



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

Processo nº 10830.727024/2012-32
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2401-004.845 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de junho de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrentes PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE VALINHOS
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

RECURSO VOLUNTÁRIO. PRESSUPOSTOS ADMISSIBILIDADE. INTEMPESTIVIDADE.

Não se conhece do recurso quanto interposto fora do prazo legal de 30 dias após a intimação pessoal do contribuinte.

RECURSO DE OFÍCIO. MULTA ISOLADA DE 150%.

A aplicação de penalidade mais grave, mediante a majoração da multa de ofício (150%), só tem cabimento em situações específicas, onde fique evidenciado o comportamento do contribuinte, no tocante ao dolo, conluio ou fraude, situações que, por sua gravidade, devem ensejar reprimenda punitiva de maior monta, com o fito de punir o infrator que assim age, extrapolando a conduta do mero inadimplente, e desestimular novas condutas desta natureza. O que não ocorreu no presente caso.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS. A Súmula 28 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais determina que o CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso de ofício e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencida a conselheira Miriam Denise Xavier Lazarini. Por unanimidade em não conhecer do recurso voluntário, por intempestividade.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Presidente

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Denny Medeiros da Silveira, Andréa Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa, Cleberson Alex Friess e Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez.

Relatório

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

O presente processo nº 10830.727024/2012-32 visa a cobrança de contribuições devidas pela empresa à Seguridade Social, bem assim ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa e riscos ambientais do trabalho – RAT/GILRAT (Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204).

Contribuições devidas pelos segurados, não descontadas (Auto de Infração DEBCAD nº 51.030.3005), incidente sobre a remuneração de segurados empregados e contribuintes individuais, no valor de R\$ 51.345,95.

Ainda, as contribuições devidas pela empresa à Seguridade Social, a incidente sobre o valor dos serviços prestados por segurados por intermédio de cooperativa de trabalho – UNIMED (Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204), conforme artigo 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91 e glosa de compensações indevidas, declaradas na GFIP (competências 08/2009 a 10/2009, 13/2009, 02/2010 a 01/2011, 06/2011), no valor de R\$ 16.898.390,86.

Nesse sentido, o lançamento abrange a cobrança de multa isolada em face de compensação indevida nas competências 09/2009 a 12/2009, 05/2010 a 12/2010, 01/2011, 02/2011 e 07/2011 (Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0190), no valor de R\$ 14.461.999,15 e imposição de penalidade pecuniária pelo descumprimento de obrigação acessória (Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0182), no valor de R\$ 3.232,24.

A fiscalização descreve os fatos geradores abrangidos pelo lançamento no Relatório de Fiscalização.

Os créditos lançados nas competências “13” referem-se à glosa de compensação indevida de créditos inexistentes informadas em GFIP referente ao 13º salário.

Em relação à penalidade aplicada, a fiscalização sustenta ter ocorrido a circunstância agravante da reincidência genérica, em face da autuação pretérita abaixo identificada: Nº MPF Nº DEBCAD AI Data Doc. Origem Dispositivo Violado CFL 2009.00050 37.303.1246 25/11/2010 Lei nº 8.212/91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei nº 78 9.528/97, com redação dada pela MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

Em vista disto, aplicou-se a multa prevista no art. 92 e 102 da Lei nº 8.212/91, e art. 283, inciso I, alínea "a" e art. 373 do Regulamento da Previdência Social RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, atualizada pela Portaria Interministerial MPS/MF nº 02, de 06/01/2012 (DOU 09/01/12), equivalente a R\$ 1.617,12 elevada em duas vezes, tendo-se em vista a reincidência genérica (artigo 292, inciso IV do RPS). DEBCAD nº 37.365.1341 (CFL 68): omissão de fatos geradores na GFIP. A autuação consta dos autos do processo administrativo nº 10830.727026/201221.

Imperioso destacar que o Processo nº 10830.727027/2012-76 (Representação Fiscal para Fins Penais) encontra-se apenso ao presente processo, assim cumpre-nos registrar que a Súmula 28 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais determina que o CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais, razão pela qual este Colegiado não adentrará em sua análise e manifestação.

Irresignado com o lançamento, comparece o sujeito passivo aos autos, impugnando-o por vários instrumentos de impugnação, acompanhados de pastas onde traz argumentações várias sobre os aspectos relativos ao lançamento.

Impugnação de fls. 532/534 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0182 (CFL 30).

Impugnação de fls. 537/541 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (cooperativa de trabalho – UNIMED).

Impugnação de fls. 542/563 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204, e fls. 644/665 – AI DEBCAD nº 51.030.3005 (licença prêmio indenizada, sucumbência, contribuinte individual CONTAB).

Impugnação de fls. 755/759 – Autos de Infração DEBCAD nºs 37.365.1341 e 37.365.1350, e fls. 1.415/1.435 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.106.0204 (cooperativa de trabalho – UNIMED).

Impugnação de fls. 802/853 – Autos de Infração DEBCAD nº 37.365.1341 e 37.365.1350, e fls. 1.200/1.253, 1.436/1.489, 1.913/1.966 – Autos de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (compensação sem anuência prévia da RFB).

Impugnação de fls. 888/901, 1.307/1.313 e 2.104/2.111 – (inaplicabilidade da representação fiscal para fins penais) Instrumentos de Impugnação de fls. 902/932 – Autos de Infração DEBCAD nº 37.365.1341 e 37.365.1350 e fls. 1.321/1.351, 1.502/ 1.534, 2.119/2.149 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.0160204 (prescrição).

Impugnação de fls. 1052/1054 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.1090, e fls. 1074/1127 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.1090 (multa isolada de 150%).

Impugnação de fls. 1.158/1.199 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (suspensão da exigibilidade – contribuição previdenciária patronal cargo eletivo – Lei nº 10.887/04).

Impugnação de fls. 1.682/1.770 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (suspensão da exigibilidade – contribuição previdenciária patronal).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas/SP lavrou Decisão Administrativa textualizada no Acórdão nº **05-40.608 6ª Turma da DRJ/CPS**, às fls. 2.355/2.410, julgando procedente em parte o lançamento e mantendo o crédito tributário parcialmente. Recorde-se:

“CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.
INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL.
RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato

normativo federal em vigor, posto que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

LANÇAMENTO. FATO GERADOR. COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO.

É devida a contribuição a cargo da empresa incidente sobre o valor dos serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativa de trabalho médico.

LANÇAMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA. FORÇA DA COISA JULGADA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A coisa julgada em ação anulatória de lançamento fiscal, em período distinto de outro lançamento, não prejudica a validade deste, tampouco enseja a suspensão da exigibilidade da contribuição objeto de discussão judicial à falta de pronunciamento específico.

TRIBUTO OBJETO DE DISCUSSÃO JUDICIAL. RECOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

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.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. DELEGACIA DE JULGAMENTO. COMPETÊNCIA.

Carece de competência a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento quanto à análise do cabimento ou não da Representação Fiscal Para Fins Penais RFFP, consistindo tal procedimento em dever de ofício da fiscalização.

LANÇAMENTO. PREVIDENCIÁRIO. FATO GERADOR. LICENÇA PRÊMIO PAGA EM PECÚNIA. INDENIZAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Constitui fato gerador de contribuição previdenciária o pagamento em pecúnia de licença prêmio não gozada, ainda na vigência do contrato de trabalho, não havendo que se falar em indenização, porquanto ausente situação de prejuízo a justificar a reparação financeira.

LANÇAMENTO. PREVIDENCIÁRIO. EMPRESÁRIOS INDIVIDUAIS. CARACTERIZAÇÃO COMO CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. REGULARIDADE DO REGISTRO. IMPROCEDÊNCIA.

Improcede a caracterização de empresários individuais, devidamente registrados junto ao Registro Público de Empresas Mercantis, como segurados contribuintes individuais, ausente a

demonstração de que houve a prestação de serviços fora do exercício da atividade empresária.

PREVIDENCIÁRIO. HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. RATEIO GERAL. INCIDÊNCIA.

Incide contribuições previdenciárias sobre os valores distribuídos de forma geral e indiscriminada a segurados, ainda que oriundos do recebimento de verbas sucumbenciais, não havendo vinculação entre o beneficiário e sua atuação no processo judicial ensejador da sucumbência.

RECOLHIMENTO INDEVIDO. COMPENSAÇÃO. PRAZO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO.

A partir de 09/06/2005, desde que antes não tenha havido ajuizamento de ação ou pedido administrativo neste sentido, a repetição ou a compensação de indébito tributário se submete ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do Código Tributário Nacional.

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 da falsidade da declaração por parte do Fisco, não constituindo falsidade o exercício do direito de compensação em relação a verbas cuja incidência, no âmbito dos Tribunais, seja discutível.

LANÇAMENTO. DISCUSSÃO JUDICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE.

A suspensão da exigibilidade em relação a determinadas rubricas não impede o ato administrativo de lançamento, salvante comando judicial específico neste sentido, de forma a obstar os procedimentos de cobrança material do valor lançado.

AUTO DE INFRAÇÃO. FOLHA DE PAGAMENTO. INSERÇÃO DE SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. CABIMENTO.

Constitui infração passível de penalidade a não inserção de segurados contribuintes individuais na folha de pagamento.

AUTO DE INFRAÇÃO. FOLHA DE PAGAMENTO. SEGURADOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS. EMPRESÁRIOS. INOCORRÊNCIA.

Não configura infração passível de penalidade a não inserção, na folha de pagamento, de segurados contribuintes individuais constituídos sob a forma de empresários, ausente demonstração de que a prestação de serviços deu-se fora do exercício da atividade empresária.”

Acórdão

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer da impugnação e, ao mesmo tempo, julgá-la procedente em parte, para, na forma do Voto do Relator:

a) Exonerar integralmente o crédito lançado por meio do Auto de Infração

DEBCAD n.º 51.016.0190 (multa isolada de 150%);

b) Retificar os Autos de Infração DEBCAD n.º 51.016.0204 (levantamento “C12”) e 51.030.3005 (levantamento “C12”); e,

c) Manter integralmente o crédito lançado por meio do Auto de Infração n.º 51.016.0182 (CFL 30)

Acordam, ainda, em submeter ao presente Acórdão ao reexame necessário perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Ministério da Fazenda, com base no inciso II do art. 25 e no inciso I do art. 34 do Decreto nº 70.235, de 631972, c/c o inciso I do art. 366 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 651999. (grifos nossos)

O Recorrente foi cientificado da decisão de 1ª Instância, a primeira vez em 03/06/2013 (fls. 2.458), e a segunda vez em 14/06/2013, conforme Aviso de Recebimento às Fls. 2.460.

Inconformado com a decisão exarada pelo órgão julgador *a quo*, o Recorrente interpôs **Recurso Voluntário** às fls. 2.459/2515, anexando ao documento todas as impugnações anteriormente apresentadas, e usando desses argumentos para impugnar o acórdão, ratificando suas alegações anteriormente expendidas e ao final requer o acatamento do recurso de modo a alterar a decisão recorrida.

Em suma, alega que o lançamento não pode subsistir, devendo ser cancelando; após transcrever o artigo 32, inciso I da Lei nº 8.212/91, aduz que a referida obrigação é efetuada mensalmente em conjunto pelo Departamento de Folha de Pagamento e Departamento de Finanças, através de GFIP encaminhada eletronicamente; que, se não fossem efetuados os lançamentos, com o sistema informatizado, nenhum funcionário receberia o que de direito, já que todos os dados são lançados em único documento e sistema; que não se deixou de preparar a folha de pagamento, tanto assim que a fiscalização foi embasada nesta documentação; postula pela concessão de prazo para a correção de “qualquer equívoco que tenha eventualmente ocorrido”; que “qualquer ser humano ou máquina é passível de erros!”.

No tocante ao Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (cooperativa de trabalho – UNIMED) aduz que o lançamento não pode subsistir, devendo ser cancelando; transcreve o artigo 22, inciso IV da Lei nº 8.212/91; que não incide INSS, FGTS e IRRF sobre convênios médicos, relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniada, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa, sendo isto o que acontece na Prefeitura do Município de Valinhos em relação ao convênio médico UNIME.

Quanto ao Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204, e fls. 644/665 – AI DEBCAD nº 51.030.3005 (licença prêmio indenizada, sucumbência, contribuinte individual CONTAB) alega que o lançamento não pode subsistir, devendo ser cancelando; que o RPS, artigo 214, § 9º, inciso V, alínea “I”, já deixa claro a inexigibilidade do débito referente à licença prêmio indenizada, bem como no § 9º, inciso X do mesmo Regulamento, referindo-se às verbas de sucumbência.

Autos de Infração DEBCAD nºs 37.365.1341 e 37.365.1350, e fls. 1.415/1.435 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.106.0204 (cooperativa de trabalho – UNIMED):

Nesse interregno, afirma ainda que contra a NFLD nº 35.383.8632 (03/2000 a 07/2001) e, atualmente, AI DEBCAD nºs 37.365.1341 e 37.365.1350, ajuizou ação anulatória– processo nº 2003.61.05.007119. Em primeira instância, o pedido foi atendido pela Justiça Federal; que a apelação foi recebida no efeito meramente devolutivo, permitindo a produção dos efeitos relativos à anulação e à suspensão da exigibilidade; que o mesmo entendimento apresentado pelo Poder Judiciário quando do julgamento do lançamento relativo à NFLD nº 35.383.8632 (03/2000 a 07/2001) deve ser aplicado ao período subsequente.

Contra os Autos de Infração DEBCAD nº 37.365.1341 e 37.365.1350, e fls. 1.200/1.253, 1.436/1.489, 1.913/1.966 – Autos de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (compensação sem anuência prévia da RFB), afirma que o contribuinte efetuou recolhimentos de contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional de férias, hora extra e demais verbas de natureza compensatória/indenizatória; que a lei pode autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública, na forma do artigo 170 do CTN; que a Lei nº 8.383/91 trouxe regras para o exercício do direito; que a Constituição Federal de 1988 veda o tributo com efeito de confisco, impondo-se sua restituição em caso de desrespeito ao referido princípio constitucional; cita doutrina sobre o instituto da compensação; que a Lei nº 8.383/91 permite a compensação com créditos ainda a serem constituídos, no recolhimento de importância correspondente a período subsequentes.

Ainda, sobre os Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.1090, e fls. 1074/1127 – Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.1090 (multa isolada de 150%), afirma que o Município, com fundamentos em decisões pacificadas e jurisprudência emanadas do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor para efeito de aposentadoria sofrem a incidência de contribuições previdenciárias, apurou créditos provenientes de pagamentos indevidos, que não se incorporam ao salário de contribuição, a teor do artigo 28, § 9º, “e” e 7 da Lei nº 8.212/91, combinado com o artigo 201, § 11 da Constituição Federal de 1988; que, de acordo com a legislação vigente, efetuou as compensações referentes aos créditos apurados com débitos vincendos previdenciários, sem a anuência do Judiciário ou da RFB; a fiscalização glosou a totalidade das compensações efetuadas e regularmente informadas na GFIP; que a lavratura fiscal não deve prosperar, pois é imperioso que a falsidade deve ser comprovada; invoca o artigo 229 do Código Penal relativo ao delito de falsidade ideológica; que, para que se configure o ilícito penal, de rigor ter-se em vista ocorrência do dolo, necessitando que o agente (contribuinte) tenha apresentado uma declaração de compensação inserindo uma declaração falsa ou diversa daquela que deveria ser escrita (relativa ao débito tributário abatido ou ao crédito tributário invocado), com o intuito de prejudicar direito; traz o conceito do vernáculo “falsidade”; que não é falsa a declaração que o contribuinte presta como remuneração não tributável, pacificada pelos Tribunais Superiores, uma remuneração que a autoridade fazendária entende como tributável, desde que se identifique corretamente tais remunerações quando a seus elementos de fato; que as Delegacias da Receita Federal de Julgamento têm se

manifestado pela improcedência da multa isolada quando o contribuinte tenha comprovado que efetuou os recolhimentos das verbas cujos créditos foram utilizados para a compensação, quando efetuou a compensação nos moldes do artigo 44 da IN RFB nº 900/08 e quando informou ao fisco as compensações efetuadas, através do lançamento em GFIP.

Continuamente, quanto ao Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (suspensão da exigibilidade – contribuição previdenciária patronal cargo eletivo – Lei nº 10.887/04) o contribuinte está sujeito às contribuições previstas no artigo 22, incisos I e II da Lei nº 8.212/91, em relação aos subsídios pagos aos agentes políticos do Município, na forma do artigo 12, § 2º, inciso I, alínea “h” da Lei nº 8.212/91, acrescido pelo artigo 13, § 1º da Lei nº 9.506/97; que o INSS reconheceu pela não incidência da referida contribuição em relação aos agentes políticos, nos termos da Ordem de Serviço nº 151, de 28/11/1996; que voltou a exigir a contribuição com a entrada em vigor da Lei nº 9.506/97, concluindo que a Lei Complementar nº 84/96 não permitia a cobrança; que o Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade da alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/91; aduz que a referida contribuição é inconstitucional, tecendo argumentos com vistas a este reconhecimento; cita julgados judiciais; em 28/06/2004 foi editada a Lei nº 10.887, alterando a Lei nº 8.212/91;

Por fim, quanto ao Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.0204 (suspensão da exigibilidade – contribuição previdenciária patronal) afirma que o contribuinte se sujeita às contribuições previstas no artigo 22, incisos I e II da Lei nº 8.212/91; que a referida lei adota o termo genérico “remuneração”, que abrange todos os valores recebidos a qualquer título independente da sua natureza tributária; Transcreve o artigo 113, § 1º e o artigo 114 do CTN; que, pela regra da tipicidade fechada, o fisco não pode estender a interpretação sobre a materialidade do fato gerador, a fim de abranger fatos além dos já previstos pela norma de incidência; transcreve o artigo 108 do CTN e o artigo 195, I da Constituição Federal de 1988; que, de acordo com o artigo 22, inciso I da Lei nº 8.212/91, a remuneração paga ao empregado nada mais é do que seu próprio salário, tornando-se necessário concluir que as contribuições só devem incidir sobre o salário e sobre as remunerações percebidas, desde que venham a integrar o salário para fins de benefício na forma do artigo 201, § 11 da Constituição Federal de 1988; cita doutrina; transcreve o artigo 28, inciso I, § 9º, item 7 da Lei nº 8.212/91 e o artigo 214, inciso I, § 9º, inciso IV, alínea “j” do RPS; não bastasse isto, há paradigmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça a evidenciar a natureza indenizatória/compensatória das parcelas pagas a título de terço constitucional de férias e horas extras e demais verbas de caráter não habitual.

É o relatório.

Voto

Conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa – Relatora

1. DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1.1. DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O Recorrente foi cientificado da r. decisão no dia 14/06/ 2013, conforme AR às fls. 2.460 o prazo para interposição do recuso esgotou-se em 16/07/2013, e o presente Recurso Voluntário foi apresentado, INTEMPESTIVAMENTE, no **dia 17/07/2013 (fls. 2.459)**, razão pela qual NÃO CONHEÇO DO RECURSO já que AUSENTES os requisitos de admissibilidade.

1.2. DO RECURSO DE OFÍCIO

O Recurso de Ofício foi interposto pelo próprio órgão julgador de primeiro grau, tendo em vista que o contribuinte foi exonerado da cobrança de imposto e multa, resultando em montante de R\$ 2.597.065,01, portanto, superior ao valor de alçada estabelecido na Portaria MF nº 63, de 09 de fevereiro de 2017, publicada em 10/02/2017, que estabelece o limite de R\$ R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) para interposição de Recurso de Ofício, estão presentes os seus requisitos de admissibilidade.

Ante o exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER do Recurso Voluntário e CONHECER do Recurso de Ofício.

2. DO MÉRITO - RECURSO DE OFÍCIO

2.1 - MULTA ISOLADA DE 150% AUTO DE INFRAÇÃO DEBCAD Nº 51.016.1090

O Auto de Infração DEBCAD nº 51.016.1090 diz respeito à imposição de penalidade isolada pelo fato do sujeito passivo ter declarado em GFIP compensação segundo critérios e créditos inexistentes, sob o ponto de vista da fiscalização.

Inicialmente, cumpre-nos esclarecer que os créditos utilizados pela Recorrente para o procedimento de compensação inexistem, ainda que se tenha corrente doutrinária e jurisprudencial em favor das teses projetadas pelos levantamentos de crédito.

Conforme previsto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, mesmo as rubricas em relação às quais se tem processo judicial em curso, pelo fato de inexistir o trânsito em julgado do mérito das mesmas, de forma a verificar-se a existência material do crédito relativo aos recolhimentos supostamente como indevidos, não se pode proceder a compensação.

Noutro giro, quanto à ocorrência da infração em si, é importante adentrarmos em sua análise.

O Auto de Infração prevê como motivo ensejador da penalidade o fato do contribuinte ter formulado declaração falsa na GFIP, consistente na utilização de créditos

ilegítimos e inexistentes, configurando a situação prevista no § 10 do artigo 89, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009, *in verbis*:

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.

(...)

§ 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. (grifos nossos)

Pelo que se verifica da redação do § 10, há a necessidade de ocorrência cumulativa de dois requisitos, para a aplicação da penalidade em questão:

Ou seja, embora o contribuinte não poderia ter efetuado a compensação, não podendo invocar os valores pagos como crédito, esse fato, per si, não autoriza a aplicação da multa isolada do § 10. O dispositivo exige que haja comprovação da falsidade da declaração, isto é, que além de ter efetuado uma compensação indevida, tenha se utilizado do expediente de fazê-la com falsidade, com subversão dos fatos.

Assim, a mera compensação indevida configura inadimplemento de contribuições previdenciárias devidas e não recolhidas, em relação às quais haverá, como de fato houve, a lavratura de Auto de Infração com multas de mora e/ou de ofício adequadas para tal infração, bem assim, os juros e acréscimos legais respectivos.

Outro fato bastante diferente é a utilização do meio fraudulento, dentro do qual se insere a falsidade, enquanto medida que visa iludir o fisco sobre a ocorrência do fato gerador, escondendo-o de forma ardilosa.

Insta registrar que não é o simples inadimplemento que configura a situação da multa isolada, mas a sua realização qualificada, ou seja, mediante o emprego da falsidade, agindo o sujeito passivo com fraude, com dolo na intenção manifesta de iludir o pagamento do tributo, mediante a consideração de fatos não ocorridos ou ocorridos de forma diversa daquela como demonstrados pela fiscalização.

A própria Lei nº 8.212/91, em seu artigo 35-A, ao dispor sobre o lançamento das contribuições previdenciárias devidas pelo sujeito passivo, dispõe que serão observados os percentuais de multa de ofício previstos no artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Por sua vez, a Lei nº 9.430/96, no artigo 44, traz os percentuais de multa de ofício, aplicáveis nas hipóteses de não recolhimento

das contribuições. Já no § 1º, remete o aplicador da lei à Lei nº 4.502/64.

Nesse diapasão, resta claro, que a aplicação de penalidade mais grave, mediante a majoração da multa de ofício, só tem cabimento em situações específicas, onde fique evidenciado o comportamento do sujeito passivo, no tocante ao dolo, conluio ou fraude, situações que, por sua gravidade, devem ensejar reprimenda punitiva de maior monta, com o fito de punir o infrator que assim age, extrapolando a conduta do mero inadimplente, e desestimular novas condutas desta natureza.

Assim, é inquestionável que o § 10 do artigo 89 da Lei nº 8.212/91 visou agir de forma mais severa em relação a uma situação peculiar, qual seja, a de se promover uma compensação indevida, fazendo-a por meio de uma declaração falsa, falsidade esta, no caso da multa em apreciação, que deve integrar o caráter indevido da compensação. Em verdade, o fato agravador nesta infração é a conduta de falsear a declaração, de maneira que o Fisco reste iludido, em seu desfavor, quanto à efetiva ocorrência dos fatos geradores.

Mas correto está o entendimento da I. Relatora *a quo*, ao afirmar que a vingar entendimento contrário, sempre que se tiver uma compensação indevida haverá o entendimento da configuração da falsidade, o que não se pode admitir. Impende ressaltar que a sonegação fiscal, também chamada de evasão fiscal, não pode ser confundida com o planejamento legal tributário ou elisão fiscal, que é a prática legítima do contribuinte consistente em evitar a ocorrência do fato gerador do tributo ou diminuir o valor do tributo a pagar, sem a utilização da fraude.

Outro aspecto que foi salientado pela DRJ é que a falsidade depende, para sua ocorrência, da verificação da inexistência entre o que é declarado pelo sujeito passivo e aquilo que efetivamente corresponde ao **fato**. Não se admite configuração de falsidade em relação a juízo de valor, isto porque o juízo de valor é subjetivo, não comportando, portanto, apreciação quanto à sua efetiva correspondência ao fato em si.

Dessa maneira, pelo conjunto probatório carreado aos autos pela fiscalização e pelo contribuinte, verifica-se que este último procedeu à compensação indevida a partir de levantamento de apuração de créditos, tendo como pano de fundo doutrina e jurisprudência dos Tribunais Superiores sobre a não incidência de contribuições previdenciárias sobre determinadas rubricas, contando, até mesmo, com ações judiciais específicas para a não incidência pretendida, tendo obtido pronunciamento favorável em sua grande maioria, embora sem o manto da coisa julgada.

Em que pese o crédito do sujeito passivo não ser legítimo, pelos motivos já explicitados (ausência de pronunciamento de inaplicabilidade da norma de tributação com força de coisa julgada) é fato que a sua conduta se mostra livre de expediente fraudulento.

Note-se que efetuar a compensação é um direito do contribuinte, como forma de extinção do crédito tributário. Se o faz de forma incorreta, assume o risco de ver lavrado contra si Auto de Infração com seus consectários financeiros (juros e multas), mas isto não induz, inexoravelmente, à falsidade da declaração da compensação na GFIP, como quer fazer crer a fiscalização.

No caso em comento, as afirmações constantes do Relatório Fiscal não sustentam a manutenção do lançamento da multa em debate, tendo em vista que não restou evidenciada nenhuma conduta fraudulenta capaz de justificá-la, bem como porque, embora inexistente materialmente o crédito ainda, o contribuinte informou seu procedimento de compensação na GFIP, afastando eventual tese de ocultação dos fatos.

Processo nº 10830.727024/2012-32
Acórdão n.º **2401-004.845**

S2-C4T1

Fl. 8

Firme nessas razões, entendendo pela improcedência do Recurso de Ofício, e integral manutenção da decisão *a quo*.

3. CONCLUSÃO:

Pelos motivos expendidos, **NÃO CONHEÇO** do Recurso Voluntário, pois manifestamente intempestivo. **CONHEÇO** do Recurso de Ofício para **NEGAR-LHE** provimento, nos termos do relatório e voto.

(assinado digitalmente)

Luciana Matos Pereira Barbosa.