



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 11030.722246/2012-47
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-003.731 – 2ª Turma
Sessão de 28 de janeiro de 2016
Matéria Contribuição Social Previdenciária. Compensação Indevida. Multa.
Recorrente Proservi Serviços de Vigilância Ltda
Interessado Fazenda Nacional

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULTA ISOLADA DO ART. 89, §10 DA LEI 8.212/91. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO.

Havendo nos autos prova incontestável de conduta dolosa do contribuinte no que tange declarações prestadas ao Fisco, deve ser mantida a qualificação da multa isolada prevista no art. 89, §10 da Lei 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade dos votos, em negar provimento ao Recurso Especial do Contribuinte. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Maria Helena Cotta Cardozo e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. O Conselheiro Gerson Macedo Guerra apresentará declaração de voto. Ausente, justificadamente, o Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto. Presidiu o Julgamento o Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(assinado digitalmente)

LUIZ EDUARDO DE OLIVEIRA SANTOS - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

RITA ELIZA REIS DA COSTA BACCHIERI - Relatora.

EDITADO EM: 26/02/2016

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em exercício), Maria Teresa Martinez Lopez (Vice-Presidente), Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da Silva, Elaine

Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra. Ausente justificadamente o Conselheiro Carlos Alberto Freitas Barreto.

Relatório

O presente processo decorre de auto de infração por meio do qual, após exame dos livros e documentos do contribuinte, relativamente aos anos-calendário 2007 a 2011, constatou-se a compensação indevida de valores referentes à Contribuição Previdenciária, implicando na ilegal redução do tributo devido pela empresa.

Exigi-se:

1) Contribuição Previdenciária decorrentes de glosa de compensações indevidamente declaradas em GFIP, o que resultou no não recolhimento, à Seguridade Social, da totalidade dos valores devidos nas competências compreendidas entre 08/2009 e 11/2011;

2) Multa isolada aplicada no percentual de 150% sobre o valor indevidamente compensado no período de 1/2009 a 1/2012.

3) Multa por descumprimento de obrigação acessória - GFIP com incorreções ou omissões - com base no art. 32, inciso IV da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1997 e redação da MP nº 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei 11.941, de 27 de maio de 2009.

Em sua defesa, o contribuinte afirma que a GFIP foi transmitida com os valores devidos, contendo a confissão dos débitos que remanesceram das retenções efetuadas pela fonte pagadora, bem como a compensação de valores recolhidos indevidamente ao longo de dez anos à título de 1/3 de férias, auxílio doença, horas extras, abono de férias e outras verbas indenizatórias que não incidem sobre a contribuição previdência. Pugna pela nulidade do lançamento, por ofensa ao art. 142 do CTN.

A Delegacia de Julgamento julgou improcedente a Impugnação.

Em recurso voluntário o Contribuinte reitera seus argumentos e ainda aduz:

1) A suposta falta de lançamento não constitui fraude ou mesmo falsidade, ademais não teria o fisco demonstrado qualquer estudo detalhado ou planilha para demonstrar os valores lançados presumindo a indevida compensação.

2) Indevida a responsabilização dos sócios e diretores da recorrente, uma vez que os mesmos nem mesmo foram notificados pessoalmente do processo administrativo, nem tampouco ocorreu a comprovação de prática de atos com excessos de poderes ou infração à lei. Alega, também que não houve comprovação dos requisitos previstos no art. 135 do CTN.

3) Sustenta que possuía créditos a compensar decorrentes de verbas indenizatórias recolhidas indevidamente no período de 11/1997 a 11/2011 e que estaria assentado no STF que tais verbas não sofreriam incidência de contribuições previdenciárias.

4) As compensações estariam de pleno acordo com o art. 89 da lei 8212/91 e art. 26 da 11.457/06 e em consonância ao entendimento do STF de que para os valores recolhidos antes da vigência da Lei Complementar nº 118/2005, o direito de pleitear a restituição de tributos sujeitos a homologação é de 10 anos.

5) Afirma que a compensação foi efetuada dentro do que está disciplinado pelos arts. 170 e 170 A do Código Tributário Nacional CTN.

7) Traz acórdão do CARF que decidiu pela exclusão da multa isolada em processo de compensação indevida.

8) Alega que é ilegal a cobrança dos juros de mora sobre a multa de ofício e que a incidência dos mesmos se dá apenas em relação ao principal e não à multa, vez que o caput do art. 61 da Lei nº 9.430/1996, quando se refere a "débito", restringe-se apenas ao valor dos tributos e contribuições, não podendo incidir nas eventuais e posteriores atualizações dos débitos, razão pela qual os mesmos devem ser afastados.

A 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, por meio do Acórdão 2401003.498, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade e negou provimento ao recurso. Eis a ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL CONTRIBUIÇÃO SOBRE FOLHA DE PAGAMENTO COMPENSAÇÃO GLOSA DOS VALORES COMPENSADOS INDEVIDAMENTE. LIMITE DA SENTENÇA

Correta a glosa dos valores compensados indevidamente, quando realizar o contribuinte compensação de valores cujo direito líquido e certo a compensação não lhe está assegurado.

CONTRIBUINTE. PRERROGATIVA DO FISCO DE VERIFICAR A REGULARIDADE DO PROCEDIMENTO. LANÇAMENTO DE VALORES COMPENSADOS INDEVIDAMENTE.

Os contribuintes têm a prerrogativa de efetuar 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.

COMPENSAÇÃO DE VALORES CUJA CONSTITUCIONALIDADE É QUESTIONADA NO ÂMBITO JUDICIÁRIO NÃO COMPROVAÇÃO DA CORRELAÇÃO ENTRE OS VALORES COMPENSADOS E AS ALEGAÇÕES APRESENTADAS DURANTE O PROCEDIMENTO FISCAL

O recorrente apresentou parecer de que vinha realizando compensações de valores discutidos judicialmente, contudo, esse parecer foi elaborado após o início da ação fiscal e no histórico contábil identificado pelo auditor, não é possível correlacionar diretamente os argumentos com as compensações realizadas, assim, entendo que o fato narrado acerca da aquisição de títulos da dívida pública também merece ser enfrentado. Considerando que todo o contribuinte tem o direito a realizar a compensação de recolhimentos indevidos, compete-lhe, antes mesmo de realizar qualquer compensação, identificar o montante indevido, o período, a atualização dos valores, para tão somente iniciar o procedimento. Concordo plenamente com a autoridade fiscal, que apresentar um parecer técnico cuja elaboração ocorreu após 5 anos do início das compensações não é nem um pouco razoável. E não me venha alegar que o tempo concedido pela fiscalização foi curto. Esse documentos já deveriam estar sob a guarda da empresa, desde a sua primeira compensação. Assim, a identificação contábil por parte da auditoria, de onde poderiam advir os supostos créditos do recorrente parece-me razoável.

Procedeu o auditor a identificação da aquisição de títulos da dívida pública, bem como em contrapartida, passou a empresa, no mês subsequente a promover as compensações ora glosadas, inclusive promovendo baixa de parcelamento em aberto, passando a conta de INSS a recolher a apresentar um saldo credor. Não tendo a empresa apresentado elementos para desconstituir os fatos trazidos pela autoridade fiscal, procedente o lançamento realizado.

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, ou seja, 09/06/2005.

APLICAÇÃO DE JUROS SELIC MULTA PREVISÃO LEGAL.

Dispõe a Súmula nº 03, do 2º CARF: “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.”

O contribuinte inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES COM CRÉDITOS INEXISTENTES. INSERÇÃO DE DECLARAÇÃO FALSA NA GFIP. APLICAÇÃO DE MULTA ISOLADA. PROCEDÊNCIA.

O sujeito passivo deve sofrer imposição de multa isolada de 150%, incidente sobre as quantias indevidamente compensadas, quando insere informação falsa na GFIP, declarando créditos

decorrentes de aquisição de títulos de dívida pública, e na medida que alega, que as compensações referem-se a rubricas questionadas no âmbito judiciário, sem contudo, provar a correlação entre as supostas compensações e os registros contábeis por ela realizados.

MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Não pode a autoridade fiscal ou mesmo os órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação da multa legalmente prevista, sob a justificativa de que tem caráter confiscatório.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

GLOSAS DE COMPENSAÇÃO. LANÇAMENTO. DESCRIÇÃO DO PROCEDIMENTO E DAS IRREGULARIDADES NO RELATÓRIO FISCAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se vislumbra cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo quando o fisco expõe no seu relatório de trabalho as irregularidades encontradas no procedimento de compensação, indica quais valores compensados foram objeto de glosa, e justifica a aplicação da multa isolada.

REPRESENTAÇÃO PARA FINS PENAIIS. COMPETÊNCIA DO CARF. AUSÊNCIA

O CARF carece de competência para se pronunciar sobre processo de Representação Fiscal Para Fins Penais.

Recurso Voluntário Negado.

Foi interposto Recurso Especial de Divergência onde foram apresentados dois acórdãos paradigmas. Segundo o Contribuinte a divergência consiste nos seguintes fatos:

1) Direito à compensação: com amparo em entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça – as verbas que não se destinam a retribuir o trabalho não devem servir de base de cálculo para a contribuição previdenciária, justamente porque não configuram seu fato gerador. Frisa que os paradigmas admitem que a compensação dos valores indevidamente recolhidos a tal título pode se dar via administrativa, sem que o contribuinte possua decisão judicial transitada em julgado em seu favor, bastando para tanto o entendimento do STF e STJ favorável.

2) Multa qualificada: quanto à aplicação da multa de 150%, considera que o aresto recorrido diverge dos paradigmas, pois para esses a multa qualificada capitulada no art. 89, §10, da Lei nº 8.212/1991, no valor de 150%, somente é aplicável quando há prova da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta,

caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim.

Em exame e reexame de admissibilidade, deu-se seguimento ao recurso especial do Contribuinte apenas no que diz respeito à segunda divergência argüida: aplicação da multa qualificada.

Foi apresentada Contra Razões pela Fazenda Nacional sob o argumento de que para a configuração da infração prevista no art. 89, § 10 da Lei nº 8.212/91, que enseja a aplicação da multa isolada no caso de compensação indevida, não há necessidade de demonstrar o dolo de prestar declaração falsa ao Fisco. Subsidiariamente afirma que, ainda que o tipo legal acima exigisse a presença de dolo, seria devida a multa isolada, eis que no presente caso a autoridade fiscal configurou a fraude perpetrada pelo contribuinte e razão da suposta "criação" de ativo contábil.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri

O recurso preenche os requisitos para sua admissibilidade, portanto dele conheço.

Trata-se de recurso especial interposto pelo contribuinte no que tange a qualificação da multa isolada prevista no art. 89 da Lei nº 8.212/91, lavrada em razão da compensação indevida fundada em falsas informações prestadas na GFIP. Segundo as razões da Recorrente, não há no auto de infração provas robustas e irrefutáveis quanto a suposta conduta fraudulenta do contribuinte, requisito essencial para caracterização do tipo ora discutido.

No que tange as fundamentações do Recorrente, devo concordar que a qualificação da multa de ofício exige robusta comprovação da conduta dolosa do contribuinte no intuito de lesar os cofres públicos, entendo que o legislador ao descrever o tipo o fez exigindo como requisito para sua caracterização a presença de elemento subjetivo - o dolo. Em razão disso, esse Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em reiteradas decisões, já se posicionou no sentido de que o ônus da prova nesta questão cabe ao Fisco, é dele o encargo de comprovar a conduta viciada do declarante quando da apresentação de declaração falsa.

Assim, no presente caso, a discussão quanto a aplicação da multa qualificada envolve como pano de fundo a constatação de haver ou não nos autos provas suficientes para caracterizar uma ação dolosa do Contribuinte, e nesse aspecto melhor sorte assiste à Recorrida ao narrar sua tese subsidiária.

Ao longo de toda instrução processual, mesmo tendo sido dada oportunidade, o contribuinte não conseguiu comprovar de forma convincente que possuía o direito líquido e certo de realizar as compensações. Ao contrário, o apontamento feito pelo fiscal de que as compensações se basearam em um "fictício" ativo contábil foram genericamente combatidas pelo contribuinte.

O contribuinte alegou que as compensações foram efetivas utilizando créditos decorrentes do pagamento indevido de contribuições que incidiram sobre aviso prévio indenizado, terço de férias, horas extras, hora intervalo e hora extra reduzida, horas extras pela não concessão do intervalo interjornada, abono salarial, férias proporcionais indenizadas, adicionais noturno e gratificação de função, todas as verbas reconhecidamente indevidas pelo STF.

Entretanto, apesar desta argumentação a fiscalização demonstrou que o contribuinte, assumindo os riscos, elaborou uma engenharia contábil entre suas contas e, na verdade, utilizou para a compensação dos débitos previdenciários ora discutidos, crédito decorrente da aquisição de apólice da dívida pública federal. Essa apólice fundamentou a prestação de informações falsas na GFIP.

Ora, o contribuinte, conscientemente, ignorou todas as regras relativas às compensação de contribuições previdenciárias - que permitiam a compensação somente com créditos de origem previdenciária - e tentou se eximir de suas obrigações por meio de manobra ilegal.

Diante do exposto, nego provimento ao Recurso Especial interposto pelo Contribuinte e mantenho o acórdão recorrido.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora