



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

Processo n° 10410.724382/2014-04
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-005.184 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de abril de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICÍPIO DE ARAPIRACA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

ARBITRAMENTO DAS CONTRIBUIÇÕES. INOCORRÊNCIA.

Na espécie o fisco não se utilizou do arbitramento para exigir as contribuições, haja vista que todos os dados utilizados na apuração foram obtidos dos documentos representativos de pagamento de remuneração apresentados pelo sujeito passivo, tais como folhas de pagamento, recibos e demonstrativos contábeis.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO E OMISSÃO NA DECLARAÇÃO.

Ao não declarar na GFIP e não recolher as contribuições, o sujeito passivo sujeita-se, no período do lançamento, a multa de 75% do tributo não recolhido.

MULTA. ALEGAÇÃO DE CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE SEU AFASTAMENTO OU ALTERAÇÃO.

Inexiste a possibilidade dos órgãos de julgamento administrativo afastarem/alterarem a multa imposta por descumprimento de obrigação pagar o tributo, sob o fundamento de que seria confiscatória.

FISCALIZAÇÃO DE TODOS OS FATOS GERADORES. RECOLHIMENTOS RECONHECIDOS PELO FISCO E NÃO APROPRIADOS INTEGRALMENTE. EXIGÊNCIA DE RETIFICAÇÃO DE GFIP. AGRESSÃO AO PATRIMÔNIO DO SUJEITO PASSIVO.

Em fiscalização que engloba todos os fatos geradores de determinado período, a exigência de retificação da GFIP para aproveitamento de todos os recolhimentos efetuados pelo sujeito passivo representa ilegítima agressão ao patrimônio do sujeito passivo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2010

INCLUSÃO DE DIVERSOS AUTOS EM UM MESMO PROCESSO. POSSIBILIDADE.

A legislação faculta a inclusão em processo único, relativo a um mesmo sujeito passivo, dos autos de infração que dependam dos mesmos elementos de prova.

No caso sob apreciação, verifica-se que todos os lançamentos são suportados por comprovantes de pagamento de remuneração, tais como folhas de pagamento, recibos e balancetes, motivo pelo qual não há irregularidade na juntada de todas as lavraturas em um mesmo processo.

RELATÓRIO FISCAL ENGLOBANDO VÁRIOS LANÇAMENTOS. NULIDADE. INOCORRÊNCIA

Não representa cerceamento ao direito de defesa a elaboração de relatório fiscal que engloba vários lançamentos, desde que estes sejam conexos e a narrativa individualize cada exigência, de modo a não prejudicar o entendimento da acusação fiscal.

RELATÓRIO DE FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

A apresentação de toda a fundamentação do débito em anexo único não representa atropelo ao direito de defesa do sujeito passivo, posto que os dispositivos legais são mencionados separadamente por fato gerador e por tipo de contribuição, possibilitando-se ao autuado o completo entendimento da base legal que em que se escora o lançamento.

REQUERIMENTO DE NOVAS PROVAS. PRESCINDIBILIDADE PARA SOLUÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o requerimento de produção de novas provas quando estas não se mostrarem úteis para a solução da lide.

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 feita a indicação do perito.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, afastar as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão recorrida e, no mérito, dar provimento parcial de modo que sejam deduzidos da dívida os créditos mencionados no item 5 do relatório fiscal.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Ronaldo de Lima Macedo, João Victor Ribeiro Aldinucci, Marcelo Malagoli da Silva, Marcelo Oliveira, Ronnie Soares Anderson, Kleber Ferreira de Araújo, Wilson Antonio de Souza Corrêa e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo acima identificado contra decisão que declarou procedente em parte as suas impugnações apresentadas para desconstituir os Autos de Infração que integram o presente processo.

Foram quatro as lavraturas:

a) AI n.º 51.000.728-7: contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), as quais foram calculadas sobre a base de cálculo definida como a diferença entre o total da remuneração constante na contabilidade e os valores constantes nos resumos das folhas de pagamento;

b) AI n.º 51.000.729-5: contribuições dos segurados empregados, descontadas e não recolhidas, conforme recibos de pagamento dos servidores;

c) AI n.º 51.000.730-9: contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive aquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), as quais foram calculadas sobre a base de cálculo definida como a diferença entre o total da remuneração constante nos resumos das folhas de pagamento e os valores declarados na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP; e

d) AI n.º 51.000.731-7: diferenças de contribuições dos segurados calculadas conforme a base de cálculo obtida no item anterior;

Nos termos do relatório fiscal, fls. 39/44, fiscalização identificou a existência nas competências 01/2010 a 13/2010 de recolhimentos em GPS a maior do que os valores declarados nas GFIP. O Município foi intimado a justificar, com as devidas retificações nas GFIP, a origem das diferenças. Após duas prorrogações do prazo inicialmente concedido, e sob a alegação de dificuldades para levantar os dados pessoais dos trabalhadores, o Município não apresentou as guias informativas retificadas, o que impediu o aproveitamento das sobras de recolhimentos.

Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais em razão da falta de declaração das remunerações dos segurados da Previdência Social na GFIP, o que, em tese, constitui o crime de sonegação de contribuição previdenciária, a qual permanecerá sobrestada até a decisão final no processo administrativo fiscal.

Cientificado dos lançamentos em 28/11/2014, o sujeito passivo apresentou impugnação de fls. 1.511/1.551, cujas razões não foram acatadas pela DRJ, que manteve integralmente o lançamento (ver fls. 2.682/2.695).

Inconformado com a decisão, o sujeito passivo apresentou recurso de fls. 2.702/2.733, no qual, em síntese, alegou os pontos abaixo.

Nulidade

Há erro formal na inclusão de vários AI num mesmo processo, haja vista que a norma somente faculta esta possibilidade quando todos os lançamentos dependem dos mesmos elementos de prova, o que não é o caso destas lavraturas.

A elaboração de um só relatório para todos os AI é procedimento condenável, pois acaba por prejudicar o direito de defesa do sujeito passivo, além de que o relato fiscal carece de fundamentação precisa da infração e da penalidade aplicável. Cita jurisprudência do CARF.

A inclusão de fundamentação genérica apenas no Relatório de Fundamentos Legais do Débito - FLD não tem sido aceita pelos tribunais pátrios.

Também não consta do relato do fisco a base legal e os pressupostos de fato que autorizem a aferição indireta da base de cálculo. Esta falha tem sido repelida pela jurisprudência do CARF.

Aferição indireta

Mesmo que a decisão da DRJ tenha recusado admitir que houve aferição indireta isto é patente, posto que ao adotar como remuneração os valores dos balancetes que superaram as folhas de pagamento, houve a inclusão de parcelas não sujeitas à incidência de contribuições. Por esse motivo há de ser realizada perícia técnica para se chegar a base de cálculo correta.

A mensuração da base de cálculo deve ser levada a efeito com base nos resumos das folhas de pagamento e nos recibos acostados com a defesa.

Multa

Não é procede a imposição de multa com base no art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, devendo-se verificar a multa que seria mais benéfica ao sujeito passivo.

A multa imposta no patamar de 75% da contribuição não recolhida é inconstitucional em razão do seu nítido caráter confiscatório.

Sobra de recolhimentos

É inadmissível que o fisco, mesmo confirmando a existência de recolhimentos efetuados a maior que o declarado em GFIP, queira condicionar a compensação destes créditos à retificação das guias informativas. Tal medida cerceia o direito do Município de fazer valer um direito líquido e certo.

Superdimensionamento da base de cálculo

Ao aferir a base de cálculo das contribuições a partir de valores constantes dos balancetes, o fisco a majorou indevidamente incluindo verbas que não integram o salário-

de-contribuição, tais como: férias, um terço e o abono; horas-extras; salário-maternidade; aviso prévio, dentre outras.

Pedido

Ao final requereu:

- a) declaração de nulidade dos AI;
- b) reconhecimento da insubsistência das lavraturas;
- c) redução da multa imposta; e
- d) nulidade da decisão recorrida por haver indeferido o pedido para realização de perícia técnica, que definiria com precisão a base de cálculo;
- e) apropriação das quantias recolhidas a maior conforme batimento folha de pagamento e GFIP.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Admissibilidade

A ciência da decisão recorrida deu-se em 20/03/2015 (fl. 2.696), tendo o recurso sido apresentado em 09/04/2015 (ver despacho de fl. 2.702), portanto, dentro do trintídio legal. Por atender também ao requisito de legitimidade, merece conhecimento.

Nulidade

São várias as razões que o sujeito passivo invoca no afã de ver anulados os lançamentos sob questão. A primeira refere-se a suposta impossibilidade legal de se reunir num mesmo processo autos de infração que se lastreiam em elementos de prova diversos.

O Decreto n.º 70.235/1972 que rege o processo administrativo fiscal relativos aos tributos de competência da União dispõe sobre essa questão nos seguintes termos:

"Art. 9º A exigência do crédito tributário e a aplicação de penalidade isolada serão formalizados em autos de infração ou notificações de lançamento, distintos para cada tributo ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

§ 1º Os autos de infração e as notificações de lançamento de que trata o caput deste artigo, formalizados em relação ao mesmo sujeito passivo, podem ser objeto de um único processo, quando a comprovação dos ilícitos depender dos mesmos elementos de prova.

(...)

Infere-se do dispositivo acima que as notificações e os autos de infração devem ser individualizados por tributo ou penalidade, aos quais deverão ser juntados os elementos de prova necessários a suportar a acusação fiscal.

Observe-se que com esse comando o legislador buscou segregar as lavraturas por tributo ou penalidade, de modo a facilitar o entendimento da imputação pelo contribuinte, que poderia, diante de lançamentos tratando vários tributos ou várias penalidades, ter prejudicado o seu direito de defesa.

Segundo o § 1.º, por interpretação a contrário senso, cada lavratura deve corresponder a um processo, todavia, por razões de economia processual, a norma faculta que

sejam reunidos num mesmo processo as notificações ou autos, quando a comprovação da infração depender dos mesmos elementos de prova.

Foi com base neste permissivo que a autoridade lançadora reuniu no mesmo processo os quatro autos de infração. Entendo que essa medida foi acertada. Explico.

A apuração das contribuições previdenciárias se dá normalmente pela análise dos elementos onde são lançados os pagamentos de remuneração. No caso em destaque, o fato gerador foi verificado mediante o exame de folhas de pagamento, demonstrativos contábeis (balancetes) e recibos de pagamento de remuneração.

Ora, a apuração fiscal foi levada a efeito mediante o cotejo desses três elementos, tendo o fisco apresentados os lançamentos como diferenças entre os balancetes e as folhas de pagamento e divergências entre as folhas de pagamento e as informações prestadas mediante a GFIP.

De se concluir que os quatro lançamentos, todos concernentes a fatos geradores decorrentes de prestação de serviços de servidores contratados, tiveram como elementos de prova a contabilidade, as folhas de pagamento e as GFIP, não havendo, assim, o que se falar em desobediência ao § 1.º do art. 9.º do Decreto n.º 70.235/1972.

Outra irregularidade apontada diz respeito à inclusão em um mesmo relatório fiscal da narrativa dos motivos que levaram às quatro lavraturas em destaque.

Inicialmente é bom que se diga, que ao contrário do que afirma o recorrente, o relato do fisco menciona, tanto no título da peça de acusação, como logo na sua introdução, que a narrativa se refere aos quatro autos de infração.

Em seguida, são mencionados os itens de apuração (levantamentos) que constituem cada autuação. De posse dessa descrição e do Discriminativo do Débito, onde são indicados os levantamentos que compõe cada auto, são facilmente identificáveis as origens de cada lançamento. Assim, é descabida a afirmação de que a elaboração de apenas um relatório teria prejudicado o direito de defesa do contribuinte.

Também não encontro qualquer problema de ordem procedimental a citação dos dispositivos legais que dão suporte aos lançamentos no anexo denominado "Fundamentos Legais do Débito - FLD". Observe-se que este relatório, que traz a fundamentação que dá suporte ao fisco para fiscalizar o tributo, a base legal da contribuição exigida e a legislação que autoriza a cobrança dos acréscimos legais.

A apresentação da base legal do lançamento no mencionado relatório, ao meu ver, em nada prejudica o direito de defesa do contribuinte, posto que as normas são apresentadas separadas por tema e dentre do cada tema por período do lançamento. A jurisprudência do CARF também tem manifestado esse posicionamento como se pode ver do Acórdão n.º 205-00.788, de 02/07/2008, cuja relatoria foi do Conselheiro Marcelo Oliveira. Vejamos a ementa:

"Ementa Contribuições Sociais Previdenciárias.

Período de apuração: 01/2005 a 08/2006.

*Ementa: CERCEAMENTO DE DEFESA.
INAPLICABILIDADE DE LEGISLAÇÃO CO-
RESPONSÁVEIS. SELIC.*

Não há cerceamento de defesa no detalhamento do anexo Fundamentos Legais do Débito (FLD). Normas jurídicas vigentes devem ser seguidas, até sua extinção, pelo órgão competente. A relação de co-responsáveis é meramente informativa, não havendo ônus, na fase administrativa, a nenhum dos elencados. 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.

Recurso Voluntário Negado." grifei

Ao lançar suas ponderações sobre essa questão, o relator utilizou-se do mesmo raciocínio que estamos expondo neste momento, como se pode ver do excerto do voto condutor daquele acórdão:

"A recorrente afirma que o anexo Fundamentos Legais do Débito (FLD) dificulta o entendimento da fundamentação e a compreensão de qual dispositivo legal está sendo aplicado, o que dificulta sua apresentação de defesa.

Analisando o anexo citado, fls. 029 a 031, verificamos que os assuntos são tratados separadamente, inclusive quanto à vigência da legislação no tempo.

Portanto, não há que se alegar dificuldade em um anexo que demonstra, clara e totalmente, os fundamentos legais para a lavratura da NFDL."

Outra questão relevante para o sujeito passivo, a qual conduziria à nulidade dos AI é a falta de fundamentação para justificar o arbitramento das contribuições. A meu ver não houve na espécie aferição indireta da base de cálculo, posto que todos os dados utilizados para a sua apuração foram extraídos de documentos representativos de pagamento de remuneração: balancetes e folhas de pagamento.

Como se sabe o arbitramento é um procedimento de exceção previsto no art. 148 do CTN, o qual permite ao fisco, por meios indiretos, obter a base de cálculo do tributo, quando os elementos e os esclarecimentos prestados pelo sujeito passivo não mereçam fé ou quando haja recusa em atender as intimações do fisco.

Na espécie esta situação não se configurou, haja vista que a fonte dados para mensuração da base tributável foi o conjunto documental apresentado pelo sujeito passivo, o qual, repito, contempla os dados sobre a remuneração paga aos servidores.

Portanto, não hei de reconhecer a mácula referente a deficiente fundamentação legal dos lançamentos.

Pedido de perícia

Quanto ao cerceamento do direito de defesa ocasionado pelo indeferimento do órgão *a quo* do pedido de produção de novas provas, em especial da perícia, entendo que não deva ser acatado. No processo administrativo fiscal vigora o princípio do livre

convencimento motivado. Segundo o qual a autoridade julgadora tem liberdade para adotar a tese que ache mais adequada a solução da contenda, desde o que o faça com a devida motivação.

Nesse sentido, somente à autoridade que preside o processo é dado determinar a realização de perícias e diligências caso ache necessário. Não está o julgador obrigado a deferir pedidos de dilação probatória se os elementos constantes nos autos já lhe dão o convencimento suficiente para emissão da decisão.

A DRJ foi enfática ao afirmar que as dúvidas relativas à apuração foram esclarecidas pelo sujeito passivo durante o procedimento de apuração fiscal, inexistindo questões a serem esclarecidas que pudessem interferir no destino da lide.

Por outro lado, a legislação prevê os requisitos mínimos para que se aceite o pedido de perícia. É assim que dispõe o inciso IV do art. 16 do Decreto n.º 70.235/1972:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

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.

(...)

Nessa toada, por não ter indicado o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, o recorrente não merece que seu pedido de perícia seja deferido.

Desacolho, portanto, a suscitada nulidade da decisão recorrida.

Verbas não sujeitas à incidência previdenciária

Segundo o sujeito passivo, haveria necessidade de se retificar os lançamentos, posto que foram incluídas na base de cálculo parcelas sobre as quais não há incidência das contribuições sociais.

As verbas mencionadas no recurso foram terço constitucional de férias, férias, 13º salário, adicional de horas extras, abono de férias, aviso prévio indenizado, auxílio doença, auxílio-acidente, auxílio-funeral, salário-maternidade, remuneração nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença do trabalhador.

A meu sentir, é despicando entrar na discussão acerca da tributação de cada uma das verbas, haja vista que, o Município sequer demonstrou que houvera recolhido contribuições sobre tais parcelas.

A tabela de remuneração acostada na impugnação, fls. 1.569/1.674, apresenta apenas a identificação do servidor, o vencimento, o desconto e o valor líquido recebido, sem fazer qualquer referência a pagamento das verbas acima mencionadas. Observa-se ainda que sequer é indicado ao qual período se referem os pagamentos de remuneração.

Vejo que estes resumos de folhas de pagamento acostados não são hábeis a comprovar as verbas supostamente não tributáveis que teriam composto a base de cálculo dos

lançamentos. Isso porque não há a indicação das parcelas incidentes e não incidentes, de modo que pudesse se pudesse colocá-los em confronto com a apuração fiscal.

Sobre esse tema a decisão recorrida lançou várias considerações acerca dos pedidos de esclarecimentos formulados pelo fisco e das respostas apresentadas pelo contribuinte, as quais são bastante esclarecedoras para o deslinde deste ponto da contenda. Vejam a transcrição:

" Como anteriormente referido, as contribuições patronais previdenciárias estão sendo cobradas nos Autos de Infração Debcad n° 51.000.728-7 e 51.000.730-9.

No primeiro auto de infração, a base de cálculo foi apurada diretamente na contabilidade do sujeito passivo e corroborada pelos esclarecimentos prestados pelo sujeito passivo à fiscalização. A base de cálculo consiste na diferença entre a remuneração dos segurados empregados contratados do Regime Geral de Previdência Social constantes da conta contábil 31.90.04.00 – Contratação por Tempo Determinado (ED 04), em comparação com as bases INSS dos resumos das folhas de pagamento apresentadas. Ou seja, trata-se de remuneração que não foi informada pelo sujeito passivo em folha de pagamento, mas que consta de sua contabilidade, e sobre a qual incidem as contribuições patronais previdenciárias.

É importante ressaltar que o contribuinte já havia sido intimado pela fiscalização a prestar esclarecimentos sobre o motivo dos valores lançados em sua contabilidade, nas contas de despesa 31.90.04.00 (Contratação por Tempo Determinado), 31.90.11.00 (Vencimentos e Vantagens Fixas – Pessoal Civil) e 31.90.16.00 (Despesas Variáveis – Pessoal Civil), serem maiores que o somatório dos valores das remunerações das folhas de pagamento do Regime Próprio de Previdência Social e do Regime Geral de Previdência Social (Termo de Intimação Fiscal e Solicitação de Esclarecimento e Anexo 1, fls. 61 a 63). Na resposta de 19/09/2014, por meio do Ofício nº 697/2014, o sujeito passivo informou que as remunerações na folha de pagamento constantes do Anexo 1 ao Termo de Intimação Fiscal abrangiam os servidores do Quadro de Pessoal Permanente, de Provento Efetivo e os Cargos de Provento em Comissão, excetuando-se os contratos temporários. Posteriormente, por meio do Ofício nº 785/2014, de 22/10/2014 (fls. 70), concluiu que os números apresentados no Termo de Intimação Fiscal estavam compatíveis com os dados contábeis. E, conforme relata a fiscalização no item 4.1 do Relatório Fiscal, no atendimento ao Termo de Intimação Fiscal e Solicitação de Esclarecimento, anexo a este Auto de Infração, a empresa justificou satisfatoriamente estas divergências mostrando seus valores e identificando os empregados, conforme anexo intitulado “CONTRATADOS”.

No segundo auto de infração, foram lançadas as contribuições patronais devidas em razão da identificação pela fiscalização de valores constantes das folhas de pagamento elaboradas pelo sujeito passivo e não declaradas em GFIP. Ou seja, também há apuração direta da base de cálculo."

Esta narrativa revela que durante a fase de investigação dos fatos geradores o fisco intimou a Prefeitura a esclarecer as divergências entre a contabilidade e as folhas de pagamento, tendo elaborado a sua apuração em conformidade com os documentos e esclarecimentos apresentados pelo contribuinte.

Agora no contencioso, o recorrente busca alterar a base de cálculo, todavia, sem demonstrar que houve a inclusão de verbas não sujeitas à tributação nos lançamentos questionados. A mera alegação genérica de discordância sem a demonstração concreta de fatos e motivos e desacompanhada de documentos hábeis, impede-nos de um maior aprofundamento na matéria.

Não custa recordar que nos termos do CPC, utilizado subsidiariamente no processo administrativo fiscal, cabe ao acusado apresentar as provas que possam modificar a pretensão da parte adversa, como se pode ver desse dispositivo:

" Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.(...)"

Nesse sentido, por não ter o contribuinte se desincumbido do ônus de demonstrar sua alegação de que os lançamentos contemplaram parcelas não integrantes do salário-de-contribuição, afasto o pedido para revisão da base de cálculo do lançamento.

Multa

Nos termos dos Discriminativos do Débito - DD, a multa de ofício foi imposta no patamar de 75%, a qual foi imposta com base no art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, incluído pela Lei n.º 11.941/2009, conforme FLD.

Considerando que os lançamentos correspondem ao período de 01 a 12/2010, a multa foi imposta conforme a legislação vigente na data do fato gerador, em obediência ao que determina o art. 144 do CTN, "caput".

Observe-se que o art. 35-A tem aplicação nos casos de lançamento de ofício, como se vê da sua redação:

" 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)."

O dispositivo em questão reporta-se a multa prevista no art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, assim redigido:

" Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

(...)

Na espécie verificou-se que o sujeito passivo não declarou em GFIP os fatos geradores contemplados no lançamento, cabendo, assim, a imposição da multa no patamar de 75% do tributo não recolhido.

Observe-se que não cabe neste caso a aplicação da multa prevista no art. 32-A da Lei n.º 8.212/1991, haja vista que esta penalidade refere-se a imposição de multa quando a infração diz respeito apenas a falta de declaração do tributo ou sua declaração com incorreções ou omissões, sem exigência da obrigação principal, como se pode ver:

"Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009). (Vide Lei nº 13.097, de 2015) (Vide Lei nº 13.097, de 2015)

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

Arguiu a recorrente também a inconstitucionalidade da multa aplicada, em face do seu caráter confiscatório. Na análise dessa razão, não se pode perder de vista que o lançamento da multa por descumprimento de obrigação de pagar o tributo é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que uma vez definido o patamar da sua quantificação pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no quantum previsto pela legislação.

Cumprindo essa determinação a autoridade fiscal, diante da ocorrência da falta de pagamento do tributo fato incontestável aplicou a multa no patamar fixado na legislação, conforme muito bem demonstrado nos Discriminativos do Débito, em que são expressos os valores originários a multa e os juros aplicados no lançamento.

Além do mais, salvo casos excepcionais, é vedado a órgão administrativo declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. Nessa linha de entendimento, dispõe o enunciado de súmula, abaixo reproduzido, o qual foi divulgado pela Portaria CARF n.º 106, de 21/12/2009 (DOU 22/12/2009):

Súmula CARF N.º 2 O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF, inserto no Anexo II da Portaria MF n.º 343, de 09/06/2015.

Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, uma vez que o fisco tão somente utilizou os instrumentos legais de que dispunha.

Apropriação de valores recolhidos a maior

O fisco detectou sobras de contribuição entre as contribuições recolhidas mediante GPS e aquelas calculadas mediante a declaração prestada na GFIP. Esse batimento encontra-se apresentado no item 5 do relato fiscal.

Sobre essa questão a autoridade lançadora fez as seguintes considerações:

"No Termo de Intimação Fiscal e Solicitação de Esclarecimento, de 18/08/2014, recebido pela empresa em 25/08/2014, solicitamos a justificação com as devidas retificações na GFIPs dos valores recolhidos a maior em GPSs em relação aos valores declarados como devidos nas GFIPs. A empresa solicitou prorrogação de prazo e foi concedido até 22/09/2014.

Posteriormente, solicitou nova prorrogação e foi concedido o prazo final em 10/10/2014. No entanto, alegando dificuldades para levantar os dados pessoais dos trabalhadores não apresentou-os nas GFIPs até agora.

Portanto, essa fiscalização pela falta das retificações nas GFIPs, não pode aproveitar os recolhimentos, conforme tabela abaixo:

(...)"

O Município alega que o fisco e a decisão de primeira instância atentam contra o patrimônio da municipalidade ao impedir que os créditos de GPS efetivamente recolhidas sejam aproveitados na apuração, sob o pífio argumento da falta de retificação das GFIP.

Ao privilegiar a forma sobre a substância, impõe-se aos cofres municipais uma perda de quase 1,5 milhão de reais, ferindo um direito líquido e certo do contribuinte de deduzir da dívida o total recolhido.

Acerca da falta de apropriação destes valores, o fisco não apresentou qualquer justificativa legal para tal vedação, apenas mencionou a falta de retificação da GFIP.

A meu ver, não há como condicionar a compensação de valores efetivamente recolhidos no descumprimento de uma obrigação acessória. Todos sabemos que esta última

conduta tem como consequência a imposição de sanção pecuniária prevista no art. 32-A da Lei n.º 8.212/1991.

Lembro-me que em julgamento na 1.^a Turma Ordinária desta 4.^a Câmara, colegiado de que fui membro em data recente, nos debruçamos sobre questão similar e decidimos favoravelmente ao sujeito passivo, conforme se vê da ementa do Acórdão n.º 2401-003.083:

"Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/08/2010 a 31/12/2010

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. AÇÃO AJUIZADA APÓS VIGÊNCIA DA LEI COMPLEMENTAR N. 118/2005. PRAZO QUINQUENAL.

Conforme entendimento firmado pelo STF, na sistemática dos recursos repetitivos, o prazo prescricional para compensação tributária é de cinco anos para as ações ajuizadas após início da vigência da Lei Complementar n. 118/2005.

PARCELAMENTO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL PARA EFETUAR COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

O parcelamento não é causa extintiva do crédito tributário, assim não pode ser tomado como causa suspensiva da prescrição do direito de compensar tributo pago indevidamente.

COMPENSAÇÃO PELA PREFEITURA DE CONTRIBUIÇÕES RECOLHIDAS EM NOME DA CÂMARA MUNICIPAL. POSSIBILIDADE.

As contribuições indevidas sobre a remuneração dos agentes políticos (vereadores) podem ser compensadas no CNPJ da Prefeitura.

AUSÊNCIA DE RETIFICAÇÃO DAS GFIP. IMPEDIMENTO PARA COMPENSAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

A falta de retificação da GFIP representa descumprimento de dever instrumental a ser punido com aplicação de multa, não podendo ser utilizado como barreira para compensação de créditos pertencentes ao sujeito passivo.

HORAS EXTRAORDINÁRIAS. RETRIBUIÇÃO PELO TRABALHO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.

Incidem contribuições sobre os pagamentos efetuados a título de horas extraordinárias, posto que representam remuneração pelo trabalho. Não cabe, portanto, compensação de recolhimentos sobre essa parcela, posto que inexistiu pagamento indevido.

FÉRIAS INDENIZADAS. INEXISTÊNCIA DE RECOLHIMENTO. COMPENSAÇÃO IMPOSSIBILIDADE.

O sujeito passivo não tem direito a efetuar compensação com recolhimentos sobre férias indenizadas, posto que não comprovou haver incluído tal parcela na base de cálculo das contribuições.

CONTRIBUIÇÃO PARA FINANCIAMENTO DOS ACIDENTES DE TRABALHO. ALÍQUOTA APLICÁVEL.

A alíquota da contribuição para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho é definida em função da atividade preponderante do sujeito passivo, que é aquela que engloba o maior número de segurados empregados e avulsos, só se considerando nesse cômputo os trabalhadores que atuam nas atividades fim da empresa.

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." (grifei)

É certo que existem decisões neste tribunal que não se perfilham com este entendimento, mas o meu posicionamento no momento continua sendo pela possibilidade de compensação, mesmo sem que tenha havido a retificação da GFIP, até mesmo porque tenho dúvida se o contribuinte em ação fiscal poderia promover a retificação de guias declaratórias do período investigado.

De outra banda, analisando o Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal - TEPF, não localizei qualquer ressalva de que a auditoria tributária tenha sido feita de forma parcial, o que poderia dar entender que nem todos os fatos geradores teriam sido auditados.

Ora se a fiscalização foi total, inegavelmente com análise contábil, caso não se admita a compensação de créditos reconhecidos pelo fisco apenas pela falta de retificação das GFIP do período, estar-se-á agredindo ilegalmente o patrimônio do Município.

Sem deixar de lembrar que as omissões nas GFIP já estão sendo punidas pela aplicação da multa de ofício prevista no art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991.

Arrematando, encaminho pelo dedução dos créditos mencionadas no item 5 do relatório fiscal.

Processo nº 10410.724382/2014-04
Acórdão n.º **2402-005.184**

S2-C4T2
Fl. 2.743

Conclusão

Voto por conhecer do recurso para afastar as preliminares de nulidade do lançamento e da decisão recorrida e, no mérito, para lhe dar provimento parcial de modo que sejam deduzidos da dívida os créditos mencionados no item 5 do relatório fiscal.

Kleber Ferreira de Araújo.