exclusão da base de cálculo da Contribuição Previdenciária, não havendo razoabilidade para a exceção estabelecida no art. 28, § 9o., a da Lei 8.212/91.

5. O Pretório Excelso, quando do julgamento do AgRg no AI 727.958/MG, de relatoria do eminente Ministro EROS GRAU, DJe 27.02.2009, firmou o entendimento de que o terço constitucional de férias tem natureza indenizatória. O terço constitucional constitui verba acessória à remuneração de férias e também não se questiona que a prestação acessória segue a sorte das respectivas prestações principais. Assim, não se pode entender que seja ilegítima a cobrança de Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional, de caráter acessório, e legítima sobre a remuneração de férias, prestação principal, pervertendo a regra áurea acima apontada.

6. O preceito normativo não pode transmudar a natureza jurídica de uma verba. Tanto no salário-maternidade quanto nas férias usufruídas, independentemente do título que lhes é conferido legalmente, não há efetiva prestação de serviço pelo Trabalhador, razão pela qual, não há como entender que o pagamento de tais parcelas possuem caráter retributivo. Consequentemente, também não é devida a Contribuição Previdenciária sobre férias usufruídas.

7. Da mesma forma que só se obtém o direito a um benefício previdenciário mediante a prévia contribuição, a contribuição também só se justifica ante a perspectiva da sua retribuição futura em forma de benefício (ADI-MC 2.010, Rel. Min. CELSO DE MELLO);

dest'arte, não há de incidir a Contribuição Previdenciária sobre tais verbas.

8. Parecer do MPF pelo parcial provimento do Recurso para afastar a incidência de Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade.

9. Recurso Especial provido para afastar a incidência de Contribuição Previdenciária sobre o salário-maternidade e as férias usufruídas.

(REsp 1322945/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27/02/2013, DJe 08/03/2013)

E em havendo o reconhecimento, sobretudo da justiça, no sentido de que sobre tais verbas não incide a contribuição previdenciária, já se vislumbra a possibilidade de que sobre tais pagamentos virão os contribuintes a se insurgir, questionando a sua natureza jurídica e se realmente são ou não verbas sobre as quais deve incidir a contribuição previdenciária. Pessoalmente, somente por este motivo, diante da ampla discussão jurídica,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

entendo que sobre tais valores não deva incidir a multa pela compensação indevida, pelo simples fato do contribuinte insurgir-se quanto ao seu pagamento em decorrência de sua natureza.

Em continuidade, ressalto que tais considerações se fazem necessárias em decorrência da imputação ao caso da multa de 150% pela compensação tida por indevida, consoante preceito do § 10 do art. 89 da Lei n.º 8.212/1991, adotado como fundamento de sua aplicação. Vejamos:

> *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).*

O dispositivo aponta para o termo *"falsidade na declaração apresentada pelo sujeito passivo"*, sobre o qual passo a tecer os seguintes comentários.

Sobre o assunto, consoante definição contida no Dicionário Aurélio, vejamos o que há de se entender por falsidade:

> *"s.f. Propriedade do que é falso. / Mentira, calúnia. / Hipocrisia; perfídia. / Delito que comete aquele que conscientemente esconde ou altera a verdade."*

Ou seja, para que se considere a falsidade na declaração apresentada, esta deve conter uma informação apresentada pelo contribuinte que de forma consciente procura esconder ou alterar a verdade dos fatos. Ou seja, da leitura de referido conceito, verifica-se a necessidade de estar presente no caso uma ação dolosa por parte do agente do falso, no sentido de ludibriar o destinatário da informação.

Assim, a meu ver, o que caracteriza a fraude no ponto de vista tributário e a falsidade na declaração em casos como o presente é presença da efetiva existência na ação/omissão do contribuinte da figura do dolo ou má fé na prática do ato junto à administração tributária. O dolo não se configura pela simples vontade de obter um resultado ou atingir uma finalidade. A vontade de fraudar é indispensável para associar a consciência de realizar à conduta descrita no tipo.

Para Cezar Roberto Bitencourt: "*Dolo é a consciência e a vontade de realização da conduta descrita em um tipo penal (*Teoria do Delito**,** 2° edição revista, RT, São Paulo, 2000, p. 127).

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Álvaro Villaça Azevedo esclarece que o dolo é comportamento voluntário, intencional e específico de induzir alguém ao erro. A fraude "*é o dolo em sentido mais estrito, é comportamento malicioso para causar dano a outrem, ou a particular qualificação do engano, constituindo a mais específica e extrema aplicação do conceito de engano, contrapondo-se ao estado genérico de má fé*". (Negócio Jurídico. Atos Jurídicos Lícitos. Atos Ilícitos, p. 203.)

Ainda quando se fala em fraude, há que se relembrar que tal atitude importa na existência de atos jurídicos distintos, um aparente e outro encoberto. Aquele aparente, apesar de conformar-se com a letra da lei traz em si um vício de vontade caracterizado pela divergência entre a vontade interna e a declarada, sendo esta intencionalmente não verdadeira. O ato encoberto consiste no fato gerador propriamente dito, "alinhado" portanto com a vontade interna.

Pois bem, diante das breves explanações, aponto, desde já, que não é o simples indeferimento do pedido de compensação formulado que justifica a aplicação da multa por compensação indevida em razão da existência de falsidade na declaração apresentada, ainda mais num caso em que o motivo ao seu indeferimento foi tão somente o de que a recorrente não possuía ação própria transitada em julgado ou mesmo qualquer autorização de compensação das verbas que questiona em sua ação.

Não houve, por exemplo, qualquer apontamento do fiscal sobre pedido de compensação de créditos inexistentes, não acompanhados de comprovação de pagamentos, em valores totalmente divergentes aos declarados, etc, ou seja, não houve o apontamento no presente caso de qualquer atitude da parte interessada que pudesse caracterizar que sua declaração de compensação contivesse qualquer informação falsa.

Ademais, há de se considerar que o pedido de compensação efetuado é tido seja pela administração tributária, como pelo Poder Judiciário, como instrumento de efetiva confissão de dívida, de modo que, ao fazer uso do instituto, o contribuinte irá declarar valores ao fisco que efetivamente entende por devidos, todavia, defendendo que não existe a obrigação de seu pagamento, em virtude da existência de direito de crédito em face do próprio ente arrecadador.

Logo, ao fazer uso do seu direito de compensação, a parte interessada obrigatoriamente deverá informar o seu débito junto ao fisco, juntamente com os valores de crédito que entende possuir.

Fato é que o valor de crédito obrigatoriamente só existe se da mesma existir um pagamento efetuado a maior e tido por qualquer das partes como indevido.

Pois bem, no caso dos autos, verifica-se que o contribuinte declarou o débito devido ao fisco, apontando possuir créditos decorrentes do anterior pagamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre valores creditados a funcionários a título de:

a) adicional (1/3) sobre férias gozadas;

b) remuneração de segurados em auxílio-doença e complemento do auxílio-acidente; auxílio-doença e licença gestante previstos em Convenção Coletiva de Trabalho;

c) horas extraordinárias;

e) adicional noturno;

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

f) adicionais de periculosidade e insalubridade;

g) abonos;

h) parcela do descanso semanal remunerado decorrente de horas extraordinárias e adicional noturno;

i) indenizações 50% na rescisão do contrato de experiência e por morte;

j) salário-maternidade;

k) auxílio-funeral;

l) verbas decorrentes de acordo coletivo.

CÓPIA

Logo, justificou o seu pedido de compensação no fato de que tais verbas não poderiam ser consideradas como base de cálculo das contribuições previdenciárias, adotando, para tanto, fundamentos de natureza jurídica sobre o seu caráter indenizatório.

O indeferimento do pedido de compensação deu-se simplesmente pela divergência do fisco na interpretação jurídica dada aos casos de não incidência e ausência de autorização de compensação de tais verbas, de modo que, tenho que tal situação, por si só, não justifica a existência de falsidade na declaração apresentada pelo contribuinte, apta a justificar a imposição da multa de 150% pela compensação indevida, sobretudo em razão do contribuinte possuir a garantia constitucional de peticionar ao poder público elaborando pedido, informação, reclamação sobre fato, ou direito decorrente de interesse próprio. É por meio deste direito que é dado ao particular a faculdade de reivindicar e exigir soluções. E o Poder Público, em contrapartida, não pode se furtar ao recebimento e ao conhecimento o pedido e muito menos impor sanções por unicamente não aprovar o requerimento realizado.

Tanto é assim, que por anos a fio várias são as teses discutidas e por vezes os entendimentos vem sendo modificados em favor do contribuinte, sobretudo no que se refere as verbas sobre as quais a recorrente alegou possuir direito de crédito.

Dessa forma, em se tratando de mera discussão jurídica, donde não se depreende que tenha o recorrente agido com fraude ou mesmo de modo a inserir em sua declaração de compensação qualquer informação falsa ou divergente da realidade, não vislumbro que existe uma situação na qual pretendeu a parte encobrir qualquer fato mediante o uso do dolo na declaração do falso.

Ante todo o exposto, pedindo vênias a Eminente Relatora, voto no sentido de **DAR PROVIMENTO** ao recurso para excluir, em sua totalidade, a multa isolada objeto do AI 51.027.842-6.

É como voto.

Igor Araújo Soares

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por AMARILDA BATISTA AMORIM, Assinado digitalmente em 25/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 por IGOR ARAUJO SOARES
Impresso em 30/03/2015 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA