



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

Processo n° 14098.720005/2014-39
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.140 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - COMPENSAÇÃO
Recorrente ASA ALIMENTOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2009 a 31/07/2010

PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO.
 CONCOMITÂNCIA.

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 (Súmula CARF nº 1).

PROCESSO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO.
 IDENTIDADE DE OBJETO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA CARF nº 1.

Somente se verifica identidade de objeto quando as demandas judiciais e administrativas ostentem as mesmas partes, a mesma causa de pedir (fundamentos de fato - ou causa de pedir remota - e de direito - ou causa de pedir próxima) e o mesmo pedido (postulação incidente sobre o bem da vida). Interpretação sistêmica da Súmula CARF nº 1.

COMPENSAÇÃO. MULTA ISOLADA. REQUISITOS.

São os requisitos para a aplicação da multa isolada de 150% prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991 a compensação indevida e comprovação da falsidade da declaração, cumulativamente.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. CARF.
 INCOMPETÊNCIA.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, rejeitar a preliminar de concomitância com a ação judicial suscitada de ofício pelo relator. Vencidos os Conselheiros Marcelo Vasconcelos de Almeida (Relator), José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado) e Eduardo Tadeu Farah (Presidente). No mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para cancelar a multa isolada. Vencidos os Conselheiros Carlos Henrique de Oliveira e Eduardo Tadeu Farah (Presidente). Designado para realizar o voto vencedor, quanto a preliminar, o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira. Realizou sustentação oral pelo contribuinte o Dr. Leandro Alves dos Santos, OAB/DF 44655.

Assinado digitalmente

Eduardo Tadeu Farah - Presidente.

Assinado digitalmente

Marcelo Vasconcelos de Almeida - Relator.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Eduardo Tadeu Farah (Presidente), Carlos Henrique de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado), Maria Anselma Coscrato dos Santos (Suplente convocada), Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Vasconcelos de Almeida, Carlos Cesar Quadros Pierre, Ana Cecilia Lustosa da Cruz Presente ao julgamento a Procuradora da Fazenda Nacional Sara Ribeiro Braga Ferreira.

Relatório

Em face do sujeito passivo acima identificado foram lavrados os seguintes Autos de Infração:

- AI DEBCAD nº 51.057.445-9 – Glosas relativas às contribuições decorrentes das remunerações correspondentes aos 15 (quinze) primeiros dias do auxílio-doença, compensadas pela empresa antes do trânsito em julgado de mandado de segurança por ela impetrada.

- AI DEBCAD nº 51.043.601-3 – Glosas referentes às contribuições incidentes sobre o salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias, compensadas pela empresa antes do trânsito em julgado de mandado de segurança por ela impetrada.

- AI DEBCAD nº 51.043.604-8 - Multa isolada de 150% calculada sobre o valor indevidamente compensado.

A contribuinte apresentou a impugnação de fls. 117/165, julgada improcedente por intermédio do acórdão de fls. 189/205.

Cientificada da decisão de primeira instância em 09/10/2014 (fl. 207), a Interessada interpôs, em 29/10/2014, o recurso de fls. 211/261. Na peça recursal aduz, em síntese, que:

AUTOS DE INFRAÇÃO 51.057.445-9 e 51.043.601-3

DA ESTRITA LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL ADOTADO PELA RECORRENTE

- É prescindível autorização judicial ou administrativa para que a compensação tributária seja efetuada antes do trânsito em julgado da decisão, pois tal permissivo já está contido no bojo do art. 66 da Lei nº 8.383/1991 e do art. 74 da Lei nº 9.430/1996, que prevê a modalidade de compensação denominada *sponte própria*, de iniciativa exclusiva do contribuinte.

- Não há nenhuma ilegalidade no procedimento levado a efeito pela Recorrente, bem como não foi utilizado nenhum ardid com o objetivo de fraudar a arrecadação. Antes, trata-se de compensação perfeitamente autorizada pelo Ordenamento Jurídico, efetivada por meio de expedientes contábeis próprios.

- Também não houve violação ao artigo 170-A do CTN, uma vez que esta é uma regra que o legislador dirigiu ao Poder Judiciário e não ao contribuinte. O Juiz, ante a imposição do artigo 170-A do CTN, está impedido de autorizar a compensação antes do trânsito em julgado, mas o dispositivo não proíbe que o contribuinte faça seu regular pedido de compensação.

- O montante apontado como devido deriva, exclusivamente, de valores de contribuições previdenciárias devidas pela Recorrente, restituídos em razão de sentença judicial que reconheceu o direito líquido e certo de compensar prestações futuras com os valores até então recolhidos indevidamente a título de contribuição previdenciária incidente sobre as seguintes verbas: os valores pagos nos primeiros 15 dias aos empregados afastados com auxílio doença/acidente, o salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 de férias.

- O Superior Tribunal de Justiça - STJ é unânime ao afastar do campo de incidência da contribuição previdenciária os valores pagos nos 15 primeiros dias aos empregados doentes ou acidentados, a título de salário-maternidade, bem como em relação às férias e ao terço constitucional de férias, de modo que não restam dúvidas acerca do direito à compensação do montante indevidamente recolhido.

- É imprescindível destacar que o STJ concluiu o julgamento do Resp n.º 1.230.957-RS, o qual foi julgado pela sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil - CPC, vinculando todos os Tribunais de 2ª Instância, bem como esse egrégio Conselho (artigo 62-A do RICARF), a própria Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB (Parecer PGFN/CDA/CRJ nº 396/2013) e a Procuradoria da Fazenda Nacional (Lei nº 10.522/2002, art. 19, inciso V), devendo a decisão ser plenamente observada e cumprida.

- No referido recurso negou-se provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional e deu-se parcial provimento ao Recurso Especial dos contribuintes, afastando a incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de 1/3 de férias, aviso prévio indenizado e 15 primeiros dias de afastamento dos funcionários doentes ou acidentados.

DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL

- O legislador ordinário elegeu, como hipótese de incidência tributária da contribuição previdenciária patronal o pagamento de remunerações destinadas a retribuir o trabalho, seja pelos serviços prestados, seja pelo tempo em que o empregado ou trabalhador avulso permanece à disposição do empregador ou tomador de serviços.

- Pretendeu-se, através das Medidas Provisórias 1.523-13 e 1.596-14, ampliar a hipótese tributária em debate para além dos valores pagos em decorrência de contraprestação de serviços, de modo a abranger quaisquer valores pagos pela empresa aos trabalhadores.

- A autoridade Administrativa exigiu o recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador *in abstracto*.

- No caso concreto são circunstâncias em que o empregado - acidentado, doente, gestante ou em gozo de férias - não está prestando serviços nem se encontra à disposição da empresa.

DOS 15 PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DOS FUNCIONÁRIOS DOENTES E/OU ACIDENTADOS

- O trabalhador doente ou acidentado não está prestando serviço algum - nem de modo efetivo, nem de forma potencial - sendo certo que o valor a este pago pela empresa para concessão de benefício previdenciário não se insere na hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO SOBRE O SALÁRIO MATERNIDADE

- Os valores pagos às funcionárias afastadas nestas condições não são destinados a retribuir qualquer tipo de trabalho, posto que trabalho algum é prestado, não se vislumbrando, novamente a hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

DAS FÉRIAS E DO TERÇO CONSTITUCIONAL

- Exige-se a contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a tais títulos ao argumento de que estão excluídas do salário de contribuição apenas as férias indenizadas e respectivo terço constitucional.

- Ocorre que o salário de contribuição é base de cálculo da contribuição devida pelos segurados, não a base de cálculo da contribuição patronal, conforme previsto no artigo 20 da Lei nº 8.212/1991.

- A hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como sua base de cálculo, dizem respeito exclusivamente aos valores pagos destinados a retribuir um trabalho efetivo ou potencial - o que não é o caso dos funcionários em gozo de férias.

Logo, não tendo tais pagamentos sido eleitos pelo legislador infraconstitucional como hipótese tributária da contribuição previdenciária patronal, deve ser afastada a cobrança sobre tais verbas, uma vez demonstrado que são indevidas, gerando direito à sua restituição.

DA INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC

- O STJ entendeu que a Taxa SELIC visa remunerar títulos. Não havendo discriminação qualitativa e quantitativa de seus componentes integrantes, a Taxa SELIC, por ferir princípios, é inaplicável em matéria tributária.

- Em respeito ao princípio da hierarquia das normas o artigo 161, § 1º do CTN (Lei Complementar) estabelece o índice de juros de 1% ao mês e, na hipótese de a Lei nº 8.981/1995, instituidora da Taxa Selic, ser considerada norma legal para regradar assuntos tributários, deve-se concluir que a mencionada lei não poderia fixar índices acima do limite previsto no CTN.

- Não poderia a fiscalização reclamar o pagamento de juros de mora sobre multa, calculadas por taxas de natureza remuneratória, como é o caso da SELIC, pena de ofensa ao conceito jurídico e econômico de juros moratórios e de ferir os preceitos contidos no parágrafo do artigo 161 do CTN.

AUTO DE INFRAÇÃO 51.043.604-8

DO DESCABIMENTO DA MULTA ISOLADA

- Os valores lançados pela Recorrente nas suas GFIP refletem as apurações de recolhimentos indevidos e amparados por decisão parcialmente procedente. A Recorrente comprova a sua boa-fé submetendo todas as informações, procedimentos e documentos ao crivo do Judiciário e do próprio Fisco, o que se materializou nos autos do Mandado de Segurança impetrado.

- A realização de compensação em qualquer uma das hipóteses autorizada pela Lei não caracteriza fraude fiscal e, tampouco, o dolo, já que não há que se falar em fraude se não houver dolo. Sonegação, fraude e conluio são formas diversas de evasão fiscal e em todas essas hipóteses deverá estar presente o dolo.

- O que se verifica como pressuposto em comum em todas as três hipóteses é a existência de dolo, não podendo a presença deste elemento ser identificada através de presunção, senão através de prova.

- Na essência, o que se pretende com as práticas que vêm sendo realizadas pela Receita Federal é a imposição de penalidades calcadas em presunção absoluta, ou mediante ficção jurídica, contrariando a doutrina e a jurisprudência inerentes ao direito tributário.

- Não pode haver presunção de sonegação para fins de aplicação da multa isolada, visto que esta deverá ser provada e caberá prova em contrário.

- O CARF se manifestou, recentemente, no sentido de que é incabível a multa isolada no patamar de 150% quando o contribuinte detenha decisão judicial determinando a compensação após o trânsito em julgado.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

- A multa aplicada corresponde ao percentual absurdo de 150% do valor do tributo indevidamente exigido. O referido percentual encontra-se em grave ofensa ao princípio do não confisco consagrado no art. 150, inciso IV, da Constituição Federal.

- O simples valor da exigência, R\$ 2.580.131,28, é suficiente para caracterizar a teratologia. Ainda que consideradas as variáveis de fato peculiares a cada caso, demonstra-se nítido o caráter confiscatório e, portanto, insustentável do percentual de 150% em face da farta jurisprudência dos tribunais superiores.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

- O crédito tributário só pode ser considerado definitivamente constituído após o encerramento do devido processo legal administrativo. Assim, enquanto não houver conclusão do processo administrativo que apura eventual ilícito tributário não se pode, de modo algum, atribuir-se à Interessada a prática de algum crime fiscal. É o que prevê a Súmula Vinculante nº 24 do STF.

- Pendente recurso administrativo, a Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) sequer pode ser encaminhada pela Secretaria da Receita Federal do Brasil ao Ministério Público Federal.

DOS PEDIDOS

- Requer seja o presente recurso voluntário recebido.

- Requer seja o presente recurso acolhido e provido em todos seus termos.

- Requer seja a representação fiscal para fins penais mantida no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil até o final do esgotamento da via administrativa, eventual constituição definitiva do crédito tributário e, ainda, após esgotado o prazo para o contribuinte pagar e/ou parcelar o tributo.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Vasconcelos de Almeida

AUTOS DE INFRAÇÃO 51.057.445-9 e 51.043.601-3

Observo, por primeiro, que por meio dos Autos de Infração 51.057.445-9 e 51.043.601-3 foram realizadas, respectivamente, glosas de contribuições previdenciárias incidentes sobre verbas pagas relativas aos 15 primeiros dias do auxílio-doença e glosas de contribuições previdenciárias incidentes sobre o salário-maternidade, férias e adicional de 1/3

de férias, compensadas pela empresa antes do trânsito em julgado de mandado de segurança por ela impetrada.

O Relatório Fiscal de fls. 51/54 revela que a Recorrente impetrou Mandado de Segurança, em 04/06/2009, objetivando:

1. o não recolhimento da contribuição social previdenciária incidente sobre os valores pagos referentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados, bem como sobre os valores pagos a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço);

2. compensação dos valores recolhidos nos últimos 10 (dez) anos, com correção monetária, juros de mora de 1% (um por cento) e taxa SELIC a partir de 01/01/1996, com qualquer tributo ou contribuição administrado pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, sem as limitações do art.170-A do CTN, Lei nº 8.212/1991 ou qualquer norma legal ou infralegal.

Embora a liminar pleiteada tenha sido indeferida, sentença de 14/09/2009 concedeu em parte a segurança, reconhecendo a não incidência da contribuição previdenciária apenas sobre os valores pagos correspondentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados, bem como o direito à compensação, após o trânsito em julgado, nos termos do art.170-A do CTN, nos 10 (dez) anos anteriores ao ajuizamento da ação.

No Acórdão nº 2009.34.00.018641-2/DF, de 06/11/2012, confirmou-se a não incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado durante os quinze primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença, respeitando a prescrição quinquenal e limitando a compensação às contribuições de mesma espécie, somente após o trânsito em julgado (CTN, art.170-A), com correção unicamente pela taxa SELIC.

Consta do Relatório Fiscal (fls. 51/54), também, que a empresa efetuou compensações das contribuições previdenciárias nos exatos termos do pedido judicial, conforme as Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP por ela apresentadas.

Verifica-se, assim, que o destino do crédito previdenciário em discussão está diretamente atrelado ao deslinde da ação ajuizada pela Interessada, uma vez que se o Poder Judiciário acolher definitivamente os pleitos formulados nos autos da ação judicial as contribuições decorrentes das glosas não poderão ser cobradas pela União. Ao revés, ocorrendo o trânsito em julgado favorável à União, integral ou parcialmente, as contribuições permanecem íntegras, com possibilidade de cobrança pelo sujeito ativo da relação tributária, integral ou parcialmente.

O parágrafo único do art. 38 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), assim como o caput do art. 87 do Decreto nº 7.574/2011 (que regulamentou o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União) e a Súmula CARF nº 1, estabelecem, sistematicamente, que 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 ou mais amplo objeto do processo administrativo.

Esse conjunto normativo não implica em qualquer ofensa ao devido processo legal administrativo, posto que é o sujeito passivo quem escolhe buscar o seu suposto direito na via judicial que, em julgando a mesma controvérsia discutida na via administrativa, prevalece sobre a decisão do processo administrativo e faz coisa julgada, por isso mesmo não se justificando uma dupla litigiosidade de esferas (administrativa e judicial) com o mesmo objeto.

Em outras palavras: a opção pela discussão judicial, antes ou depois do esaurimento da instância administrativa, demonstra que o contribuinte desta abdicou, direcionando o litígio ao Poder Judiciário, a quem cabe dar a última palavra sobre a questão levada à sua apreciação.

O requisito para a concomitância é a identidade de objeto. No entendimento deste Julgador a identidade de objetos ocorre nas hipóteses em que o contribuinte pode obter na esfera judicial a mesma consequência que alcançaria por meio de seu pedido na via administrativa.

No mesmo sentido é o ensinamento de Eduardo Domingos Bottallo, (Processo Administrativo Tributário, Comentários ao Decreto nº 7.574/2011 e à Constituição Federal, Dialética, 2012, pp. 94/95), *verbis*:

Pouco importa, de outra parte, que, em um e em outro caso, esteja em pauta a mesma tese jurídica, uma vez que a prejudicialidade da existência dos dois processos (o administrativo e o judicial) só deve levar em conta os respectivos objetos, que não se confundem, com a causa de pedir. Reforçando a ideia, tal prejudicialidade só ocorre nos casos em que o sujeito passivo pode obter em juízo o mesmo resultado possibilitado pela impugnação administrativa ao auto de infração.

E é exatamente isto que ocorre na situação em análise, uma vez que o êxito na ação judicial implicará no mesmo resultado pretendido pelo Recorrente no bojo deste processo administrativo, no que se refere à compensação realizada em relação aos valores pagos referentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados e em relação aos valores pagos a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço), inclusive em relação à multa de mora aplicada, aos juros e à Representação Fiscais para Fins Penais.

Noutros termos: transitada em julgado a ação judicial, com resultado favorável ao Recorrente, o Fisco não poderá cobrar os débitos decorrentes das glosas efetuadas, os juros, a multa de mora ou mesmo, eventualmente, os representantes legais da contribuinte serem alvo de qualquer procedimento criminal.

Nesse contexto, entendo que o recurso não deve ser conhecido em relação às glosas dos valores compensados referentes aos pagamentos dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados e em relação às glosas dos valores compensados referentes aos pagamentos a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço), em face da concomitância do processo judicial com o processo administrativo, ambos com o mesmo objeto, assim entendida a situação em que o sujeito passivo pode alcançar, na via judicial, aquilo que pleiteia na via administrativa.

Conforme mencionado no capítulo anterior a Recorrente impetrou mandado de segurança objetivando o não recolhimento das referidas contribuições sociais previdenciárias, bem como pleiteando a compensação dos valores recolhidos nos últimos 10 (dez) anos.

Assim, a pretensão material deduzida em juízo não contempla a inexigibilidade da multa isolada aplicada no presente Auto de Infração. Acrescente-se que o pedido formulado na ação judicial restringe a prestação jurisdicional, que, pelo princípio processual da congruência, não deve ser *extra, ultra, ou infra petita*.

Também vimos no capítulo anterior que o requisito para a concomitância é a identidade de objeto, assim considerada a situação em que o sujeito passivo pode alcançar, na via judicial, aquilo que pleiteia na via administrativa.

Logo, descabe falar em concomitância de processo judicial em relação à aplicação da multa isolada de 150% prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991, haja vista que a Interessada não poderá obter, por meio do Mandado de Segurança impetrado, a inexigibilidade da penalidade aplicada neste processo administrativo.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso em relação às insurgências aventadas pela Recorrente no que se refere à aplicação da multa isolada de 150%.

O § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991 está descrito nos seguintes termos:

Art. 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 leitura do dispositivo legal evidencia que dois são os requisitos para a aplicação da multa isolada de 150%, cumulativamente: compensação indevida e comprovação da falsidade da declaração.

A compensação indevida é evidente, na medida em que existe dispositivo legal expresso estabelecendo a vedação da compensação antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. É o que prevê o art. 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, *in verbis*:

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Resta verificar, então, se a Fiscalização comprovou a falsidade na declaração, segundo requisito para aplicação da multa de 150% prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991.

A Autoridade lançadora fundamentou a aplicação da multa nos seguintes termos:

Em razão de restar comprovada a materialização da hipótese prevista no § 10 do Art. 89 da Lei 8.212/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, ficou a empresa sujeita à multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento) calculada sobre o valor indevidamente compensado, pois:

a) tinha pleno conhecimento da inexistência dos pretensos créditos compensados;

b) a ação dolosa visou impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária, das condições pessoais de contribuinte, afetando o crédito tributário correspondente, o que caracteriza sonegação para fins de aplicação e graduação das penalidades, nos termos do Art. 71, II da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Como se vê a Autoridade fiscal buscou fundamentar a falsidade da declaração no suposto conhecimento da inexistência de créditos, embora a ação judicial ainda não tenha transitado em julgado, e em uma ação dolosa tendente a “*impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária, das condições pessoais do contribuinte*”, com base no art. 71, II, da Lei nº 4.502/1964, assim descrito:

Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

À evidência, a Autoridade lançadora não demonstrou a intenção dolosa da contribuinte tendente a impedir o conhecimento, por parte da Autoridade fazendária, das condições pessoais do contribuinte, tampouco que condições são essas.

Ademais, a Autoridade fiscal tomou conhecimento da compensação via GFIP, porquanto a Recorrente declarou os tributos em sua totalidade. O fato de a compensação ser indevida não significa, por si só, em meu entendimento, que houve a ocorrência de falsidade na declaração, haja vista que não houve a ocultação de valores ou a alteração da verdade dos fatos.

As contribuições previdenciárias foram informadas ao Fisco, assim como o procedimento compensatório. Tanto que a Autoridade Fiscal pautou o lançamento com base nas declarações prestadas em GFIP.

Acrescento, também, que inexistente, nos autos, prova material indicando a existência de falsidade das declarações apresentadas pela Interessada (GFIP), que apenas

registraram a realização de compensação de débitos previdenciários com créditos objeto de ação judicial.

Desse modo, entendo que a Fiscalização não se desincumbiu de provar a falsidade nas declarações apresentadas, tampouco que a Recorrente agiu dolosamente no intuito de impedir o Fisco de tomar conhecimento das condições pessoais do contribuinte, condições essas, repita-se, que sequer foram apontadas no Relatório Fiscal (fls. 51/54).

Ressalto, ainda, que a multa isolada de 150% é a penalidade mais grave prevista na legislação previdenciária. De conseguinte, a Fiscalização é obrigada a produzir provas convincentes da falsidade da declaração, sendo inviável sua aplicação apenas com base em alegações genéricas.

Houve, na verdade, declaração de informações verídicas que demonstram compensações indevidas, circunstâncias das quais não é admissível presumir o dolo e atribuir um caráter de declaração falsa às declarações apresentadas pela contribuinte.

Nesse contexto, penso que não restou comprovado um dos requisitos necessários à aplicação da multa prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991, qual seja, a falsidade das declarações apresentadas pelo sujeito passivo.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIS

Descabe discussão acerca de procedimentos relacionados à Representação Fiscal para Fins Penais no âmbito deste Conselho, nos termos da Súmula CARF nº 28, *in verbis*:

Súmula CARF nº 28: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.*

CONCLUSÃO

Nesse contexto, voto por conhecer parcialmente o recurso e, na parte conhecida, por dar-lhe provimento para cancelar a multa isolada de 150%.

Assinado digitalmente

Marcelo Vasconcelos de Almeida

Voto Vencedor

Carlos Henrique de Oliveira - Redator designado

Em que pesem os lógicos argumentos e o costumeiro acerto do ilustre Relator, ousado, com a devida vênua, discordar da concomitância apontada.

Entende, o nobre Conselheiro que, por ter o contribuinte impetrado mandado de segurança, em junho de 2009, buscando autorização judicial para afastar a incidência de contribuição previdenciária patronal sobre determinadas verbas pagas aos seus empregados, e o lançamento versar sobre glosa de compensações de valores pagos sob essas rubricas, verifica-se a existência de concomitância entre as instâncias administrativa e judicial, o que, em face da legislação aplicável, implica em renúncia ao processo administrativo tributário. São suas palavras:

"Verifica-se, assim, que o destino do crédito previdenciário em discussão está diretamente atrelado ao deslinde da ação ajuizada pela Interessada, uma vez que se o Poder Judiciário acolher definitivamente os pleitos formulados nos autos da ação judicial as contribuições decorrentes das glosas não poderão ser cobradas pela União. Ao revés, ocorrendo o trânsito em julgado favorável à União, integral ou parcialmente, as contribuições permanecem íntegras, com possibilidade de cobrança pelo sujeito ativo da relação tributária, integral ou parcialmente.

*O parágrafo único do art. 38 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/1980), assim como o caput do art. 87 do Decreto nº 7.574/2011 (que regulamentou o processo administrativo de determinação e exigência de créditos tributários da União) e a **Súmula CARF nº 1, estabelecem, sistematicamente, que 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 ou mais amplo objeto do processo administrativo.**"*
(destacamos)

Exsurge, nos destaques da transcrição, o ponto de dissenso ensejador do presente voto. Segundo o insigne Relator, verifica-se concomitância toda vez que o contribuinte buscar o judiciário e da decisão resultante, poder restar prejudicado, pelo sucesso da lide judicial, o lançamento tributário objeto da discussão no âmbito administrativo.

Entre outros fundamentos, apóia-se o Conselheiro na dicção da Súmula CARF nº 1. Vejamos seus termos:

*"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.**"* (destaques nossos)

Claríssima a disposição que consolidou entendimento praticamente unânime deste Colegiado: há tácita renúncia ao processo administrativo a propositura, antes ou depois do lançamento, de medida judicial com o **mesmo objeto do processo administrativo**. Assim, mister entendermos o que é o objeto do processo administrativo e cotejá-lo com o objeto do processo judicial que se analisa.

Segundo o dicionário Michaelis 'online', publicado no sitio uolBusca (<http://dic.busca.uol.com.br/result.html?q=objeto&group=0&t=10>), o verbete objeto, em sua acepção jurídica:

"objeto •sm(lat objectu)

Tudo que se oferece aos nossos sentidos ou à nossa alma.

*Coisa material: **Havia na estante vários objetos. Col: bateria, trem**(quando agrupados para o mesmo fim).*

Motivo, causa.

Tudo que constitui a matéria de ciências ou artes.

Assunto, matéria.

Intenção, desígnio, mira.

Fim a que se mira ou que se tem em vista.

***Filos**Aquilo que é pensado, por oposição ao próprio ato de pensar.*

***Dir**Tudo aquilo sobre que recai um direito, ou uma ação, ou obrigação." (sublinhamos)*

Também no mesmo sentido, um tanto amplo para os fins do nosso estudo, caminha o dicionário jurídico. Para objeto do processo, encontramos a seguinte significação (*Diccionario Básico Jurídico, 7ª ed. Comares Editorial*):

"Conjunto de fatos que integrando o processo, o levam a conseguir as diversas finalidades que o mesmo persegue (...)"

Das significações apresentadas, podemos inferir que o objeto da demanda processual é aquilo que com ela se pretende obter, o que se quer alcançar.

Porém, somente tal entendimento é suficiente para se verificar a concomitância, como entende o Relator? Não nos parece a melhor doutrina.

O Professor Moacyr Amaral Santos, no clássico Primeira Linhas de Direito Processual Civil (1º Vol., Ed. Saraiva, 20ª ed., p. 163), leciona que objeto da ação:

"é o pedido do autor (Cod Proc. Civil, art 282, IV), ou seja, o que ele solicita que lhe seja assegurado pelo órgão jurisdicional.

(...) Assim, o objeto, isto é, o pedido (res, petitum) é imediato ou mediato.

O pedido imediato consiste na providência jurisdicional solicitada: sentença condenatória, declaratória, constitutiva ou mesmo providência executiva, cautelar ou preventiva.

O pedido mediato é a utilidade que se quer alcançar pela sentença, ou providência jurisdicional, isto é, o bem material ou imaterial pretendido"

Continuando sua lição, o emérito Professor das Arcadas, ensina que **o pedido** deve estar sempre apoiado, **deve sempre corresponder a uma causa de pedir**, pois *"quem invoca uma providência jurisdicional quanto a um bem pretendido, cumpre dizer no que se funda seu pedido"* (ob. cit., pag. 164).

Recorda o Mestre que o *Códex* Processual exige que o autor exponha na inicial não só o seu pedido, mas também os fundamentos jurídicos deste. Com tal exigência, a lei processual requer a exposição não só a causa próxima de pedir - os fundamentos jurídicos - como também a causa remota - o fato gerador do direito.

No caminhar de sua lição, com a didática exemplar que sempre o caracterizou, o Professor Moacyr Amaral, explica que a identificação de ações (o cerne de nosso problema) exige que se examine detalhadamente a identidade, a individualidade de uma demanda.

Para tanto, leciona o saudoso Professor:

"(...) duas ações são idênticas quando em ambas seus elementos são os mesmos. Assim, duas ações são idênticas quando entre elas há: a) identidade de partes (eadem personae); b) identidade de objeto (eadem res); c) identidade de causa de pedir (eadem causa petendi)."

Exsurge a distinção.

Tem-se identidade entre ações quando as mesmas, intrinsecamente, coincidem, ou seja, são iguais. Para tanto, necessariamente convergem para a mesma solução a partir de divergências sobre o mesmo bem da vida mas - forçosamente - com essa divergência decorrente do mesmo motivo, da mesma causa.

Tal exigência decorre não só de um imperativo processual, mas também de um imperativo lógico. Não basta a demanda reunir mesmas partes, sobre o mesmo bem em discussão: o motivo da disputa deve ser o mesmo.

Por exemplo se pode entender melhor. Dois senhores podem discutir sobre um imóvel, mais acuradamente sobre a posse e propriedade de um imóvel. Imaginemos que se trate de um imóvel comercial, onde o proprietário, por contrato de locação, passou a posse do imóvel a um comerciante.

Tempos depois, o comerciante propôs a compra do imóvel. Firmam um contrato de compra e venda, com pagamento parcelado. Ajustam que durante o pagamento parcelado da compra, o locatária, agora promitente comprador, continuaria a pagar o aluguel.

Iniciados os pagamentos, o comprador, agora em dificuldades financeiras, atrasa algumas parcelas. O vendedor, opta pela resolução contratual unilateral e vende, à vista, o imóvel a outrem, porém ajustando com o novo comprador, que entregará o imóvel desocupado. Ingressa com medida judicial, ação de despejo, visando a retomada do imóvel. Nesse caso o objeto é a posse do imóvel.

O locatário, aqui ainda promitente comprador, inconformado com o **desfazimento do contrato de promessa de compra e venda**, ingressa com ação judicial buscando

fazer valer seu direito decorrente do contrato de compra e venda firmado e portanto anular a segunda venda. Objeto da ação: a propriedade do imóvel.

Partes envolvidas: as mesmas. Resultado, objeto, de uma e de outra: o imóvel. Importante recordar que se o direito de promitente comprador for reconhecido, por óbvio que a segunda decisão terá seu resultado impactando na primeira, na ação de despejo. Mesmo assim, há coincidência de ações? Por óbvio que não.

A distinção é flagrante quanto à causa de pedir. Em uma e em outra ação, embora o objeto seja o mesmo, o fundamento jurídico do pedido é distinto.

Esses requisitos para que se reconheça a identidade de ações e portanto, a concomitância também é reconhecido por Julio Fabbrini Mirabete (Processo Penal, Ed. Atlas, 10ª ed., p. 217), processualista de renome que explicita, ao examinar a litispendência:

*"Os elementos que identificam a demanda, impedindo outra por litispendência são: a) o pedido (petitum), o que o autor pede; b) as partes (personae), são as partes em litígio; a causa de pedir (causa petendi), a razão de fato pela qual o autor pede a condenação, no processo penal o fato criminoso. **Numa expressão bem simples, se o mesmo autor, com o mesmo fundamento de fato, faz o mesmo pedido, contra o mesmo réu, a demanda é a mesma que a anterior**" (destacamos)*

Não é outra a lição de Cândido Rangel Dinamarco, outro ícone da Faculdade de Direito do Largo São Francisco, que em sua importantíssima obra, Instituições de Direito Processual Civil (Vol III, 2ª ed. Ed. Malheiros p. 136), assevera:

*"Didaticamente e seguindo uma linha tradicional no processo civil brasileiro, o Código de Processo Civil afirma que **uma ação é precisa reprodução de outra quando em ambas coincidem os três elementos constitutivos, tendo elas as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (...)**" (destacamos)*

Outro simples raciocínio demonstra a importância da causa de pedir como traço elementar, e portanto distintivo, de uma ação. Pensemos agora em hipótese de lide tributária clássica, ou seja, insurgência contra a tributação.

Decerto que nessas ações tributárias, dois elementos serão sempre coincidentes: i) as partes, pois sempre se analisará a demanda de determinado contribuinte contra a Administração Tributária; ii) o pedido, o próprio objeto, pois sempre o contribuinte buscará se esquivar da exação como pretendida pelo Fisco.

Ora, nesses casos, ao prevalecer a questão como posta pelo Relator, ou seja, há concomitância quando o contribuinte pode alcançar na via judicial o mesmo resultado que teria na esfera administrativa, qualquer tipo de lide judicial afastaria qualquer demanda na fase administrativa, uma vez que - pelo nosso pressuposto - ao conseguir judicialmente o afastamento da pretensão fiscal como pretendida pela Administração Tributária, a esfera administrativa nunca teria função.

Imaginemos que o contribuinte tenha ingressado com uma ação de **inexistência de relação tributária acerca de determinado tributo**. Tempos depois, ao perceber

que aquele contribuinte não estava recolhendo os valores devidos sobre aquele determinado tributo, o Fisco inicia procedimento fiscalizatório.

Ao ser cientificado da existência da demanda judicial, a autoridade fiscal, visando cumprir a determinação legal, opta por lançar o tributo em litígio somente para prevenir a decadência. Na impugnação, o contribuinte se insurge sobre o lançamento tributário em razão da existência, em sua opinião, de nulidade no procedimento do lançamento.

A prevalecer a posição aqui atacada, por ser certo que o resultado da lide judicial pode ser a declaração da inexistência da relação tributária entre o Fisco e o contribuinte, a processo administrativo tributário não poderia ser conhecido pois se observaria a concomitância, com conseqüente renúncia. Resultado: a Administração Tributária deixou de examinar, de controlar, a legalidade de determinado ato por ela produzido, expondo assim ao mundo um ato eivado de ilegalidade, nulo portanto, realizado por quem está adstrito ao princípio da legalidade, que determina que a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite.

Por óbvio que não pode ser esse o conceito de concomitância.

Ao aplicarmos aos exemplos acima a clássica doutrina processualista, que exige para que se tenha identidade de ações a presença dos três elementos essenciais da ação (mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido), não se verificaria a concomitância havendo, portanto, o exame dos processos por serem distintos.

Outro não é o entendimento da própria Administração Tributária. Vejamos o trecho do conteúdo do Parecer Normativo Cosit nº 7, de 22 de agosto de 2014, que versa exatamente sobre o tema aqui analisado:

"Da identidade de objetos dos processos administrativo e judicial"

9. Poder-se-ia questionar quanto à definição da expressão "mesmo objeto" a que se reportam o ADN Cosit nº3, de 1996, a Súmula nº1 do CARF e a Portaria MF nº341, de 2011. Aqui, faz-se mister diferenciar o objeto da relação jurídica substancial ou primária do objeto da relação jurídica processual. Aquele consiste no bem da vida sobre o qual recaem os interesses em conflito, in casu, o patrimônio do contribuinte; este, por sua vez, diz respeito ao serviço que o Estado tem o dever de prestar, e nos procedimentos de que este se utiliza para tanto, resultando no proferimento de decisões administrativas ou judiciais em cada processo, guardando relação de instrumentalidade com a real demanda do autor (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Constituição Federal Comentada. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 179).

9.1. Assim, só produz o efeito de impedir o curso normal do processo administrativo a existência de processo judicial para o julgamento de demanda idêntica, assim caracterizada aquela em que se verificam as mesmas partes, a mesma causa de pedir (fundamentos de fato – ou causa de pedir remota - e de direito – ou causa de pedir próxima) e o mesmo pedido (postulação

incidente sobre o bem da vida) - a chamada teoria dos três eadem, conforme definida no art. 301, § 2º da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil – CPC), o qual ora se aplica por analogia.

9.2. Leva-se em consideração o objeto da relação jurídica substancial; se a discussão judicial se refere a questões instrumentais do processo administrativo, contra as quais se insurge o sujeito passivo da obrigação tributária, não há que se falar em desistência da instância administrativa nem em definitividade da decisão recorrida, quando nesta se discute alguma questão de direito material. Se, no entanto, a discussão administrativa gira em torno de alguma questão processual, como a tempestividade da impugnação, por exemplo, questão esta também levada à apreciação judicial, configura-se a renúncia à esfera administrativa quanto a este ponto específico.

9.3. **Seguindo esse raciocínio, encontra-se entendimento na doutrina e na jurisprudência de que só se caracteriza a identidade de ações quando se verificam as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir:**

19. Identidade de ações: caracterização. As partes devem ser as mesmas, não importando a ordem delas nos pólos das ações em análise. A causa de pedir, próxima e remota [...], deve ser a mesma nas ações, para que se as tenha como idênticas. O pedido, imediato e mediato, deve ser o mesmo: bem da vida e tipo de sentença judicial. Somente quando os três elementos, com suas seis subdivisões, forem iguais é que as ações serão idênticas. (JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil Comentado. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 595)

Litispêndência. Identidade de pedidos. A identidade de pedidos não caracteriza a litispêndência. Somente se verifica a litispêndência com a identidade de ações: as mesmas partes, o mesmo pedido e a mesma causa de pedir. (TRF-5ª, 1ª T., Ap 17299-RN, rel. Juiz Ridalvo Costa, v.u., j. 10.12.1992, JSTJ 47/583)

9.4. **Vale reproduzir o seguinte excerto do Parecer PGFN/Cocat nº2/2013:**

49. Dito disso, conferimos ao instituto da concomitância no PAF o mesmo tratamento da litispêndência no processo civil, pois a verificação da ausência desses dois pressupostos negativos têm como finalidade precípua evitar o processamento de causas iguais quando houver: (i) identidade das partes, (ii) da causa de pedir e (iii) do pedido (art. 301, §§ 1º e 2º, do CPC; e Súmula nº1/CARF).

50. Com efeito, na linha do que foi afirmado no item 26, tanto a concomitância quanto a litispêndência constituem requisitos de validade objetivos extrínsecos da relação processual. São pressupostos negativos, ou seja, fatos que não podem ocorrer para que o procedimento se instaure validamente. Representam

acontecimentos estranhos à relação jurídica processual (daí o adjetivo "extrínseco") que, uma vez existentes, impedem a formação válida do processo (procedimento). (grifos conforme original)

9.5. Feitos esses esclarecimentos, e à vista da terminologia utilizada nos normativos retromencionados, adotar-se-á, neste parecer, o entendimento de que a expressão “mesmo objeto” diz respeito àquilo sobre o qual recairá o mérito da decisão, quando sejam idênticas as demandas. Portanto, tem-se como critérios de aplicação da impossibilidade do prosseguimento do curso normal do processo administrativo, em vista da concomitância com processo judicial, tanto o pedido como a causa de pedir, e não somente o pedido.

9.6. Seguindo essa lógica, caso o processo administrativo fiscal contenha pedido mais abrangente que o do processo judicial, ele deve ter seguimento somente em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. Se, por exemplo, a ação judicial requer a anulação de um lançamento em relação a determinada multa, mas nada diz sobre a base de cálculo do tributo, e a impugnação administrativa tratar também da discussão sobre a base de cálculo, esta parte deverá ser objeto de julgamento administrativo.

10.A prevalência, nesses casos, do curso do processo judicial se deve ao princípio constitucional da unicidade de jurisdição, insculpido no art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal (“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;”), segundo o qual o Poder Judiciário detém o monopólio do controle jurisdicional, não sendo necessário que se configure a efetiva lesão a direito, bastando a simples ameaça para que se dê o ingresso em juízo. Ademais, o caráter de não definitividade das decisões administrativas consiste na possibilidade de sua apreciação pelo Judiciário. Registre-se, ainda, a desnecessidade do esgotamento da via administrativa para o acesso ao Poder Judiciário, como ocorria no sistema constitucional revogado (CF/1967, art. 153, § 4º). (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 312).

10.1. Outra justificativa que se pode invocar para a inadmissibilidade da concomitância entre as discussões sobre a mesma matéria nas instâncias judicial e administrativa, sob pena de se admitir um dispêndio desnecessário de recursos públicos, além do risco de se obterem decisões conflitantes, passa pelo princípio da economia processual, o qual, segundo lecionam Cintra, Grinover e Dinamarco (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 79), “preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais”. Trata-se do mesmo princípio que inspira os efeitos

do instituto da litispendência no processo civil (arts. 219, 267 e 301 do CPC)." (destaques não constam do Parecer mencionado)

Nesse mesmo caminho segue o STJ. Afirma o voto condutor da decisão proferida no Ag Rg no Agravo em Recurso Especial nº 702.892-SP, de Relatoria do Min Sérgio Kukina, julgado em 15/03/16 pela Primeira Turma.

"Há litispendência quando se repetem ações em curso com as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido; ainda que sejam causas de natureza diversa, como são mandado de segurança e processo de conhecimento, indubitosa a réplica proibida pela lei processual."

Assentes quanto ao conceito de concomitância entre a ação judicial e o processo administrativo tributário, passemos ao caso concreto.

No caso em apreço, a determinação da identidade de ações se torna ainda mais necessária e, com a devida vênia, o desacerto do entendimento esposado no voto do Relator ainda mais flagrante.

Como bem apontado pelo nobre Relator, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança pelo qual obteve decisão favorável no sentido da não incidência da quota patronal da contribuição previdenciária sobre as verbas constantes da ação mandamental. Impende realçar que consta expressamente na sentença a possibilidade de compensação dos valores efetivamente pagos somente após o trânsito em julgado da decisão.

Ora, o lançamento tributário que aqui se analisa foi efetuado justamente pelo existência da compensação dos valores pagos sobre tais verbas.

Vejamos a questão da concomitância.

Para tanto, destaquemos as controvérsias existentes.

No plano judicial, encontramos um mandado de segurança proposto pelo Recorrente em face da Administração Tributária que tem por objeto a não incidência da quota patronal de contribuição previdenciária sobre determinadas verbas em razão da ausência de caráter remuneratório nessas verbas.

No plano administrativo, observamos que o Recorrente se insurge contra o lançamento tributário decorrente de glosa de compensação indevida, no entender do Fisco.

Ao buscarmos os elementos essenciais das duas demandas encontraremos:

	<i>Administrativo</i>	<i>Judicial</i>
<i>Partes</i>	Recorrente e Fisco	Recorrente e Fisco
<i>Pedido</i>	Nulidade/Cancelamento lançamento	Não incidência da contribuição
<i>Causa de pedir</i>	Nulidade/ não incidência	Verbas não remuneratórias

A simples leitura do quadro acima demonstra a inexistência de coincidência entre os elementos caracterizadores das lides, o que torna despropositado que o contribuinte possa vir obter a improcedência do lançamento como resultado da demanda judicial proposta.

Assim, mister que se conheça do recurso apresentado, uma vez que não se pode, sob ofensa ao primado da lógica jurídica, aplicar-se a Súmula CARF nº 1 ao caso em apreço, vez que nem mesmo o objeto, o pedido em si, é o mesmo. Na via judicial, se discute incidência. Na via administrativa o pedido é cancelamento do lançamento, seja por nulidade, seja por regularidade na compensação.

Não obstante o exposto, mister realçar que a concomitância de ações exige além da identidade do pedido, a identidade da causa de pedir.

Em consequência, entendo pelo conhecimento do recurso.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira

Declaração de Voto

Carlos Henrique de Oliveira

Em razão do conhecimento do recurso, ao adentrarmos no mérito deste, inegável reconhecer a procedência do lançamento, aliás como consta do voto do Relator, no mínimo de forma tangencial, quando da análise da multa qualificada. Reproduzo pequeno trecho do voto afeto à questão:

"A compensação indevida é evidente, na medida em que existe dispositivo legal expresso estabelecendo a vedação da compensação antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. É o que prevê o art. 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, in verbis:

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)" (negritos nossos)

Não obstante a vedação legal, mister não esquecer que na própria sentença favorável ao Contribuinte, aqui Recorrente, há expressa determinação para que a compensação se opere somente após o trânsito em julgado da mesma. Tal fato não passou despercebido do incluíto Relator:

"No Acórdão nº 2009.34.00.018641-2/DF, de 06/11/2012, confirmou-se a não incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado durante os quinze primeiros dias que antecedem a concessão do auxílio-doença, respeitando a prescrição quinquenal e limitando a compensação às contribuições de mesma espécie, somente após o trânsito em julgado (CTN, art.170-A), com correção unicamente pela taxa SELIC." (negritos nossos)

Ora, além de expressa disposição legal que veda a antecipação da compensação antes da decisão judicial tornar-se definitiva, a própria sentença, norma individual e concreta, também possui determinação no mesmo sentido da proibição de aproveitamento dos créditos por ela reconhecidos.

Tal constatação convalida, sem a menor dúvida, a pretensão fiscal, ou seja, a glosa das compensações efetuadas pelo Recorrente.

Forçoso negar provimento ao recurso nessa parte.

Passando à análise da aplicação da multa isolada, nos termos do artigo 89, § 1º, da Lei de Custeio da Previdência, novamente, com o devido pedido de desculpas, ousou discordar do Relator.

Vejamos seus argumentos:

"Presentes os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso em relação às insurgências aventadas pela Recorrente no que se refere à aplicação da multa isolada de 150%.

O § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991 está descrito nos seguintes termos:

Art. 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 leitura do dispositivo legal evidencia que dois são os requisitos para a aplicação da multa isolada de 150%, cumulativamente: compensação indevida e comprovação da falsidade da declaração.

A compensação indevida é evidente, na medida em que existe dispositivo legal expresso estabelecendo a vedação da compensação antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. É o que prevê o art. 170-A do Código Tributário Nacional – CTN, in verbis:

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. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Resta verificar, então, se a Fiscalização comprovou a falsidade na declaração, segundo requisito para aplicação da multa de 150% prevista no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/1991.

A Autoridade lançadora fundamentou a aplicação da multa nos seguintes termos:

Em razão de restar comprovada a materialização da hipótese prevista no § 10 do Art. 89 da Lei 8.212/91, acrescentado pela Medida Provisória nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, ficou a empresa sujeita à multa isolada de 150% (cento e cinquenta por cento) calculada sobre o valor indevidamente compensado, pois:

a) tinha pleno conhecimento da inexistência dos pretensos créditos compensados;

b) a ação dolosa visou impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária, das condições pessoais de contribuinte, afetando o crédito tributário correspondente, o que caracteriza sonegação para fins de aplicação e graduação das penalidades, nos termos do Art. 71, II da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964."

Diante das exigências legais, o Relator entende que não houve pela Fiscalização a necessária comprovação do dolo do Recorrente, tampouco da falsidade de declaração, vez que houve entrega de GFIP.

Não posso concordar. Falso é aquilo que não corresponde a realidade. Dolo é ação intencional de atingir determinado objetivo e a consequência desse atingimento.

No caso em apreço, há intenção na realização da compensação, tanto assim o é que se propõe demanda judicial a esse respeito. Porém, não obstante a vedação legal, opta-se pela compensação antes da definitividade da decisão ser firmada, mesmo constando dos termos da decisão essa impossibilidade.

Ora, inegável que houve declaração falsa, pois o Recorrente sabia, não apenas por ser texto legal, que a decisão que lhe era favorável não podia ser executada imediatamente, e mesmo assim, faz constar da GFIP, no campo compensações que estava se aproveitando de recolhimento indevido.

Toda essa conduta, por óbvio, se dá de forma intencional, por ação desejada e manifesta da Recorrente, dolosa, portanto.

Não consigo conceber que alguém, busque tutela judicial para proteção de seu direito e a descumpra, sem arcar com as consequências de seu ato.

Nesse sentido, voto por negar provimento ao recurso também nessa parte.

Por todo o exposto, conheço do recurso para, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado digitalmente

Carlos Henrique de Oliveira