



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

Processo n° 10384.722640/2011-21
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-002.866 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 24 de janeiro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente COLEGIO DIFERENCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/09/2007 a 31/01/2011

PEDIDO DE PERÍCIA. FALTA DE CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS LEGAIS. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o pedido de perícia formulado sem que sejam mencionados os quesitos acerca da matéria controvertida e indicado o perito.

JUNTADA DE DOCUMENTOS APÓS O PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DE HIPÓTESES PREVISTAS NA LEGISLAÇÃO. INDEFERIMENTO.

Serão indeferidos os pedidos para apresentação de provas após o prazo para impugnação, quando não comprovada a ocorrência de hipótese normativa que faculte tal permissão.

PROPOSITURA DE AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À DISCUSSÃO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

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.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2007 a 31/01/2011

PEDIDO JUDICIAL DE COMPENSAÇÃO DE TRIBUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS CRÉDITOS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA QUE CONCEDEU O DIREITO AO SUJEITO PASSIVO.

O sujeito passivo somente pode se compensar de créditos concedidos em sentença judicial, após o trânsito em julgado desta.

SENTENÇA JUDICIAL RECORRÍVEL AFASTANDO A EXIGÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES SOBRE DETERMINADAS PARCELAS.

IMPOSSIBILIDADE DE COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES APENAS SOBRE A PARCELAS TIDAS PELO JUDICIÁRIO COMO ILEGAIS. POSSIBILIDADE DE LANÇAMENTO DE VALORES COMPENSADOS INDEVIDAMENTE.

Estando o fisco diante de decisão judicial que afastou a incidência de tributária sobre determinadas verbas, não pode cobrar as contribuições tidas como ilegais pelo Judiciário, no entanto, tem a Fazenda a possibilidade de lançar contribuições indevidamente compensadas.

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.

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

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

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) afastar as preliminares de nulidade; e II) mérito, dar provimento parcial ao recurso para que seja excluída a multa isolada.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Insurgiu-se o sujeito passivo contra o Acórdão n.º 08-23.325 de lavra da 6.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil – DRJ em Fortaleza (CE), que julgou improcedente a impugnação apresentada contra o Auto de Infração – AI n.º 51.010.024-4.

O crédito em questão decorreu de glosas de valores que, segundo o fisco, foram indevidamente compensados, os quais foram declarados na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

A Autoridade Fiscal afirmou que o sujeito passivo impetrou, em 01/10/2009, o Mandado de Segurança – MS n.º 2009.40.00.006545-7, com pedido de compensação das contribuições previdenciárias recolhidas nos dez anos anteriores, incidentes sobre salário-maternidade; férias gozadas, remuneração nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença ou acidente, bem como requerendo a declaração de inexigibilidade das contribuições.

Afirma-se ainda que a decisão de primeira instância no referido MS, proferida em 15/10/2010, acatou em parte o pedido do sujeito passivo, reconhecendo a ilegalidade da exigência de contribuições sobre os primeiros quinze dias do afastamento por motivo de doença e sobre o terço constitucional de férias, todavia, determinou que a compensação dos valores indevidamente recolhidos somente poderia se dar após o trânsito em julgado da sentença.

Conclui o fisco que o procedimento compensatório foi irregular, posto que desobedeceu os termos da sentença acima referida, devendo ser aplicada, além dos acréscimos sobre o crédito originário, multa isolada no patamar de 150%, conforme preceitua o § 10 do art. 89 da Lei n.º 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertido na Lei n.º 11.941/2009.

Foi lavrada representação fiscal para fins penais, segundo o fisco, pelo fato da empresa intencionalmente não haver retificado as suas guias declaratórias, mesmo tendo conhecimento da sentença exarada no MS por ela impetrado.

Em seu recurso a autuada, em apertada síntese, alegou que:

a) o indeferimento do pedido de produção de prova pericial pelo órgão recorrido, sem a devida motivação, atropelou seu direito de defesa, por isso a decisão da DRJ deve ser anulada;

b) não pode a administração tributária proibir o recorrente de apresentar, em qualquer fase do processo administrativo, documentos supervenientes à apresentação da defesa, sob pena de ferir a garantia constitucional à ampla defesa e ao contraditório;

c) tendo o judiciário reconhecido a inexigibilidade das contribuições incidentes sobre o terço de férias e sobre a remuneração nos quinze dias de afastamento por motivo de doença, a empresa não necessitaria de autorização judicial ou administrativa para se

compensar dos valores indevidamente recolhidos, com fulcro no art. 66 da Lei n.º 8.383/1991 c/c o art. 74 da Lei n.º 9.430/1996;

d) recorreu ao judiciário não para obter autorização para se compensar, mas para não sofrer retaliações por parte da Fazenda Pública;

e) apresenta texto doutrinário e decisão judicial que acolhem o entendimento de que não deve se condicionar a compensação ao trânsito em julgado da decisão judicial que reconhece os créditos do contribuinte;

f) conforme o CTN, os créditos lançados encontram-se com a exigibilidade suspensa, posto que a empresa possui decisão favorável em mandado de segurança;

g) são ilegais e inconstitucionais as exigências de contribuições sobre parcelas que não representam contraprestação pelo trabalho, como é o caso do salário-maternidade, férias gozadas e seu adicional e remuneração nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado por motivo de doença;

h) considerando que foi reaberta no STJ a discussão sobre incidência de contribuições previdenciárias patronais sobre férias gozadas, deve-se suspender a exigibilidade das referidas contribuições até que o STJ se pronuncie definitivamente sobre o tema;

i) a imposição de multa isolada no patamar de 150% fere os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de que não se comprovou a ocorrência de fraude do contribuinte, devendo ser excluída essa parcela do crédito tributário.

Ao final, pede a reforma da decisão recorrida, com declaração de improcedência do lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Indeferimento da perícia

A recorrente acusa cerceamento ao seu direito de defesa, ocasionado pela negativa de produção de prova pericial pela DRJ, supostamente sem a devida motivação.

Não deve ser acatada essa alegação. É que o órgão de primeira instância justificou o indeferimento da perícia requerida pela empresa na falta de cumprimento de requisitos legais, conforme se vê de excerto do voto condutor do acórdão:

“Quanto ao pedido de perícia, para seu deferimento, devem estar presentes os requisitos previstos no Decreto 70.235/72:

Art. 16.

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993).

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993).

Impossível o acolhimento do pedido de perícia, uma vez que não satisfeitos os requisitos previstos no art. 16 do Decreto 70.235/72, quais sejam, a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados e a indicação do nome, endereço e qualificação profissional do seu perito.”

Como se vê o órgão recorrido não deixou sem resposta o pedido de perícia formulado pelo sujeito passivo, motivando a sua negativa em falta de cumprimento de requisito legal, o qual foi transcrito na decisão. Afasta-se, assim essa causa de nulidade do acórdão recorrido.

Juntada posterior de documentos

Conforme o art. 15 do Decreto n.º 70.235/1972, somente é admitida a juntada de provas após a impugnação quando reste comprovada alguma das hipóteses listadas nas alíneas do seu § 4.º. Vejamos o dispositivo:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Obedecendo aos comandos acima, a DRJ manifestou-se contrariamente à produção de provas após a defesa, posto que, naquele momento, a recorrente não apresentou qualquer justificativa para seu pleito.

Mas tal questão não ficou fechada, uma vez que dispondo a empresa de documento novo que se enquadrasse nas hipóteses normativas acima transcritas, a juntada posterior seria obrigatoriamente deferida.

Portanto, o alegado cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo não ocorreu, afastando-se mais essa preliminar de nulidade.

Compensação

A motivação exposta pelo fisco para glosar os valores compensados pelo sujeito passivo relativos à contribuições sobre salário-maternidade, remuneração nos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, férias e o terço constitucional de férias foi o fato da sentença proferida no bojo do MS n.º 2009.40.00.006545-7, malgrado tenha reconhecido a inexigibilidade da exigência sobre a parcela paga pela empresa durante o afastamento por doença e sobre o terço de férias, condicionou a compensação dos valores ao trânsito em julgado da sentença.

Vê-se que a decisão inicial do judiciário está em total consonância com os ditames do art. 170-A do Código Tributário Nacional, assim redigido:

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. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Como se percebe, não pode ser acatado o argumento de que havia decisão judicial autorizando a compensação das mencionadas quantias, descabendo assim a alegação da

empresa de que o fisco teria desconsiderado determinação do Poder Judiciário, haja vista que este não concedeu o direito à compensação de imediato.

A recorrente afirma ainda que o fisco não poderia lançar os créditos, posto que a sua exigibilidade estaria suspensa por força da sentença proferida em sede de mandado de segurança.

Essa afirmação também não merece acolhida. É que embora o Judiciário tenha reconhecido a inexigibilidade das contribuições incidentes sobre os primeiros quinze dias de afastamento e sobre o terço de férias, o crédito não foi constituído sobre essas parcelas, mas sobre valores compensados indevidamente, conforme demonstrado acima, os quais não se referiam apenas a contribuições sobre as verbas acima, mas também sobre salário-maternidade e férias gozadas.

De se concluir que o fisco, a partir da sentença proferida pelo Judiciário parcialmente em favor da recorrente, não poderia exigir contribuições sobre as parcelas tidas como ilegais, todavia, não estaria impedido de exigir parcelas indevidamente compensadas pela empresa.

Outra questão trazida pelo sujeito passivo é que buscou a tutela do Judiciário não para efetuar a compensação, mas para evitar que o fisco viesse a aplicar-lhe sanção pelo fato de ter se compensado de valores recolhidos indevidamente. Afirma que a legislação não exige autorização administrativa ou judicial para que os contribuintes efetuem encontro de contas com a Fazenda.

Advoga que não poderia o fisco efetuar as glosas, uma vez que a empresa se compensou dos valores indevidos que recolheu, com amparo art. 66 da lei nº 8.383/1991, c/c art. 74 da Lei nº 9.430/1996.

De fato, os contribuintes, tendo efetuado recolhido contribuições indevidas, têm a faculdade de se compensarem destes valores com tributos de mesma natureza, vencidos e vincendos.

Todavia, para os tributos submetidos à sistemática do lançamento por homologação, tem o fisco a prerrogativa de, no prazo decadencial, analisar o procedimento compensatório e efetuar a homologação, caso conclua pela sua justeza, ou exigir os tributos que tenham sido compensados ao arrepio da lei.

No caso sob enfoque, o fisco, ao verificar que o contribuinte utilizou para compensação créditos decorrentes de sentença judicial sem caráter de definitividade, em afronta ao que determinava a própria decisão, glosou os valores e está a exigir a quantia compensada indevidamente.

Assim, embora a norma faculte ao sujeito passivo a possibilidade de compensação, cabe ao fisco verificar se esta se deu nos moldes autorizados pela legislação. Utilizou o fisco exatamente do seu poder-dever de analisar o procedimento compensatório e, ao se deparar com o irregular encontro de contas, lançou os valores incorretamente compensados.

Conclui-se, assim, que a glosa dos valores compensados indevidamente está em sintonia com as normas que regem a matéria, sendo descabido o inconformismo da recorrente.

Multa isolada

Sobre a aplicação da multa isolada, no patamar de 150%, assim se pronunciou a Autoridade Fiscal:

“7. A aplicação da multa isolada em dobro tem por fundamento a falsidade das informações das compensações declaradas em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP, considerando como competência para o lançamento o mês de envio das mesmas, vez que ao contribuinte, em nenhum momento, foi assegurado o direito a efetuar referidas compensações antes do trânsito em julgado da sentença”.

Alega a empresa que a multa isolada é exorbitante, ferindo os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, além de que somente poderia ser aplicada caso o fisco comprovasse a ocorrência de fraude, o que não ocorreu.

Vejamus o dispositivo da Lei n.º 8.212/1991 em que se baseou o fisco para aplicação da multa isolada:

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).

Observa-se que a aplicação da multa isolada é condicionada a comprovação de falsidade na declaração prestada pelo contribuinte. Na situação sob análise, não há como negar que o sujeito passivo declarou valores a compensar que, embora tivessem sido reconhecidos em sentença judicial, não poderiam ser objeto de procedimento compensatório até o trânsito em julgado da decisão do Judiciário.

Verifica-se, assim, que o processo não trata de compensação de créditos inexistentes ou mesmo objeto de fraude, mas de valores que, até o implemento de determinada condição, não poderiam ser utilizados para encontro de contas com a Fazenda.

Para que restasse caracterizada a falsidade mencionada no § 10 do art. 89, entendo que deveria ser comprovada a fraude, conceituada no art. 72 da Lei n.º 4.502/1964, *verbis*:

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

O fisco tenta caracterizar a fraude sob a alegação de que a empresa, mesmo tomando ciência do teor da decisão que condicionava a compensação ao seu trânsito em julgado, utilizou os créditos. Entendemos, todavia, que a compensação com base em sentença judicial sem caráter de definitividade deve ser punida com a imposição dos acréscimos legais, jamais ser tratada como falsificação, com aplicação de multa isolada no patamar de 150%.

Diante do exposto, entendo que deva ser afastada a multa isolada, por falta de caracterização de conduta fraudulenta.

Discussão judicial – renúncia às instâncias administrativas

Sobre da incidência de contribuições sobre férias, terço constitucional de férias, salário-maternidade e remuneração nos primeiros quinze dias de afastamento abstenho-me de lançar pronunciamento, uma vez que é matéria que já está sendo discutida no âmbito do Poder Judiciário no bojo do mesmo MS em que se pleiteia a compensação. Adoto esse proceder com esteio na súmula n.º 1 do CARF, *verbis*:

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, ao ingressar no judiciário para discutir as mencionadas matérias, o sujeito passivo renunciou ao direito de vê-las apreciadas nas instâncias administrativas.

Conclusão

Voto por afastar as preliminares de nulidade da decisão recorrida e, no mérito, por dar provimento parcial ao recurso para que seja excluída a multa isolada.

Kleber Ferreira de Araújo