



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

Processo nº 10660.721728/2012-09
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-004.894 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de janeiro de 2017
Matéria GLOSA DE COMPENSAÇÃO
Recorrente MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO DO RIO VERDE PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/08/2011

MATÉRIA *SUB JUDICE*. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RENÚNCIA.

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

MULTA ISOLADA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. AUSÊNCIA.

A aplicação de multa isolada nas glosas de compensação indevida exige a comprovação da falsidade da declaração, que se caracteriza quando o contribuinte conhece a improcedência de seu crédito.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso voluntário para, na parte conhecida, dar provimento parcial para que seja excluída a multa isolada cobrada através do AI nº 51.006.293-8.

Andrea Brose Adolfo - Presidente

Julio Cesar Vieira Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: ANDREA BROSE ADOLFO, JULIO CESAR VIEIRA GOMES, FABIO PIOVESAN BOZZA, JORGE HENRIQUE BACKES, ALEXANDRE EVARISTO PINTO e MARIA ANSELMA COSCRATO DOS SANTOS.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento fiscal com ciência em 14/06/2012 em razão da glosa de compensações com supostos créditos de contribuições previdenciárias recolhidas sobre subsídios de agentes políticos, horas-extras, 1/3 de férias e função gratificada. Também foi aplicada multa isolada por falsidade de declaração. Seguem transcrições da ementa e trechos do relatório/voto que compõem o acórdão recorrido:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 30/08/2011

AÇÃO JUDICIAL. EFEITOS.

A submissão de matéria à tutela autônoma e superior do Poder Judiciário implica renúncia à via administrativa quanto ao mesmo objeto.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO INEXISTENTE. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GLOSA.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias se ausentes os atributos de liquidez e certeza do crédito compensado. Não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária e no Código Tributário Nacional CTN, e não comprovada a certeza e liquidez dos créditos, deverá a fiscalização efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados, com o conseqüente lançamento de ofício das importâncias que deixaram de ser recolhidas.

RETIFICAÇÃO DE GFIP.

A retificação de GFIP é requisito para efetivação de compensação.

MULTA ISOLADA. NÃO COMPROVAÇÃO DOS CRÉDITOS. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. COMPROVAÇÃO.

É imputável multa isolada na conduta do sujeito passivo de considerar crédito oriundo de pagamentos indevidos, que não se poder caracterizar como líquido e certo. A execução do procedimento demonstra a vontade do sujeito passivo de falsear a declaração para dela fazer constar crédito para o qual não possui direito.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

...

Trata-se de Autos de Infração de Obrigações Principais (AIOP) consolidados em 05/06/2012, lavrado no DEBCAD nº 51.006.2911 constitutivo de contribuições destinadas à Seguridade Social, quota correspondente a parcelas patronais, decorrentes de glosas de compensações efetuadas pelo órgão público por estarem em desacordo com a legislação de regência, importando em crédito no valor de R\$1.650.853,00 e DEBCAD nº 51.006.2938, constitutivo da multa isolada atinente às compensações indevidas efetuadas com falsidade na declaração, no valor de R\$1.816.176,11.

...

No relatório a fiscalização registra que o município informou a existência de processo judicial nº 2008.38.10.0005943, “objetivando serem declaradas como indevidas as contribuições incidentes sobre os valores pagos aos exercentes de mandatos eletivo, bem como aos ocupantes de cargos efetivos detentores de função gratificada, aos detentores de cargos em comissão sem vínculos e aos demais exercentes de cargos temporários”.

...

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde reitera as alegações trazidas na impugnação:

Cientificado do lançamento, o órgão municipal ofertou a impugnação de fls. 47/57 com protocolo em 04/07/2012, onde, em síntese, alega que a compensação foi de acordo com a legislação vigente, bem como amparado em determinação judicial.

Diz que obtiveram decisão procedente considerando a não incidência de contribuição sobre a remuneração dos agentes políticos e sobre função gratificada, com restituição dos valores pagos de 30/10/1997 a 18/09/2004, observado o prazo decenal, sem limite quantitativo ou temporal.

Aduz que não é obrigado a retificar as GFIP antes de realizar a compensação. “Pois a compensação é a obrigação principal, devendo ser cumprida de imediato pela Fazenda, vez que se cobrou contribuição previdenciária inconstitucional.”

Diz ainda que “a retificação de GFIP realmente deve ser realizada mas não deve, obrigatoriamente, ser anterior à compensação, pois dela é acessória”.

Sobre a multa isolada diz ser necessária a comprovação da intenção dolosa de evitar, protelar ou reduzir o montante do tributo a ser pago. Pede, também a insubsistência do processo de multa isolada.

E também que:

a) não houve renúncia, uma vez que a propositura da ação foi anterior a autuação e, no caso, não se poderia cercear seu direito à ampla defesa e contraditório;

b) há decisões de DRJ e CARF no sentido da obrigatoriedade de a fiscalização demonstrar que houve falsidade na declaração para a aplicação da multa isolada; e

c) quando da fiscalização ainda estava amparado por medida liminar reconhecendo seu direito.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Comprovado nos autos o cumprimento dos pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao exame.

Concomitância com ação judicial

De fato, na ação judicial promovida pela recorrente discute-se a procedência ou não do crédito tributário sobre os pagamentos a agentes políticos e pagamentos de gratificações a ocupantes de cargos comissionados e funções gratificadas, o que caracteriza a concomitância nessa parte e, conseqüentemente, implica o reconhecimento da renúncia de se discutir a mesma questão no processo administrativo, ainda que a propositura da ação seja anterior à autuação fiscal que glosou as compensações:

Lei n° 6.830/80

Art. 38 (...)

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Lei n.º 8.213, de 24/07/91:

Art.126 (...)

§3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Súmula CARF n° 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.

Assim, por concomitância com o objeto na ação judicial, não se conhecerá da matéria relativa ao direito à compensação do crédito relativo aos pagamentos a agentes políticos e pagamentos de gratificações a ocupantes de cargos comissionados e funções gratificadas alegado pelo recorrente:

À vista da informação sobre a tramitação na esfera judicial da Ação Declaratória de Crédito Previdenciário c/c Repetição de Indébito, cuja sentença de primeira instância foi acostada às fls.92/99 vê-se que seu objeto foi “a declaração de indébito de contribuição previdenciária, antes e após a Lei 10.887/2004, recolhidas sobre a folha de pagamento de agentes políticos

(exercentes de mandatos eletivos), ocupantes de cargo efetivo detentores de função gratificada, detentores de cargos em comissão sem vínculo e demais exercentes de cargos temporários, bem como repetição de todos os valores indevidamente pagos desde 30/10/1997”.

Contudo, em relação a matéria concomitante deve ser observado o artigo 86, §2º do Decreto nº 7.574, de 29/09/2011:

Art. 86. (...)

§ 2º O lançamento para prevenir a decadência deve seguir seu curso normal, com a prática dos atos administrativos que lhe são próprios, exceto quanto aos atos executórios, que aguardarão a sentença judicial, ou, se for o caso, a perda da eficácia da medida liminar concedida.

Passo a examinar a obrigatoriedade de retificação da GFIP como requisito para a compensação e o direito à compensação em relação às demais parcelas, e a aplicação de multa isolada.

Quanto à retificação das GFIP

A necessidade de retificação prévia das GFIP mediante exclusão dos exercentes de mandato eletivo informados é prevista na Instrução Normativa MPS/SRP nº 15/2006, art. 6º, I e na Portaria MPS nº 133, de 02/05/2006, art. 4º, I:

Art. 6º É facultado ao ente federativo, observado o disposto no art. 3º, compensar os valores pagos à Previdência Social com base no dispositivo referido no art. 1º, observadas as seguintes condições:

I - a compensação deverá ser precedida de retificação das GFIP, para excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados, bem como, a remuneração proporcional ao período de 1º a 18 na competência setembro de 2004 relativa aos referidos exercentes;

(...)

§ 4º É obrigatória a retificação da GFIP, por parte do dirigente do ente federativo, independentemente de efetivação da compensação.

(...)

Art. 4º Eventual compensação ou pedido de restituição por parte do ente federativo observará as seguintes condições:

I - será precedido de retificação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social - GFIP;

É necessário que a empresa preste as informações à Previdência Social, sobretudo os salários de contribuição percebidos pelos segurados. São essas informações que

viabilizam a concessão dos benefícios previdenciários. A base de dados deve ser corretamente alimentada com os segurados e respectivas remunerações, daí a exigência de retificação das GFIP; porém, para o seu descumprimento é prevista a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Uma vez reconhecido que os subsídios pagos aos agentes políticos não compõem mais a base de cálculo das contribuições previdenciárias, o sujeito passivo deverá retificar seus documentos já entregues.

Por tudo, entendo que a retificação da GFIP é necessária para que a recuperação dos créditos comprovadamente existentes seja acompanhada da exclusão desses valores para fins de concessão de futuros benefícios previdenciários.

Multa Isolada

Além da glosa realizada, a fiscalização aplicou multa isolada agravada sob o fundamento de suposta falsidade de declaração, artigo 89, §10º da Lei nº 8.212/91:

Artigo 89 (...)

§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).

A declaração a que se refere a fiscalização seria a GFIP e a falsidade decorreria de a recorrente conhecer a inexistência de crédito a compensar. Acontece que todas as parcelas que originaram os créditos alegados pelo recorrente foram objeto de demandas judiciais que após decisão do STJ se encontram aguardando julgamento definitivo no STF:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.957 - RS (2011/0009683-6)

(...)

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

1. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA.

1.1 Prescrição.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 566.621/RS, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe de 11.10.2011), no regime dos arts. 543-A e 543-B do CPC (repercussão geral), pacificou entendimento no sentido de que, "reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º, segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a aplicação do novo prazo de 5 anos tão-

somente às ações ajuizadas após o decurso da *vacatio legis* de 120 dias, ou seja, a partir de 9 de junho de 2005". No âmbito desta Corte, a questão em comento foi apreciada no REsp 1.269.570/MG (1ª Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.6.2012), submetido ao regime do art. 543-C do CPC, ficando consignado que, "para as ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do CTN".

