



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

Processo n° 10380.720648/2013-55
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-004.120 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de agosto de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FORTAL EMPREENDIMENTOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/09/2011

CONCOMITÂNCIA. AÇÃO JUDICIAL. SÚMULA CARF Nº 1.

Estabelece a Súmula CARF nº 1 que 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.

PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA.

Inexiste cerceamento de defesa por ter deixado a decisão de primeira instância de deferir pedido de perícia.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A perícia se reserva à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde de questão controversa, não se justificando a sua realização quando o processo contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. COMPENSAÇÃO REALIZADA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA RESPECTIVA DECISÃO JUDICIAL. 170-A DO CTN.

Nos termos do art. 170-A do Código Tributário Nacional, 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 DE OFÍCIO. CABIMENTO.

Estabelece o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, que nos casos de lançamento de ofício, será

aplicada multa 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.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO. ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 2.

Nos termos da Súmula CARF nº 2, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. INCOMPETÊNCIA DO CARF. SÚMULA CARF Nº 28.

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

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto, Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto e Jose Ricardo Moreira.

Relatório

Trata-se de Recursos Voluntários interpostos nos autos do processo nº 10320.722153/2013-75, em face do acórdão nº 08-30.493, julgado pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (DRJ/CGE), na sessão de julgamento de 26 de setembro de 2013, no qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação apresentada pelo contribuinte.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de origem, que assim relatou os fatos:

LANÇAMENTO

Os presentes autos versam sobre lançamentos de contribuições previdenciárias feitos pelo Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil MARCIUS CRUZ DA PONTE SOUZA, por meio dos autos de infração a seguir descritos.

- *DEBCAD 51.037.381-0 (CFL 38) – Multa prevista nos arts. 92 e 102 da Lei nº 8.212, de 1991, art. 283, inciso II, alínea “j” e art. 373 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, no valor de R\$ 17.165,50, em razão de infração ao art. 33, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.212, de 1991 (fl.240);*
- *DEBCAD 51.021.822-9 (CFL 38) – Multa prevista nos arts. 92 e 102 da Lei nº 8.212, de 1991, art. 283, inciso II, alínea “a” e art. 373 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, no valor de R\$ 17.165,50, por infração ao art. 32, inciso II da Lei nº 8.212, de 1991 (fl.172);*
- *DEBCAD 51.021.823-7 (CFL 78) – Multa prevista no art. 32-A, caput, inciso II e §§ 2º e 3º da Lei nº 8.212, de 1991, incluídos pela MP nº 449, de 2008, no valor de R\$ 3.500,00, por infração ao art. 32, inciso IV da Lei nº 8.212, de 1991, conforme redação da MP nº 449, de 2008 (fl.171);*
- *DEBCAD 51.037.380-1 - Contribuições previdenciárias patronais não declaradas em GFIP incidentes sobre remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, verificadas em face da divergência de valores de folha de pagamento, RAIS e DIRF em confronto com a GFIP, abrangendo as competências de 01/2009 a 13/2010, com valor total de R\$ 745.140,70, consolidado em 23/01/2013 (fls.220 a 239);*
- *DEBCAD 51.037.377-1 - Contribuições previdenciárias devidas pelos segurados empregados e contribuintes individuais, incidentes sobre remunerações pagas pela empresa, verificadas em face da divergência de valores de folha de pagamento, RAIS e DIRF em confronto com a GFIP. Trata-se de valores não declarados em GFIP, referentes às competências 01/2009 a 13/2010, no valor de R\$ 146.255,09, consolidado em 23/01/2013 (fls.173 a 190);*
- *DEBCAD Nº. 51.037.378-0 - Contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos incidentes sobre remunerações pagas aos segurados empregados e não declaradas em GFIP, abrangendo as competências de 01/2009 a 13/2010, com valor total de R\$ 263.568,56, consolidado em 23/01/2013 (fls.191 a 210);*
- *DEBCAD Nº. 51.037.379-8 - Autos de Infração por descumprimento de obrigação principal lavrados em decorrência de glosa de compensação efetuada antes do trânsito em julgado em desobediência de decisões judiciais exaradas nos autos dos Processos Judiciais nº 0004308-*

67.2011.4.05.8100, 0005342- 48.2009.4.05.8100, 0006434-27.2010.4.05.8100 e 0012558- 26.2010.4.05.8100, todos em trâmite no Tribunal Regional da 5ª Região e do disposto no art. 170-A do Código Tributário Nacional. Durante ação fiscal, com valor total de R\$ 2.552.147,60 consolidado em 23/01/2013. (fls.211 a 220).

A autoridade lançadora narra os fatos constatados durante a fiscalização no relatório fiscal de fls.100 a 155.

O sujeito passivo foi intimado pessoalmente dos autos de infração em 28/01/2013 (fls.171, 172, 173, 191, 220, 211, 240).

INFORMAÇÃO DE PAGAMENTO DAS MULTAS REFERENTES AO DESCUMPRIMENTO DAS OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

O sujeito passivo, por meio das petições de fls.3426, 3432 e 3438, informa que efetuou o pagamento das multas referentes aos DEBCAD 51.021.822-9, 51.021.823-7 e 51.037.381-0 com redução de 50%, estando tais débitos extintos conforme extrato de processo de fl.3.923, não sendo eles, portanto, objeto das impugnações apresentadas.

IMPUGNAÇÃO

O sujeito passivo, em 15/02/2013, impugnou os lançamentos, aduzindo, em breve síntese, que:

DEBCAD 51.037.380-1, 51.037.378-0 e 51.037.377-1 (fls.3.444 a 3.453, 3.687 a 3.698 e 3.719 a 3.886

- A multa de ofício de 75% é injusta, indevida, excessiva, padecendo de vício de inconstitucionalidade, pois ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, vedação ao confisco, capacidade contributiva e segurança jurídica
- Deve-se considerar o postulado constitucional da proporcionalidade, não para declarar inconstitucional o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o que não se pede em respeito ao entendimento jurisprudencial segundo o qual o órgão de julgamento administrativo não teria competência para isso, mas para interpretar o referido dispositivo legal conforme a
- Constituição, para se afastar a cobrança da multa isolada;
- O correto seria aplicar a multa de mora de 20%;
- Não praticou nenhuma ação fraudulenta, conforme informa o relatório fiscal, motivo pelo qual ela deve ser afastada;
- Por tais razões formula pedido pela nulidade da multa de 75% aplicada nos autos de infração DEBCAD 51.037.377-1, DEBCAD 51.037.378-0, DEBCAD 51.037.380-1.
- DEBCAD 51.037.379-8 (fls.3719 a 3766)

- *Ajuizou ações pleiteando a inexigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos a título de férias e seu adicional, auxílio doença e acidente, salário-maternidade, horas-extras, adicionais noturno, de insalubridade, de periculosidade e de transferência, aviso prévio indenizado, 13º salário, vale-transporte em dinheiro, planos de saúde a empregados e trabalhadores avulsos;*
- *Por ter recolhido indevidamente as contribuições previdenciárias incidentes sobre as várias rubricas discutidas judicialmente, faz jus à compensação desses valores, independentemente de autorização administrativa ou judicial, com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, conforme o art. 66 da Lei nº 8.383, de 1991, combinado com o art. 74 da Lei nº 9.430, de 1996, direito este reconhecido pelo Poder Judiciário;*
- *Houve claro equívoco na autuação, uma vez que foram proferidas decisões liminares, sentenças e acórdão que lhe foram favoráveis nos vários processos judiciais, o que por si só suspende a exigibilidade do crédito indevidamente exigido por meio do auto de infração, nos termos do art. 151 do CTN;*
- *Assim, é infundada a decisão que não homologou qualquer suspensão ou compensação declarada pelo impugnante;*
- *Em razão da jurisprudência dominante nos tribunais pátrios, não pode ser compelida ao pagamento de contribuição previdenciária patronal incidente sobre valores pagos a título de salário-maternidade, férias gozadas, adicional de 1/3 de férias, horas-extras, adicional noturno, de periculosidade, de insalubridade e de transferência, aviso prévio indenizado, 13º salário, vale transporte em dinheiro, plano de saúde;*
- *Os procedimentos realizados e devidamente declarados ao Fisco foram lastreados em decisões dos Tribunais Superiores, cuja permissão legal à compensação dos valores recolhidos indevidamente continuam em vigor, não havendo razão para a não homologação das compensações feitas;*
- *Por tais razões formula pedido pela total improcedência do auto de infração do DEBCAD 51.037.379-8*

A 4ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande (DRJ/CGE) entendeu por manter o crédito previdenciário lançado, determinando que a unidade preparadora adotasse todas as providências necessárias para cobrança imediata do crédito tributário não impugnado.

Inconformado, o contribuinte apresentou quatro recursos voluntários às fls. 3959/4067, de modo que cada um referiu-se a DEBCAD distinto.

Os Recursos Voluntários de fls. 3959/3978 (DEBCAD N° 51.037.377-1), o de fls. 3979/3998 (DEBCAD n° 51.037.380-1) e o de fls.3999/4018 (DEBCAD n° 51.037.378-0) requerem que seja decretada a nulidade da Multa de 75% aplicada no Auto de Infração.

O Recurso Voluntário de fl.4019/4067 (DEBCAD n° 51.037.379-8) alega que em razão de terem sido proferidas decisões liminares nos autos dos processos judiciais, não haveria exigibilidade do crédito do auto de infração. Dessa forma, requer que seja julgada improcedente a ação fiscal do DEBCAD n° 51.037.379-8).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Relator

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade. Portanto, dele conheço.

Matéria Não Impugnada

Por oportuno, importa transcrever que a lide se encontra delimitada desde a primeira instância. A DRJ assim havia delimitado a matéria:

"O sujeito passivo insurge-se somente contra a aplicação da multa de ofício de 75% aos débitos tratados nos DEBCAD 51.037.380-1, 51.037.378-0 e 51.037.377-1.

Dessa forma, o valor principal e juros dos créditos previdenciários referentes aos DEBCAD 51.037.380-1, 51.037.378-0 e 51.037.377-1 correspondem à matéria impugnada, conforme prevê o art. 17 do Decreto nº 70.235, de 1972.

Isso leva à consolidação administrativa do crédito tributário lançado pertinente a essa matéria, porque não fica instaurado o litígio, tornando precluso o recurso voluntário quanto à matéria não impugnada.

A unidade preparadora deverá adotar as providências que se fizerem necessárias para a cobrança imediata do crédito tributário não impugnado."

Representação fiscal para fins penais. Alegação de inexistência de fraude.

Alega o sujeito passivo que não praticou nenhuma ação fraudulenta, conforme informa o relatório fiscal, motivo pelo qual ela deve ser afastada. A autoridade

lançadora relatou que a conduta do sujeito passivo poderia configurar ilícito penal, motivo pelo qual foi lavrada representação fiscal para fins penais.

O procedimento denominado “*representação fiscal para fins penais*” pelo art. 83 da Lei nº 9.430/1996 nada mais é do que a comunicação ao Ministério Público da prática de ato que, em tese, caracteriza ilícito penal, acompanhada de elementos de prova que dêem respaldo a esse juízo preliminar.

Não compete, todavia, a este Conselho manifestar-se quanto às constatações da autoridade lançadora que implicaram a lavratura da representação fiscal para fins penais. Isso, inclusive, é o que dispõe a Súmula 28 deste Conselho, vejamos:

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

Desse modo, não conheço da matéria alegada.

Preliminar de cerceamento de defesa. Pedido de perícia.

Alega a contribuinte preliminar de cerceamento de defesa, alegando que a é nula a decisão recorrida, que teria indeferido a realização de prova pericial, o qual entende a contribuinte ser necessária ao correto deslinde do feito, sem ter apresentado motivação para tanto.

No que concerne à produção de prova pericial é oportuno ressaltar que o art. 18 do Decreto n.º 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 1993, permite a autoridade julgadora indeferir a perícia eventualmente solicitada, quando entendê-la prescindível, sem que se configure tal fato cerceamento do direito de defesa. Assim, não verifico que tenha ocorrido cerceamento de defesa da contribuinte, por ter deixado a DRJ de deferir o pedido da contribuinte.

A perícia reveste-se das características de atividade de apoio ao julgamento e serve à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde de questão controversa. Reserva-se a perícia à elucidação de pontos duvidosos que requeiram conhecimentos especializados para o deslinde de questão controversa, não se justificando a sua realização quando o processo contiver os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

Desse modo, descabe o pedido de realização de prova pericial, uma vez que não há necessidade de conhecimentos específicos e os documentos contábeis necessários para demonstrar as alegações da defesa devem ser apresentados pela contribuinte

Ademais, cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Logo, deveria o contribuinte, se assim entendesse, apresentar aos autos laudo pericial para análise, o que não o fez.

Diante do exposto, rejeito a preliminar suscitada de cerceamento de defesa, bem como entendo pelo indeferimento da perícia.

Multa de ofício.

Os Recursos Voluntários de fls. 3959/3978 (DEBCAD Nº 51.037.377-1), o de fls. 3979/3998 (DEBCAD nº 51.037.380-1) e o de fls.3999/4018 (DEBCAD nº 51.037.378-0) requerem que seja decretada a nulidade da multa de 75% aplicada no Auto de Infração.

Em relação aos lançamentos dos referidos DEBCAD a contribuinte argumenta que: i) A multa de ofício de 75% é injusta, indevida, excessiva, padecendo de vício de inconstitucionalidade, pois ofende os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, vedação ao confisco, capacidade contributiva e segurança jurídica; ii) Deve-se considerar o postulado constitucional da proporcionalidade, não para declarar inconstitucional o art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, o que não se pede em respeito ao entendimento jurisprudencial segundo o qual o órgão de julgamento administrativo não teria competência para isso, mas para interpretar o referido dispositivo legal conforme a Constituição, para se afastar a cobrança da multa isolada; iii) O correto seria aplicar a multa de mora de 20%.

No caso concreto, a autoridade lançadora informou quais são os preceitos legais determinantes da multa lançada, quais sejam, o art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, combinado com o inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, ambos com a redação dada pela MP nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009.

Transcreve-se a seguir esses dispositivos legais:

Lei nº 8.212, de 1991

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. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Lei nº 9.430, de 1996

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

A redação desses dispositivos é bastante clara, podendo-se concluir que nos casos de lançamento de ofício das contribuições previdenciárias que não foram declaradas e pagas, deve-se aplicar a multa de ofício de 75%. É justamente o que ocorreu no caso em tela, em que se lançaram créditos tributários que não haviam sido declarados em GFIP e nem pagos pelo sujeito passivo.

Tratam-se de dispositivos legais cujo exercício de interpretação não vai além do que está expresso em seus próprios textos, motivo pelo qual não procede a alegação do sujeito passivo de que este órgão julgador deveria interpretar a lei conforme a Constituição.

Por tais razões, não há como se afastar a incidência da multa de ofício de 75% nesta instância administrativa de julgamento.

Ação Judicial. Renúncia à via administrativa.

O sujeito passivo discorreu abundantemente acerca de seu alegado direito de não recolher contribuição previdenciária incidente sobre várias rubricas pagas a segurados, direito esse que deverá ser declarado pelo Poder Judiciário em razão das várias ações ajuizadas.

Conforme se verifica dos autos, a contribuinte está discutindo judicialmente a incidência de contribuição previdenciária sobre algumas rubricas, dentre elas os valores pagos nos primeiros 15 dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados e, também, aqueles pagos a título de terço constitucional de férias.

No entanto, a Súmula nº 01 deste Conselho assim dispõe:

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.

Portanto, não conheço das alegações quanto a não incidência de contribuição previdenciária sobre as rubricas em questão, diante da renúncia à instância administrativa.

Glosa por compensação indevida.

Trata o Auto de Infração DEBCAD 51.037.379-8 da glosa de compensação de contribuição previdenciária declarada em GFIP e escudadas em ações judiciais, processos nº 0004308- 67.2011.4.05.8100, 0005342- 48.2009.4.05.8100, 0006434-27.2010.4.05.8100 e 0012558- 26.2010.4.05.8100, todos com trâmite no Tribunal Regional da 5ª Região.

Ocorre que a contribuinte procedeu à compensação antes do trânsito em julgado das decisões judiciais, prática vedada pelo art. 170-A do Código Tributário Nacional.

Assim, o direito da contribuinte escudado pelas ações judiciais ainda não foi definitivamente julgado pela Justiça, sendo, portanto, indevida a compensação declarada em GFIP nas competências referidas.

A compensação de valores discutidos judicialmente deve obedecer o que determina o CTN, no artigo 170-A:

*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.***

(grifou-se)

Observa-se que na época da realização das compensações o referido processo ainda não havia sido definitivamente julgado.

Dessa feita, em que pese o fato de haver discussão judicial acerca da incidência de contribuições previdenciárias sobre algumas verbas pagas a empregados, tem-se que não há nos autos nenhuma decisão judicial que, contrariando a legislação tributária de regência, autorizasse o contribuinte a compensar valores decorrentes de discussão judicial ainda não transitada em julgado com contribuições apuradas, conforme realizou.

Portanto, em conformidade com o dispositivo citado, e em respeito à decisão judicial referida pela recorrente, as compensações, objeto de glosa por meio da autuação tratada no presente processo, foram efetuadas sem que, na oportunidade de sua realização, existissem créditos que lhes amparassem, devendo tais glosas serem mantidas.

Alegações de inconstitucionalidade.

Em relação a alegação de caráter confiscatório da multa aplicada, deixo de apreciá-la, por força do disposto na Súmula CARF nº 2, que assim dispõe: "*O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*".

Conclusão.

Ante o exposto, voto por rejeitar a preliminar e, no mérito, negar provimento ao recurso.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator