ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 10166.730381/2012-68
CÓPIA

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

Processo nº	10166.730381/2012-68
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2401-003.504 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	15 de abril de 2014
Matéria	DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrente	SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA DEPARTAMENTO REGIONAL DO DISTRITO FEDERAL
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2009 a 30/11/2011

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 efetuarem 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.

Existindo ação judicial que ampare o direito do recorrente deveria o mesmo ater-se aos limites da referida decisão, que determinava inclusive o respeito ao art. 170-A do CTN, que descreve: "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."

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

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

sujeito passivo detinha decisão judicial que autorizava a compensação após o seu trânsito em julgado.

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.

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

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/2009 a 30/11/2011

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.

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

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.

CÓPIA

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

Os presentes Autos de Infração de Obrigação Principal - AIOP, referentes aos períodos de 08/2009 a 11/2011, encontram-se assim, distribuídos:

a) **AI DEBCAD Nº 51.012.153-1,** no valor de R$ 19.974.288,76 (dezenove milhões, novecentos e setenta e quatro mil, duzentos e oitenta e oito reais e setenta e seis 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 08/2009 e 11/2011 (levantamento GL– Glosa de Compensação Indevida).

b) **AI DEBCAD Nº 51.012.155-1,** no valor de R$ 20.785.385,42 (vinte milhões setecentos e oitenta e cinco mil trezentos e oitenta e cinco reais e quarenta e dois centavos) referente a lançamento de Multa isolada aplicada no percentual de 150% sobre o valor indevidamente compensado no período de 08/2009 a 11/2011 (Levantamento MI – MULTA ISOLADA).

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 18 e seguintes, o contribuinte procedeu à compensação de débitos previdenciários com valores anteriormente por ele recolhidos a título de contribuições previdenciárias, as quais eram contestadas em ação judicial por ele proposta (Processo nº 2009.34.00.024063-0) sem que houvesse decisão judicial transitada que lhe fosse favorável.

Como o sujeito passivo não possui crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, a compensação por ele efetuada é indevida, não restando outra alternativa a fiscalização a não ser efetuar 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.

O crédito apurado neste Auto de Infração foi lançado no levantamento GL– Glosa de Compensação Indevida e foi apurado de acordo com os valores declarados em GFIP no campo "Valor Compensado".

Ademais, consta, na própria sentença e na Certidão de Objeto e Pé apresentadas pela empresa (anexo III), que o MM. Juiz Federal Substituto da 9ª Vara/SJDF, ao julgar o Mandado de Segurança impetrado pela empresa, assim decidiu "... Em face do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, para afastar a cobrança da contribuição previdenciária... assegurando o direito à compensação tributária nos moldes do art. 170-A do CTN e dos artigos 44 a 48 da IN RFB nº 900/2008..." (grifo nosso)

Aplicou-se ainda a multa isolada, nos termos do art. 89, § 10, da Lei 8.212/1991, acrescentado pela MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009, em face de a empresa ter apresentado GFIP contendo informação sabidamente falsa, originada de crédito inexistente, no montante de 150% dos valores indevidamente compensados. Esta multa foi aplicável apenas em relação a GFIP entregue a partir de 04/12/2008, independentemente da competência a que se referir, uma vez que o fato gerador da infração ocorre na data da entrega da GFIP.

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

No presente caso, o sujeito passivo apresentou declarações (GFIP relativas às competências 08/2009 a 11/2011) com informação de valores a compensar. Tais valores correspondiam às contribuições previdenciárias por ele recolhidas anteriormente, mas que estão sendo contestadas em ação judicial por ele proposta, sem que ainda houvesse qualquer decisão judicial transitada em julgado que lhe fosse favorável.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 27/11/2012, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 29/11/2012.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 175 a 218.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 336 a 347 .

> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*
>
> *Período de apuração: 01/08/2009 a 30/11/2011*
>
> *DEBCAD Nº 51.012.153-5 - GLOSA DE COMPENSAÇÃO DEBCAD Nº 51.012.155-1 - MULTA ISOLADA 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.*
>
> *JUROS DE MORA. TAXA SELIC. PREVISÃO LEGAL.*
>
> *As contribuições previdenciárias em atraso estão sujeitas à incidência de juros moratórios equivalentes à taxa Selic, em virtude de previsão legal expressa.*
>
> *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 confiscatoria a multa exigida nos estritos limites do previsto em lei para*

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 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.

INTIMAÇÃO DO ADVOGADO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. INDEFERIMENTO.

O domicílio tributário do sujeito passivo é o endereço fornecido pelo próprio contribuinte à Receita Federal do Brasil (RFB) para fins cadastrais.

Dada a inexistência de previsão legal, há que ser indeferido o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Discordando dos termos da Decisão a empresa apresentou recurso, fls. 351 a a 398, onde colaciona os mesmos argumentos da impugnação, que transcrevemos abaixo:

1. DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA- Apesar do relatório fiscal indicar que os créditos apontados pela impugnante nas declarações de compensação serem decorrentes da Medida Judicial nº 2009.34.00.024063-0, ainda pendente de análise no Judiciário, os valores apontados no AI são absolutamente estéreis e sua exigência é desprovida de qualquer fundamento legal, sobretudo em razão da imunidade conferida pela Constituição Federal à recorrente. Discorre sobre a isenção que entende ter o SESI direito por ser uma entidade beneficente de assistência social, de caráter educacional, cultural, de lazer, desporto e saúde, sem fins lucrativos. Cita jurisprudência que entende corroborar seu entendimento, inclusive acórdão do CARF – Acórdão 2401-002.594.

2. DA EXISTÊNCIA DE DECISÃO QUE AMPARA A COMPENSAÇÃO - A sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2009.34.00.024063-0 não só acolheu em parte a segurança pleiteada pelo recorrente, no sentido de reconhecer a inexigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados, mas reconheceu, ainda, o direito à compensação de todo o montante que havia sido indevidamente recolhido até então. Nota-se, destarte, que o Magistrado de primeiro grau (decisão confirmada ampliada pelo TRF) houve por bem aplicar o entendimento sedimentado no STJ, segundo o qual não devem compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias os valores pagos pela empresa a título de afastamento por auxílio/acidente nos 15 primeiros dias.

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

3. - Não há razão para que o contribuinte, que recolheu valores com base em uma lei eivada de vício e cuja matéria encontra-se pacificada, seja pela Doutrina ou pela Jurisprudência, seja impedido de realizar as compensações devidas, independentemente de trânsito em julgado da sentença. Se a matéria é pacífica no STJ, não seria razoável que a demanda proposta pela impugnante tivesse que se submeter ao trânsito em julgado para que fossem validadas as compensações realizadas. Os valores compensados são apenas dos recolhimentos efetuados com base em norma declarada ilegal, não havendo qualquer provimento jurisdicional capaz de modificar tal circunstância, motivo pelo qual a controvérsia, ora debatida, não poderia juridicamente, submeter-se à sistemática prevista no art. 170-A do Código Tributário Nacional. Cita ainda decisões judiciais que entende corroborar seu entendimento.

4. INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC - A recorrente contesta ainda a utilização da taxa SELIC na consolidação do presente crédito, alegando que é de natureza remuneratória de títulos, que ofende o conceito jurídico e econômico de juros moratórios e fere os preceitos contidos no parágrafo 1º do art.161 do CTN, e no parágrafo 3º do art. 192 da CF.

5. DO DESCABIMENTO DA MULTA ISOLADA - Mesmo que se entenda por indevidas as compensações, 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. A realização de compensação em qualquer uma das hipóteses autorizadas pela Lei, não caracteriza fraude fiscal e, tampouco o dolo, já que não há que se falar em fraude se não houver dolo. Sonegação, fraude e conluio são formas diversas de evasão fiscal, e em todas essas hipóteses deverá estar presente o dolo.

6. Não poderá haver presunção de fraude para fins de aplicação da multa isolada, visto que esta deverá ser provada e caberá prova em contrário. Diante do demonstrado, não há que se falar em má-fé ou em indícios de falsidade, devendo ser afastada não só a absurda, desproporcional, desarrazoada e confiscatória multa isolada de 150%, julgando o AI totalmente improcedente.

7. Afirma que as multas foram excessivas e suas exigências encerram em si flagrante inconstitucionalidade, por violar os princípios do não-confisco, da capacidade contributiva, da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade. Alega que, no presente caso, não houve a concretização de fato jurídico gerador de obrigação tributária principal, sendo os atos de lançamentos de multas desconexos com a situação fática da impugnante. Cita doutrina e jurisprudência que entende corroborar seu entendimento.

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

9. Por fim, requer o conhecimento do recurso, sendo-lhe dado provimento para anular o lançamento confrontado. Outrossim, requer :que a Representação Fiscal para Fins Penais seja mantida no âmbito da Secretaria da RFB até final esgotamento da via administrativa,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 27/03/2015 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digitalmente em 27/03/2015 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

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

A DRFB encaminhou o recurso a este conselho para julgamento.

É o relatório.

CÓPIA

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. 399. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Quanto a preliminar de nulidade do AI DEBCAD **51.012.155-1** 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 51.012.153-1–

DA CONDIÇÃO DE IMUNE

Primeiramente, convém esclarecer, assim como já destacou o julgador de primeira instância, que o lançamento em questão denota de compensações sem que a empresa tivesse direito líquido e certo para realizá-las.

Dessa forma, a alegação de que não existe relação jurídica tributária que obrigue a recorrente ao recolhimento da parcela patronal, face enquadrar-se como imune, por preenchimento dos mesmos requisitos da entidades beneficentes de assistência social, entendo que não assiste razão ao recorrente.

O lançamento em questão não é pela ausência de contribuições patronais, pela utilização de codificação de entidade isenta, mas sim, pelas compensações realizadas pela empresa, por entender que efetivou o recolhimento de contribuições sobre as rubricas: 15 primeiros dias de afastamento por motivo de doença, 1/3 de férias e férias gozadas, de forma indevida.

Assim, não merecem guarida os argumentos do recorrente, já que a alegada compensação em GFIP, foi pautada não na imunidade (que entende ter), mas em ações judiciais onde discuti a exigência de contribuições sobre as rubricas mencionadas acima.

Assim, entendo que não deve ser apreciado nos presentes autos dita imunidade, mas necessário se faz prestar esclarecimentos sobre um acórdão desta Câmara mencionado pelo recorrente tanto em seu recurso como na impugnação.

No acórdão 2401-002.594, não foi apreciada a imunidade do SESI, nem tampouco a exigência de contribuições previdenciárias patronais, mas tão somente a exigência de contribuições destinadas a outras entidades e fundos, os chamados "terceiros". Mas, especificamente no mencionado acórdão, encontrava-se sob julgamento a contribuição para o salário educação, essa sim, afastada pelo autor. Assim, entendo que esse argumento não merece prosperar para fins de determinar qualquer direito a compensação realizada pelo recorrente.

GLOSA DA COMPENSAÇÃO

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 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 o teor da própria decisão judicial, posto que realizou compensações sem ter direito a mesma, caracterizando seu intuito doloso, verdadeira falsidade das declarações. Senão vejamos trecho do relatório fiscal:

> *9.5. Ademais, consta, na própria sentença e na Certidão de Objeto e Pé apresentadas pela empresa (anexo III), que o MM. Juiz Federal Substituto da 9ª Vara/SJDF, ao julgar o Mandado de Segurança impetrado pela empresa, assim decidiu "... Em face do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, para afastar a cobrança da contribuição previdenciária...* ***assegurando o direito à compensação tributária nos moldes do art. 170-A do CTN*** *e dos artigos 44 a 48 da IN RFB nº 900/2008..." (grifo nosso)*

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 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.*

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

CÓPIA

> *§ 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.*

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.

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 previsto no art. 170-A do CTN (descrito pelo próprio magistrado) , 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 (ou seja onde existem recursos pendentes de julgamento), 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 questionáveis, 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 discutida, considerando que levou o recorrente ao judiciário a decisão a respeito do tema.

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*

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, , adicional de 1/3 das férias e férias. Tal fato, é facilmente identificado no item 8 do relatório fiscal, fls. 19.

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 da mesma, encontrar-se liquido e certo.

MULTA E JUROS APLICADOS

Questiona o recorrente além da multa isolada a aplicação da multa de mora e da taxa SELIC. Entendo que, não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária

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

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.

Aos valores originários (de acordo com a legislação descrita) foram acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, limitado a vinte por cento, e, juros de mora obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia –SELIC. Os valores resultantes apurados na forma do previsto no Art 89 § 9º da Lei 8.212/91 de 24/07/91 c/c Art. 35 da mesma Lei e Art.61 da Lei Nº 9.430, de 27 de Dezembro de 1996 constam do relatório integrante do Auto de Infração denominado DD – Discriminativo do Débito. Transcrevo a legislação para verificar sua adequação:

> *Lei 8.212, de 24 de Julho de 1991.*
>
> *Art. 89 - As contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação alterada pela MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009).*
>
> *§ 9o - Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Redação alterada pela MP nº 449 de, de 03/12/2008, DOU de 04/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009).*
>
> *Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, 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 (Redação alterada pela MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009).*
>
> *Lei Nº 9.430, de 27 DE Dezembro de 1996.*
>
> *Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.*
>
> *§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subseqüente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.*

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

> *§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.*
>
> *§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subseqüente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.*

COPIA

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. 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 8.6 do relatório fiscal, foi muito esclarecedor em relação a multa aplicada, qual seja, e §9 do art. 89 da lei 8212/91.

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei n ° 8.212/1991: 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.

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.

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.

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.*

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.

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.*

DA MULTA ISOLADA – DEBCAD 51.012.155-1

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 23/03/2015 por ANDRADE E SILVA VIEIRA, 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

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, assim, não há como afastar o fato que a empresa realizou as compensações contrariando até mesmo a decisão que ampararia o seu direito. Vejamos trecho do relatório:

> *Ademais, consta, na própria sentença e na Certidão de Objeto e Pé apresentadas pela empresa (anexo III), que o MM. Juiz Federal Substituto da 9ª Vara/SJDF, ao julgar o Mandado de Segurança impetrado pela empresa, assim decidiu "... Em face do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA, para afastar a cobrança da contribuição previdenciária... assegurando o direito à compensação tributária nos moldes do art. 170-A do CTN e dos artigos 44 a 48 da IN RFB nº 900/2008..." (grifo nosso)*

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).*
>
> *(...)*
>
> *§ 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).*
>
> *(...)*

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

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: (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 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*

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

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.

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 nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro,*

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

> *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 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

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 30/03/2015 por [illegible], Assinado digitalmente em 30/03/2015 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

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 "formalizou Representação Fiscal para Fins Penais que será encaminhada à autoridade competente, por ter verificado que o contribuinte praticou atos que, EM TESE, caracterizam crime contra a ordem tributária previsto no artigo 1º, incisos I e II da Lei 8.137/90" (fls.23).

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 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:

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 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.

CÓPIA

CONCLUSÃO

Pelo exposto voto pelo CONHECIMENTO do recurso, para no mérito NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO em relação aos DEBCADS Nº 51.012.153-1 e 51.012.155-1.

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. **51.012.155-1**, 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.*
>
> *(AgRg no AREsp 231.361/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012,* ***DJe 04/02/2013)***

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 25/03/2015 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

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

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

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).

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,*

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

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 objeto do AI **51.012.155-1.**

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