1.2 Terço constitucional de férias.

No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, "d", da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97).

Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: "Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção

(...)

RE 593068 RG / SC - SANTA CATARINA

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Ementa EMENTA: CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO NATALINA (DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO). HORAS EXTRAS. OUTROS PAGAMENTOS DE CARÁTER TRANSITÓRIO. LEIS 9.783/1999 E 10.887/2004. CARACTERIZAÇÃO DOS VALORES COMO REMUNERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO). ACÓRDÃO QUE CONCLUI PELA PRESENÇA DE PROPÓSITO ATUARIAL NA INCLUSÃO DOS VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (SOLIDARIEDADE DO SISTEMA DE CUSTEIO).

1. Recurso extraordinário em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno', e 'adicional de insalubridade'. Discussão sobre a caracterização dos valores como remuneração, e, portanto, insertos ou não na base de

cálculo do tributo. Alegada impossibilidade de criação de fonte de custeio sem contrapartida de benefício direto ao contribuinte. Alcance do sistema previdenciário solidário e submetido ao equilíbrio atuarial e financeiro (arts. 40, 150, IV e 195, § 5º da Constituição).

2. Encaminhamento da questão pela existência de repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

Em razão de toda a controvérsia jurisprudencial acerca da incidência ou não da contribuição previdenciária sobre essas parcelas não me parece razoável considerar que teria havido falsidade por parte do recorrente ao declarar os recolhimentos incidentes sobre essas parcelas créditos sujeitos à compensação.

Diferentemente, nos casos em que o contribuinte inclua fatos geradores cuja incidência seja menos controvertida, apure valores distorcidos ou, ainda, tivesse contra si decisão judicial de improcedência com trânsito em julgado em ação que visasse reconhecer a não incidência de tais verbas e, não obstante, fizesse a compensação, talvez fosse o caso da configuração da falsidade, pois o contribuinte estaria distorcendo os fatos para iludir o Fisco. No caso do presente Auto de Infração, o contribuinte procedeu à compensação baseado em teses jurídicas que, ainda que o Fisco não as aceite por força do princípio da vinculação ao lançamento e da legalidade, são realidades no cenário jurisprudencial.

Quanto ao artigo 170-A do CTN, de fato o recorrente deixou de observá-lo. A antecipação da compensação antes do trânsito em julgado contraria norma expressa de lei. Assim procedendo, a compensação já se torna indevida, mas por si só não se caracteriza como uma conduta de falsificação. Do contrário, os conceitos de compensação indevida e falsidade na declaração sempre coincidiriam. As compensações devem ser obrigatoriamente declaradas em GFIP e quando consideradas indevidas o são justamente porque contrariam algum dispositivo legal, já que todas as regras decorrem de lei. Assim, contrário senso, toda compensação contrária à lei também seria em última instância uma falsidade. O que me parece um alargamento insustentável do conceito e, conseqüentemente, do redimensionamento dos casos de aplicação da multa isolada:

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 2001)

No sentido de que a compensação antes do trânsito em julgado da sentença não caracteriza por si só falsidade, transcrevo ementa de acórdão da DRJ que também está sob reexame deste turma através de minha relatoria:

Acórdão 14-48.153 - 16ª Turma da DRJ/RPO

Sessão de 17 de janeiro de 2014

Processo 10580.723550/2013-01

*Interessado INTERMARITIMA PORTOS E LOGÍSTICA S/A
CNPJ/CPF 96.825.575/0001-12*

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2010 a 30/12/2012

*AUTO DE INFRAÇÃO. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.
LANÇAMENTO COM FALSIDADE NA GFIP.
INOCORRÊNCIA.*

O cabimento da multa isolada, no caso de compensação indevida na GFIP, depende da comprovação, pelo Fisco, da falsidade da declaração, não constituindo falsidade o exercício do direito de compensação de “créditos” ainda não definitivos, abrangidos por sentenças judiciais sem trânsito em julgado.

À fiscalização incumbe o dever de proceder ao lançamento do crédito tributário quando não oferecido à tributação os fatos geradores pelo contribuinte ou quando efetuada compensação indevida.

Por essas razões, entendo inaplicável ao caso a multa isolada por falsidade.

Quanto os créditos que seriam decorrentes de horas extras, gratificações e férias, conforme examinamos acima, permanece pendente de julgamento no STF a incidência ou não da contribuição previdenciária sobre essas parcelas. Até que se decida definitivamente, conforme artigo 62 do RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015, fica vedado a este CARF afastar o artigo 28 da Lei nº 8.212/91 sob fundamento de inconstitucionalidade:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa

(...)

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 - Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Por tudo, voto por conhecer em parte do recurso voluntário para, na parte conhecida, dar provimento parcial para que seja excluída a multa isolada cobrada através do AI nº 51.006.293-8.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes