



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

Processo nº 11516.722628/2012-18
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.835 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de janeiro de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS - COMPENSAÇÃO
Recorrente MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO ARROIO DO SILVA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2009 a 01/03/2012

COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE LIQUIDEZ E CERTEZA.

Para que seja realizada a compensação pelo contribuinte, devem estar evidenciadas a liquidez e a certeza dos créditos tributários, nos termos do art. 170 do CTN.

APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. OBRIGATORIEDADE.

Ao deixar de cumprir as solicitações feitas pela autoridade fiscal, há infringência ao art. 4º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. MULTA. CARÁTER NÃO CONFISCATÓRIO. SÚMULA 2 DO CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

O reconhecimento da existência de confisco é o mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade da sua incidência, o que é vedado a este Conselho.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 14/02/2016 por NATANAEL VIEIRA DOS SANTOS, Assinado digitalmente em 18/0

2/2016 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 14/02/2016 por NATANAEL VIEIRA DOS SANTO

S

Impresso em 18/03/2016 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 11516.722628/2012-18
Acórdão n.º **2402-004.835**

S2-C4T2
Fl. 252

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, negar provimento ao recurso voluntário.

Ronaldo de Lima Macedo - Presidente.

Natanael Vieira dos Santos - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ronaldo de Lima Macedo (Presidente), Kleber Ferreira Araújo, Ronnie Soares Anderson, Marcelo Oliveira, Lourenço Ferreira do Prado, Natanael Vieira dos Santos e João Victor Ribeiro Aldinucci.

Relatório

1. Os autos retornam de diligência solicitada por este relator. Desse modo, trago o relatório produzido na assentada anterior.

“1. Trata-se de recurso voluntário interposto pelo MUNICÍPIO DE BALNEÁRIO ARROIO DO SILVA, em face do acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belém (PA), que por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação e manteve os créditos tributários.

2. A autuação se refere à glosa de contribuições compensadas indevidamente realizadas em GFIP, nos meses de 02/2009, 10/2010, 11/2010, 13º/2010 e 11/2011, ao descumprimento de obrigação acessória em razão da não apresentação da documentação solicitada relativa à ação judicial promovida pelo Município da RFB, e a diferença de contribuição por ter declarado em GFIP o FAP ajustado com taxa inferior à devida e consequentemente em recolhimento a menor da Contribuição GILRAT.

3. O contribuinte foi cientificado da constituição do crédito tributário e, por não se conformar, apresentou impugnações de fls.125/171 e 175/180.

4. O acórdão de primeira instância, que julgou as impugnações apresentadas pelo contribuinte, restou lavrado com a seguinte ementa:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS
PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/02/2009 a 01/03/2012

**AUXÍLIO DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS DE
AFASTAMENTO. RISCO NÃO COBERTO PELO
REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.**

Incorre em uma técnica quem denomina de auxílio-doença os quinze primeiros dias de afastamento do trabalhador por incapacidade laboral. O direito ao auxílio-doença se inicia a partir do décimo sexto dia. O pagamento da primeira quinzena de afastamento tem natureza salarial, é um infortúnio não coberto pelo RGPS a ser suportado pelas empresas, que ao assumir os riscos da atividade econômica, deve também suportar uma parcela dos riscos sociais, em consonância com o princípio da solidariedade e da determinação constitucional que a seguridade social será financiada por toda sociedade.

*SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. 1/3 DE FÉRIAS.
AVISO PRÉVIO. AÇÕES JUDICIAIS.*

Para que determinada verba seja excluída do salário de contribuição É necessário que a não incidência esteja contida de forma expressa em uma norma válida ou que o interessado seja beneficiário de sentença judicial transitada em julgado, não servindo para este propósito posicionamentos jurisprudenciais relacionadas a causas de terceiros sem efeito vinculante para a Administração Tributária Federal.

*JULGADOR ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA.
DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE OU
DE ILEGALIDADE. LIMITAÇÃO.*

O julgador administrativo não recebeu autorização de nenhuma norma jurídica brasileira para decidir sobre a constitucionalidade ou não de leis que, eventualmente, fundamentaram a confecção de determinado lançamento tributário. Pelo contrário, a opção do sistema jurídico pátrio foi pela unicidade da jurisdição, portanto, é vedado ao julgador administrativo negar vigência a determinado dispositivo normativo sob a alegação de ilegalidade ou de inconstitucionalidade. Esta atribuição foi reservada ao poder judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

5. Intimado da decisão da instância a quo, em 10/10/2013, conforme se faz aviso de recebimento da ECT de fls.204, o Recorrente interpôs, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fls. 206/235, alegando em síntese, que:

a) Em relação à “multa por utilização indevida de créditos” o recorrente requer que “seja revisto o lançamento e o Auto de Infração, com a anulação do mesmo da referida parte, considerando todas as informações ora trazidas e, por conseguinte, sejam também anuladas as multas correspondentes”;

b) Defende o recorrente que não incidência de contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado: alegando que se trata de uma indenização que uma parte deve pagar pelo rompimento imediato do vínculo, sem que a outra tenha prazo razoável para se restabelecer;

c) Aduz o interessado que o Auto de Infração nº 51.004.311-9 não pode prosperar, pois o Município “informou o número da ação e consignou como era possível fazer a busca do processo atualizada, diretamente do site do Tribunal Regional Federal da 4ª Região”. Ademais, continua o impugnante, o Auditor Fiscal poderia ter diligenciado junto à Procuradoria da Fazenda

Nacional para obter informações sobre o caso já que a parte contrária é a própria União;

d) e por fim, salienta a “ilegalidade da ausência de informação da posição da empresa nos outros quesitos analisados em comparação com as demais empresas da mesma subclasse da CNAE” e do caráter punitivo do tributo em contrariedade do conceito estampado no art. 3º do Código Tributário Nacional: “O FAP incidente sobre o RAT tem o objetivo de beneficiar os contribuintes que investem em saúde e segurança do trabalho e punir aqueles que não apresentam bons resultados nesta área”.

6. Ao final, requer que seja reformada a decisão proferida pela DRJ, para dar integral provimento a presente impugnação cancelando assim o débito fiscal.

7. Sem contrarrazões da Fazenda Nacional, os autos foram encaminhados à apreciação e julgamento por este Conselho.”

2. Os autos foram levados a julgamento, tendo o Colegiado decidido por converter o julgamento em diligência para que o contribuinte trouxesse aos autos cópia da ação judicial em trâmite. Em resposta à Resolução nº 2803-000.250 (fls.238/241), cabe informar que, mesmo intimado, conforme AR de fls. 244, o contribuinte não se manifestou. Por esta razão, a Equipe de Ações Judiciais da DRF apensou a este processo os autos do processo nº 11516.004473/2007-77, que acompanha a ação judicial nº 2007.72.00.01605-2.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Natanael Vieira dos Santos, Relator.

1. Considerando que em assentada anterior já foi feita a análise dos requisitos de admissibilidade, passo ao mérito do recurso.

DA COMPENSAÇÃO EFETUADA PELA RECORRENTE - DEBCAD

51.034.128-4

2. A recorrente foi autuada por ter realizado compensações de contribuições previdenciárias em GFIP a título de 1/3 de férias, auxílio-doença e aviso prévio, sem a competente decisão judicial que permitisse a compensação. Intimada a apresentar os documentos comprobatórios do direito compensatório que alegava ter, a recorrente em momento algum assim procedeu, sob a alegação de que o auditor-fiscal poderia ter diligenciado para obter informações sobre o caso, já que a parte contrária é a própria União.

3. Como resultado da fiscalização, foram lavrados três DEBCAD's em desfavor do contribuinte:

a) DEBCAD 51.034.128-4: Relativo à glosa de contribuições compensadas indevidamente realizadas em GFIP nos meses 02/2009, 10/2010, 11/2010, 13º/2010 e 11/2011.

b) DEBCAD 51.004.311-9: Pelo descumprimento de obrigação acessória em razão da não apresentação da documentação solicitada relativas à ação judicial promovida pelo Município em face da RFB; e

c) DEBCAD 51.004.305-4: Em razão da diferença de contribuição por ter declarado em GFIP o FAP ajustado com taxa inferior à devida e consequentemente um recolhimento a menor da Contribuição GILRAT.

4. A recorrente alegou que o procedimento amolda-se à Súmula CARF nº 1, diante da existência de concomitância entre a esfera administrativa e a judicial.

5. Para elucidar os fatos, os autos foram baixados em diligência para que fosse juntada ação judicial porventura existente que autorizasse a compensação. Em resposta, foram apensados a este processo os autos de nº 11516.004473/2007-77, que acompanha a ação judicial nº 2007.72.00.01605-2.

6. Da análise dessa ação judicial, verifica-se que a mesma se refere às compensações das contribuições dos agentes políticos, tratadas no processo nº 11516.722629/2012-62, já julgado por este Conselho, no qual decidiu-se negar provimento ao recurso do contribuinte.

7. Desse modo, não há que se falar em concomitância entre o processo em via judicial citado pelo recorrente e a presente demanda em via administrativa, não devendo ser aplicada ao caso a Súmula CARF nº 1.

8. Quanto à natureza jurídica das verbas utilizadas para efetuar a compensação, teço as seguintes considerações.

9. **Auxílio-doença:** Quanto à contribuição previdenciária sobre a remuneração paga durante os quinze primeiros dias do auxílio-doença, entendo tratar-se de verba não salarial, incidindo assim a regra de isenção do art. 28, § 9º, alínea “a”, 1ª parte, da Lei 8.212/91. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem entendimento firmado sobre a não incidência tributária, uma vez que tal verba não tem natureza salarial, conforme se depreende do seguinte julgado, v.g.: “2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, uma vez que tal verba não tem natureza salarial. Inúmeros precedentes. 3. Primeiro recurso especial não conhecido. Segundo recurso especial não provido”. [g.n.] (REsp 793796/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008).

10. **1/3 de férias:** Em relação ao terço adicional de férias, essa verba tem natureza compensatória, pois é um reforço financeiro para que o trabalhador possa usufruir de forma plena o direito constitucional do descanso remunerado. Nos termos do art. 201, § 11, da CF, somente as parcelas incorporáveis ao salário para fins de aposentadoria sofrem incidência da contribuição previdenciária. Em novembro de 2009, o STJ resolveu adequar a sua jurisprudência ao entendimento firmado pelo STF para declarar que a contribuição previdenciária não incide sobre o terço de férias. A decisão nos Embargos de Divergência 956.289 serviu para se adequar ao entendimento da Corte Suprema, concluindo pela não incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

11. **Aviso prévio indenizado:** Na contramão do entendimento posto no acórdão recorrido, que se ampara na tese de que o art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91 deve ser analisado de forma restritiva, a doutrina e a jurisprudência albergam o entendimento majoritário de que o aviso prévio indenizado tem natureza jurídica indenizatória e não salarial. O aviso prévio indenizado tem como função reparar o trabalhador por não ter sido alertado de sua dispensa e não de remunerá-lo pelo tempo que ficou à disposição do empregador, sendo indevida a incidência da contribuição previdenciária. Nesse sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, que, nos autos do REsp 1.230.957, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, decidiu afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre tal rubrica. A decisão supramencionada foi proferida em sede de Recurso Repetitivo, sob a sistemática do art. 543 C, do CPC, o que enseja, nos termos do art. 62-A, do Regimento Interno deste Conselho, a sua reprodução obrigatória.

12. Contudo, apesar de considerar indevida a incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas em questão, entendo que não assiste razão ao contribuinte, pelas razões abaixo transcritas.

13. A compensação encontra previsão em diversos dispositivos legais, dos quais ressalto os seguintes:

Lei 9.430/96:

Art. 74. O sujeito passivo que apurar crédito, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, relativo a tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal, passível de restituição ou de ressarcimento, poderá utilizá-lo na

compensação de débitos próprios relativos a quaisquer tributos e contribuições administrados por aquele Órgão.

Lei nº 8.383/91:

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo.

Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

14. A compensação de contribuições previdenciárias, por sua vez, encontra previsão no art. 89 da Lei nº 8.212/91.

15. Da análise dos dispositivos em comento, verifica-se que, para que seja realizada a compensação pelo contribuinte, devem estar evidenciadas a liquidez e a certeza dos créditos tributários.

16. *In casu*, verifica-se que, no momento em que o contribuinte realizou a compensação, os créditos tributários pleiteados não eram líquidos e certos, visto que não havia qualquer decisão judicial ou lei que autorizasse a realização do procedimento pelo contribuinte.

17. A recorrente, baseando-se apenas no entendimento esposado pelo Judiciário quanto a não incidência de contribuições previdenciárias sobre as parcelas, realizou, à margem de qualquer autorização legal, as compensações, que foram, acertadamente, consideradas indevidas pela fiscalização.

18. Assim, embora entenda que as verbas não devem estar sujeitas à incidência de contribuições previdenciárias, entendo que o contribuinte não realizou as compensações da maneira devida, diante da ausência de permissivo legal para o procedimento adotado pelo sujeito passivo.

19. Por esta razão, não assiste razão ao contribuinte, estando correto o lançamento fiscal.

DO DEVER DE APRESENTAR DOCUMENTOS - DEBCAD
51.004.311-9

20. Em relação ao objeto do DEBCAD nº 51.004.311-9, mantenho o entendimento apresentado no acórdão do tribunal *a quo*. Isso porque não há nos autos a prova das protocolizações tempestivas das respostas a todas as solicitações contidas nas intimações fiscais. O próprio recorrente deixa claro seu posicionamento sobre a desnecessidade de fornecer as informações pedidas, informando apenas o número da ação para que o Auditor-Fiscal fizesse a busca, e que este poderia ter diligenciado junto à Procuradoria da Fazenda Nacional para obter as informações, já que a parte contrária é a própria União.

21. Ademais, este Conselho editou resolução determinando que o contribuinte apresentasse a referida ação judicial, o que também não foi feito, mesmo com a comprovação nos autos de que foi devidamente intimado para tanto.

22. Por essa razão, entendo que não assiste razão o posicionamento do recorrente, pois não há como se considerar atendida uma intimação fiscal com sugestões à fiscalização de novas diligências fiscais, uma vez que as informações estavam ao alcance do interessado.

23. Ao deixar de cumprir as solicitações feitas pela autoridade fiscal e por este Conselho, a recorrente infringiu o disposto no art. 4º, inciso IV, da Lei nº 9.784/99, que assim dispõe:

Art. 4º São deveres do administrado perante a Administração, sem prejuízo de outros previstos em ato normativo:

I - expor os fatos conforme a verdade;

II - proceder com lealdade, urbanidade e boa-fé;

III - não agir de modo temerário;

IV - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para o esclarecimento dos fatos.

24. Nesse mesmo sentido, a Lei nº 8.212/91, em seu art. 33, §§ 2º e 3º, e o Regulamento da Previdência Social, em seu art. 233, dispõem sobre a obrigatoriedade de apresentação dos documentos solicitados e a aplicação de penalidade em razão do descumprimento:

Lei nº 8.212/91

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos.

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.

Regulamento da Previdência Social – RPS

Art. 233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.

25. A partir dessas considerações, resta claro que a recorrente tinha o dever de apresentar os documentos solicitados, o qual não foi cumprido, cabendo a ele o ônus da prova em contrário.

26. Desse modo, correta a decisão da primeira instância, que entendeu devida a aplicação de penalidade por descumprimento de obrigação acessória.

DA ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE - DEBCAD 51.004.305-4

27. Embora a recorrente tenha abordado, no recurso voluntário, apenas de maneira genérica as razões pelas quais entende que o DEBCAD 51.004.305-4 não merece prosperar, analiso a questão, por ter sido expressamente impugnada.

28. A recorrente sustenta a “ilegalidade da ausência de informação da posição da empresa nos outros quesitos analisados em comparação com as demais empresas da mesma subclasse do CNAE” e do caráter punitivo do tributo em contrariedade do conceito estampado no art. 3º do CTN: “O FAP incidente sobre o RAT tem o objetivo de beneficiar os contribuintes que investem em saúde e segurança do trabalho e punir aqueles que não apresentam bons resultados nesta área”. Conclui aduzindo que deve ser reconhecida a inconstitucionalidade de forma que seja suspensa a exigibilidade do FAP sobre o RAT.

29. Sobre a questão, esclareço que esses argumentos trazidos pela recorrente não são passíveis de análise na esfera administrativa, visto que o Decreto nº 70.235, de 1972, o qual regula o Processo Administrativo Fiscal, em seu art. 26-A, com redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, veda expressamente essa análise:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

30. Ademais, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF já se manifestou sobre a questão por meio da seguinte súmula:

"Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária."

31. Portanto, afasto os argumentos trazidos pela recorrente, negando provimento ao recurso nesse ponto.

DA MULTA APLICADA

32. Conforme aduzido acima, a recorrente, ao descumprir obrigação acessória, está sujeita à penalidade prevista em lei, corretamente aplicada pela autoridade fiscal.

33. Contudo, não se conformando com a penalidade aplicada, a recorrente sustenta o seu caráter confiscatório. Porém, esta alegação não deve prosperar, pois o caráter confiscatório da multa somente resta configurado quando o valor agredir violentamente o patrimônio do contribuinte, o que não ocorre na hipótese analisada.

34. Ademais, reconhecer a existência de confisco é o mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade da sua incidência, o que, conforme demonstrado acima, é vedado a esse Conselho, salvo quando estiver diante de uma das hipóteses previstas no art. 62, parágrafo único, do seu Regimento Interno, quais sejam:

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) Dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Processo nº 11516.722628/2012-18
Acórdão n.º **2402-004.835**

S2-C4T2
Fl. 262

35. Desse modo, afasto os argumentos da recorrente nesse ponto, mantendo a penalidade aplicada.

CONCLUSÃO

36. Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento ao recurso voluntário, nos termos acima delineados.

É como voto.

Natanael Vieira dos Santos