



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

Processo nº 15586.720592/2012-65
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2402-004.225 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2014
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DA SERRA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/10/2010

CRÉDITO TRIBUTÁRIO INEXISTENTE. COMPENSAÇÃO INDEVIDA.
GLOSA.

É vedada a compensação de contribuições previdenciárias se ausentes os atributos de liquidez e certeza do crédito compensado. A compensação de contribuições previdenciárias com créditos não materialmente comprovados será objeto de glosa e consequente lançamento tributário, revertendo ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário.

MULTA ISOLADA DE 150%. FALSIDADE DA DECLARAÇÃO. NÃO
DEMONSTRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA.

Não demonstrando a autoridade fiscal a existência de falsidade da declaração, incabível a aplicação de multa de 150%.

MULTA POR APRESENTAR GFIP COM INFORMAÇÕES
INCORRETAS

Não demonstrando a fiscalização qual é o equívoco incorrido pelo contribuinte no preenchimento da GFIP, nulo é o lançamento, por deficiência na sua fundamentação.

Recursos Voluntário e Recurso de Ofício negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário e ao recurso de ofício.

Julio César Vieira Gomes - Presidente

Nereu Miguel Ribeiro Domingues - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio César Vieira Gomes, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Luciana de Souza Spindola Reis, Thiago Taborda Simões, Ronaldo de Lima Macedo e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Tratam-se dos Autos de Infração 51.011.537-3, 51.011.538-1 e 51.011.539-0, constituídos em 03/07/2012 (fls. 03-05), sendo o primeiro decorrente da apresentação de GFIP sem todos os fatos geradores, o segundo decorrente da glosa de compensações realizadas antes do trânsito em julgado de demandas judiciais propostas pelo autuado, e da não apresentação de documentos probatórios do crédito, no período de 01/2008 a 11/2009, das contribuições dos agentes políticos, e do período de 08/2010 a 12/2010, das contribuições sobre a folha de pagamentos incidentes sobre verbas consideradas indenizatórias, e o terceiro decorrente da imposição de multa de 150% em razão de a fiscalização ter considerado a declaração de compensação falsa.

A Recorrente interpôs impugnação (fls. 429/458) requerendo a total improcedência do lançamento.

A d. Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro – RJ, ao analisar o presente caso (fls. 3843-3866), julgou o lançamento parcialmente procedente, entendendo que: (i) ainda que haja decisão favorável ao contribuinte, esta decisão somente se aplicará após o trânsito em julgado da sentença, nos termos do artigo 170-A do CTN, que o contribuinte deveria ter comprovado a origem dos créditos utilizados nas compensações, e que, por estas razões, foi correta a glosa da compensação; (ii) o fato de ter havido o pedido de compensação anteriormente ao trânsito em julgado da sentença não significa que o crédito é inexistente, menos ainda, que houve intenção de fraudar, e que a fiscalização precisa comprovar que houve o dolo de fraudar, tendo sido, por esta razão, anulado o crédito tributário referente à multa de 150%; e (iii) o Auto de Infração nº 51.011.537-3, decorrente da apresentação de GFIP com informações incorretas, é nulo, por deficiência de fundamentação.

O Recorrente interpôs recurso voluntário (fls. 3871/3904) argumentando em suma que: (i) é legal a compensação realizada; (ii) possui decisão judicial favorável à compensação; (iii) o artigo 170-A do CTN não se aplica ao caso em tela; (iv) a fiscalização deveria ter verificado, em seus controles, os elementos que comprovariam a existência do crédito utilizado na compensação; (v) que a decisão é nula por ter indeferido o pedido de prova pericial; e (vi) a aplicação de multa isolada deve ser condicionada ao dolo específico de fraudar, o que não acontece no presente caso.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Relator

Primeiramente, cabe mencionar que o recurso voluntário é tempestivo e preenche a todos os requisitos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento, bem como do recurso de ofício.

A fim de melhor explicar o contexto da presente autuação, tomo por empréstimo os seguintes trechos da bem lançada decisão da DRJ (fls. 3846/3853), que apesar de um pouco extensos deixam clara a matéria ora em análise:

“2.2. Em 21/09/2007, o Município da Serra-ES, através do representante da empresa URBIS, o advogado Sr. Antônio Luiz Castelo Fonseca, ajuizou ação ordinária na 2ª Vara Federal Civil de Vitória – ES (2007.50.01.0118459) em face do Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS, objetivando que fosse declarado o direito de **compensar os recolhimentos indevidos a título de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios dos detentores de mandatos eletivos municipais no período compreendido entre 1998 e 2004**, com parcelas vincendas da mesma exação, sem os limites preconizados pelas Leis nº 9.032/95 e 9.129/95, ainda afastados os ditames da Lei Complementar nº 118/05.

2.3. O sujeito passivo foi intimado através do Termo de Início do Procedimento Fiscal – TIFP e do Termo de Intimação Fiscal – TIF03 a apresentar cópia da Petição Inicial e da sentença do processo judicial referente à compensação de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações dos exercentes de cargos eletivos. Entretanto, atendendo ao solicitado, informa por escrito, através do ofício SEFI nº 056/2012, de 31/05/2012, que **não foi possível extrair as informações do processo judicial, tendo em vista que o mesmo se encontra no Superior Tribunal de Justiça, ou seja, no momento da ação fiscal a prefeitura não apresentou nem a petição inicial e nem a sentença.**

2.4. A síntese da sentença publicada em 16/04/2008, verificada através da apelação/reexame necessário, no Tribunal Regional Federal da 2ª Região foi que o juízo julgou procedentes os pedidos contidos na inicial, reconhecendo o direito do autor à compensação das quantias recolhidas indevidamente, a título de contribuição previdenciária incidente sobre subsídios percebidos por detentores de mandato eletivo, tão somente no período de 01/98 a 08/04, devidamente atualizadas, nos moldes demonstrados no corpo da sentença.

2.5. Na referida sentença, o juízo afastou expressamente a exigência do artigo 170 A da Lei 5.172/66, CTN, sendo viável a compensação antes do trânsito em julgado, mas apenas a partir do momento em que não subsistirem recursos dotados de efeito suspensivo. Afastou as limitações percentuais das Leis nº 9.032/95 e 9.129/95. **Salientou, por fim, que esta sentença não representa qualquer homologação de cálculos, sendo certo que a autoridade fiscal competente conserva o poder dever de fiscalizar a regularidade da compensação, inclusive o seu quantum.**

2.6. Inconformada, a União Federal apelou, alegando que a referida sentença deveria ser reformada in totum reconhecendo-se a ausência do interesse processual do autor; para acolher a aplicabilidade do prazo prescricional de 5 anos; que seja determinada a limitação da compensação aos moldes preconizados

pelas Leis nº 9.032/95 e 9.129/95, somente após o trânsito em julgado, conforme o art. 170-A do CTN, **tendo sido a referida apelação recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo.**

2.7. No entanto, através do acórdão emanado da Colenda Terceira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, foi dado parcial provimento à apelação da União Federal/Fazenda Nacional, reformando a sentença no que tange a aplicação do prazo prescricional, já que o juízo na sentença considerou como sendo decenal o prazo da prescrição, quando o certo seria o prazo quinquenal, reconhecendo a prescrição das parcelas anteriores a 21 de setembro de 2002, uma vez que a ação foi ajuizada em 21/09/07, na vigência da Lei Complementar nº 118/05, razão pela qual é aplicável a prescrição quinquenal, mantidos os demais termos.

2.8. O Município interpôs Recurso Especial sob o nº 1.201.835 – ES (2010/01192742) contra o Acórdão do TRF2. O relator, Ministro César Asfor Rocha, em 24/05/2011, deu provimento ao REsp para restabelecer a sentença, com relação ao prazo para repetição do indébito, que é de 10 anos a contar do fato gerador.

2.9. O Processo encontra-se sem decisão definitiva no Supremo Tribunal Federal. **ESTÁ ERRADO NA DECISÃO MESMO?**

2.10. Outra medida judicial foi apresentada pelo sujeito passivo, referente ao Mandado de Segurança Individual/Tributário nº 2010. 50.01.0059790, com pedido de concessão de medida liminar, impetrado em 07/06/2010 na Seção Judiciária do Espírito Santo – 2ª Vara Federal Civil, em que objetiva a **declaração de inexigibilidade do crédito tributário referente à Contribuição Social Previdenciária incidente sobre as situações em que não há remunerações por serviços prestados, por seus servidores**, como no caso dos 15 primeiros dias de afastamento por doença ou acidente, do salário maternidade, adicional de férias de 1/3, horas extras, auxílio transporte, licença prêmio convertida em pecúnia, diárias, auxílio alimentação, salário família e remuneração pelo exercício de cargos de provimento em comissão ou função de confiança e, via de consequência, que também seja **reconhecido o direito de efetuar a compensação correspondente, sob os recolhimentos efetuados nos últimos 10 anos, com quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Receita Federal do Brasil – RFB, sem as limitações do art. 170 A do CTN, tendo sido indeferida a liminar pleiteada.**

2.11. O juízo da Sexta Vara Federal cível, em 12/11/2010, **concedeu parcialmente a segurança**, e resolveu o mérito para determinar que a autoridade impetrada se abstenha de recolher (ou realize a cobrança) da contribuição previdenciária a cargo da parte impetrante sobre os pagamentos feitos aos empregados/servidores a título de adicional de 1/3 de férias, auxílio transporte, exercício de função comissionada, diárias que não excedam a 50% da remuneração, licença prêmio convertida em pecúnia e relativos aos primeiros quinze dias de afastamento antes da concessão de auxílio doença ou auxílio acidente.

2.12. Também **foi declarado o direito da impetrante de efetuar a compensação da contribuição previdenciária** a cargo do empregador incidente sobre as rubricas mencionadas no item anterior, com outras contribuições da mesma espécie, **respeitada a prescrição decenal, bem como o art. 170A do CTN. A compensação deverá ser realizada pela impetrante de acordo com as normas estabelecidas pela RFB.**

2.13. A referida sentença expressamente prevê a impossibilidade de efetuar a compensação antes do trânsito em julgado da sentença, *verbis*:

O caso sub examine enquadra-se perfeitamente no disposto no art. 170A do CTN. A compensação das contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente depende do trânsito em julgado desta sentença. Não há razão para afastar essa disposição legal. A existência de controvérsia judicial a respeito da legalidade ou não da incidência do tributo atrai imediatamente a aplicação do art. 170A do CTN.

COMPENSAÇÕES EFETUADAS COM BASE EM SENTENÇA PROLATADA NO PROCESSO JUDICIAL Nº 2007.50.01.0118459 DA 2ª VARA FEDERAL CIVIL DE VITÓRIA NO PERÍODO DE 01/08 A 11/09 – AGENTES POLÍTICOS

2.14. A sentença de 1º grau favorável somente foi publicada no Diário Oficial em 16/04/2008, quando a compensação já havia sido iniciada desde a competência 01/2008.

2.15. Na sentença, o juízo afastou expressamente a exigência do art. 170A do CTN, sendo viável a compensação antes do trânsito em julgado, mas apenas a partir do momento em que não subsistirem recursos dotados de efeito suspensivo.

2.16. Ocorre que a sentença foi objeto de apelação interposta pela União e foi recebida nos efeitos devolutivo e suspensivo (duplo efeito), conforme decisão publicada no Diário de Justiça em 10/11/08.

2.17. A União Federal apelou no sentido de ser reformada a sentença, no que foi dado provimento parcial. A sentença foi reformada no que tange à aplicação do prazo prescricional, já que o juízo na sentença considerou como sendo decenal o prazo da prescrição, quando o certo seria o prazo quinquenal, reconhecendo a prescrição das parcelas anteriores a 21/09/2002.

2.18. O sujeito passivo apresentou, durante a auditoria fiscal, planilhas quantificadoras do suposto indébito, confeccionadas pela empresa URBIS, do período de 01/98 a 08/04, não respeitando dessa forma a decisão judicial publicada em 10/11/08.

2.19. A decisão do Ministro Relator publicada no DJE em 06/06/2011 deu provimento ao Recurso Especial para restabelecer a sentença, com relação ao prazo para repetição de indébito, que é de 10 anos a contar do fato gerador.

2.20. Há que se observar que o juízo apenas declara a possibilidade de compensação dos valores recolhidos supostamente indevidos, porém incumbe à administração averiguar o acerto de contas procedido pelo contribuinte, ou seja, a regularidade da operação (compensação), inclusive no tocante ao “quantum”.

2.21. A sentença expressamente registra que a compensação deve atender ao que foi estabelecido na motivação, sem prejuízo dos atos normativos aplicáveis. Salienta, também, que a sentença não representa qualquer homologação de cálculos, sendo certo que a autoridade fiscal competente conserva o poder dever de fiscalizar a regularidade da compensação, inclusive o seu “quantum”.

2.22. O sujeito passivo foi intimado através do Termo de Intimação Fiscal – TIF 02 e reiterado através do Termo de Intimação Fiscal – TIF 03 a apresentar os documentos/informações de onde foram extraídos os valores dos créditos constantes das planilhas confeccionadas pela empresa URBIS – Instituto de Gestão Pública, relativos às contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamentos efetuados aos agentes de mandato eletivo no período de 01/1998 a 09/2004 e que foram compensados nas competências 01/08 a 11/09. Atendendo à solicitação, informa através do Ofício SEFI nº 056/2012, de 31/05/2012, que o material solicitado é parte integrante dos autos do processo judicial 2007.50.01.0118459 e que não foi possível extrair as informações do processo judicial, que se encontra no Superior Tribunal de Justiça.

2.23. Do exame do material apresentado, restou de pronto prejudicada a verificação da regularidade da compensação efetuada, uma vez que o sujeito passivo apresentou planilhas contendo os valores compensados, porém totalmente desacompanhadas da documentação, da qual foram extraídos tais valores, ou seja, a Prefeitura não comprovou a origem do suposto indébito, objeto da compensação, constante das GFIP no período de 01/08 a 11/09, impossibilitando, dessa forma, se aferir com exatidão o montante compensado.

2.24. Para admitir-se a existência de compensação, com efeito de extinguir, total ou parcialmente, a obrigação tributária, não é condição suficiente que o contribuinte transmita dados através da GFIP indicando créditos e débitos.

COMPENSAÇÕES COM BASE NA SENTENÇA PROLATADA NO PROCESSO JUDICIAL Nº 2010.50.01.0059790 NO PERÍODO DE 08/10 a 12/10

2.25. A sentença parcialmente favorável ao sujeito passivo somente foi publicada em 19/11/2010, quando a compensação já havia sido iniciada desde a competência 08/10. Como se pode constatar, antes mesmo de qualquer manifestação judicial, a Prefeitura iniciou a compensação.

2.26. A sentença determina expressamente que as compensações de contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente, incidentes sobre as rubricas acolhidas no Mandado de Segurança, dependem do trânsito em julgado da mesma, devendo ser respeitado o art. 170A do CTN.

2.27. Ao efetuar as compensações no período de 08/10 a 12/10, a Prefeitura não respeitou a decisão, uma vez que a mesma encontra-se aguardando recurso no TRF da 2ª Região desde 06/02/2012, verificando-se que a mesma ainda não transitou em julgado.

(...)

2.37. Foi verificado também neste procedimento fiscal que a Prefeitura compensou valores, no período de 08/10 a 12/10, relativos ao período de 01/99 a 07/10, que, segundo a mesma, referem-se a recolhimentos de contribuições previdenciárias incidentes sobre as rubricas acolhidas pela sentença prolatada nos autos do processo nº 2010.50.01.0059790, relativos a licença médica, adicional de 1/3 de férias, diferença de 1/3 de férias e 40% de cargo comissionado.

2.38. Através do Termo de Intimação Fiscal – TIF 01, a Prefeitura foi intimada a apresentar planilha contendo o cálculo dos valores compensados (originários e corrigidos) no período de 08/10 a 12/10, detalhando as rubricas sobre as quais incidiram as contribuições previdenciárias por competência e que foram compensadas.

2.39. Atendendo à intimação e para justificar o seu crédito, a municipalidade elaborou e apresentou à fiscalização relatórios (planilhas) dos eventos contemplados na sentença, com a individualização das rubricas e competências.

2.40. Observa-se que o período da planilha é de 01/99 a 08/10, quando o período informado no campo de compensação das GFIP declara competência inicial 01/99 e final 07/10. Verificou-se, através deste relatório apresentado, um valor de R\$ 1.626.130,44 e o valor corrigido de R\$ 2.538.846,09.

2.41. Ainda que estes valores estivessem corretos e a Prefeitura tivesse o direito de se compensar a partir da competência 08/10, como procedeu, a mesma teria conseguido compensar os supostos recolhimentos indevidos até a competência 10/10. A planilha fornecida pela Prefeitura indica que o crédito

atualizado seria de R\$ 2.538.846,09, valor inferior aos R\$ 4.587.480,67 efetivamente compensados no período de 08/10 a 12/10, verificados através das GFIP, o que resulta numa diferença de R\$ 2.048.634,58.

2.42. Portanto, **apresenta planilhas de valores supostamente recolhidos indevidamente sem nenhuma documentação comprobatória, não tendo o contribuinte juntado uma prova sequer, que tenha dado origem a tais valores, que como já demonstrado, não coincidem com os compensados pelo sujeito passivo, ou seja, o valor sustentado pelo sujeito passivo é muito inferior à compensação pretendida.** Tal situação evidencia que a compensação foi realizada de forma aleatória e a planilha apresentada não é contemporânea às compensações e foi confeccionada posteriormente e somente para ser entregue à fiscalização.

2.43. Portanto, toda a compensação efetuada de supostos recolhimentos indevidos foi objeto de glosa integral, vez que não decorre de expressa disposição legal e tampouco de decisão em processo judicial, uma vez que a sentença prolatada no processo 2010.50.01.0059790 depende de trânsito em julgado e não foi considerada fundamento válido para embasar as compensações efetuadas.

2.44. Através do Termo de Início do Procedimento Fiscal – TIPF datado e assinado em 26/01/2012, o sujeito passivo foi intimado a apresentar memória de cálculo de todos os recolhimentos previdenciários eventualmente compensados como objeto de compensação, especificando as bases de cálculo, contribuições de segurados e eventuais deduções que resultaram nos valores recolhidos, inclusive que todas as informações deveriam ser acompanhadas de documentos comprobatórios, não tendo sido nada apresentado sobre a memória de cálculo dos recolhimentos previdenciários objeto de compensação nos períodos de 01/08 a 11/09 a 08/10 a 12/10.

2.45. **Também através do TIPF foram solicitadas cópias dos documentos de arrecadação que originaram o suposto indébito, objeto de compensação. Solicitações essas reiteradas pelos Termos de Intimação Fiscal – TIF nºs 02 e 04, datados e assinados, respectivamente, em 10/05/12 e 25/05/12.** Em resposta aos Termos de Intimação Fiscal – TIF 03 e 04, por meio do Ofício SEFI nº 056/2012, de 31/05/2012, informa que o material solicitado é parte integrante do processo judicial nº 2007.50.01.0118549 e que não foi possível extrair as informações dentro do processo que se encontra no STJ.

2.46. O contribuinte **apresentou Guias de Recolhimento genéricas do período de 13/00 a 12/08, no CNPJ da Prefeitura (27.174.093/000127), não sendo fundamento de fato da compensação, uma vez que tais guias não comprovam que as contribuições nelas arrecadadas são referentes a contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações dos exercentes de mandato eletivo e nem sobre as rubricas consideradas pela Prefeitura como não incidentes e objeto de compensação.**

2.47. As Guias da Previdência Social apresentam-se sem especificação das bases de cálculo que geraram os recolhimentos. Assim, considerando que somente o sujeito passivo, enquanto responsável pelos recolhimentos espontâneos, conhece os fatos geradores que geram os recolhimentos previdenciários, cumpre apresentar memória de cálculo dos recolhimentos na forma acima especificada.

2.48. Qualquer indébito passível de compensação resulta abstratamente de recolhimentos espontâneos, confissões espontâneas em parcelamentos administrativos ou lançamentos de ofício que versem sobre contribuições previdenciárias indevidas, assim entendidas aquelas incidentes sobre as rubricas de não incidência legal ou declaradas indevidas por força de decisão judicial definitiva.

2.49. No caso concreto, quaisquer lançamentos de ofício que versem sobre contribuições previdenciárias lançadas com arrimo na Lei 9.506/97 são objeto de indébito ao sujeito passivo. É o próprio setor de cobrança da Receita Federal do Brasil quem procederá à análise. O procedimento se faz através de expurgo do documento de débito. Assim, no caso concreto desta ação fiscal, resta como matéria compensável propriamente dita a existência de recolhimentos previdenciários, ou seja, Guias da Previdência Social – GPS e sua discriminação, que consistem na única documentação hábil e idônea a comprovar efetivo indébito, que devem, evidentemente, ser objeto de compensação pelo sujeito passivo. Não foi apresentado qualquer documento a este título e, na falta de comprovação do efetivo recolhimento dos valores que originaram as compensações, não se pode aceitar a existência dos créditos alegados.

2.50. Instado a demonstrar seu crédito, o sujeito passivo apresentou, na auditoria fiscal, através do documento intitulado de Relatório Auxiliar da GPS, a relação dos vereadores de Serra, bem como os valores recebidos pelos mesmos no período de 01/98 a 12/07 e do Vice Prefeito, o Sr. Valter Rodrigues de Paulo, no período de 01/09/02 a 01/03/07, porém não são documentos comprobatórios do suposto indébito.

2.51. O conteúdo dos documentos e informações apresentados pelo contribuinte no curso da ação fiscal não permitiu a correta apuração dos valores efetivamente compensados. Seja por força de compensação judicial arrimada em sentença, seja por força de compensação administrativa, sempre haverá o necessário exame do fisco no exercício de seu poder dever de verificar a regularidade das compensações efetuadas. A auditoria se dá sempre da mesma forma, examinando a existência dos fundamentos de fato e de direito e procedendo ao cotejo com as normas jurídicas de regência.

2.52. Portanto, a compensação efetuada pelo contribuinte não observou as normas e os critérios seguidos para a efetivação das mesmas, ou seja, houve total desrespeito às medidas judiciais, bem como às normas legais e infralegais que estabelecem os termos e condições para se proceder às compensações das contribuições previdenciárias por parte da Prefeitura Municipal da Serra – ES, portanto, as compensações foram consideradas indevidas.

2.53. Assim, alternativa não restou à fiscalização senão de glosar integralmente os valores compensados nas GFIP do período de 01/08 a 11/09 relativos aos Agentes Políticos e do período de 08/10 a 12/10 relativos às rubricas consideradas pela Prefeitura como não incidentes de contribuições previdenciárias e proceder ao lançamento.

(...)

2.55. Ressalte-se que é inquestionável o direito de a Prefeitura Municipal da Serra se compensar das quantias recolhidas indevidamente, a título de contribuição previdenciária incidente sobre os subsídios percebidos por detentores de mandato eletivo no período de 02/98 a 09/04, uma vez que o STF já decidiu pela inconstitucionalidade da alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei nº 8.212/91, introduzida pela Lei nº 9.506/97, § 1º do art. 13, e que é entendimento administrativo normatizado a admissibilidade de compensação de contribuições previdenciárias recolhidas a este título no período de 02/98 a 18/09/2004.”

Bem esclarecida a questão fática, passo a julgar os recursos.

Do Recurso Voluntário

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

Autenticado digitalmente em 26/08/2014 por NEREU MIGUEL RIBEIRO DOMINGUES, Assinado digitalmente em 26/08/2014 por NEREU MIGUEL RIBEIRO DOMINGUES, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Impresso em 05/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Do AI-DEBCAD 51.011.538.1 - Da compensação com utilização de valores relativos à contribuição dos agentes políticos

Como visto, discute-se nos presentes autos se a compensação realizada pelo contribuinte, antes do trânsito em julgado, em colisão com o art. 170-A do CTN, poderia ser considerada válida.

No que diz respeito ao Auto de Infração em epígrafe, na parte referente às compensações feitas com utilização dos valores das contribuições devidas sobre pagamentos realizados a agentes políticos, matéria discutida pelo contribuinte nos autos da Ação Ordinária nº 2007.50.01.011845-9, entendo que poderia ser relevada a vedação do art. 170-A do CTN, e até mesmo a determinação judicial de que o contribuinte poderia compensar quando não houvesse mais recurso com efeito suspensivo.

Isso porque, a matéria já está pacificada no STF há quase uma década em razão do julgamento do Recurso Extraordinário nº 351.717-1/PR (e já estava quando o contribuinte ingressou com sua ação), sendo que de tal fato adveio a Resolução nº 26/2005 do Senado Federal, que suspendeu, com efeito *erga omnes*, a aplicabilidade da alínea *h* do inciso I do art. 12 da Lei 8.212/91, diante da declaração de inconstitucionalidade da contribuição pelo STF.

Contudo, ainda que o contribuinte pudesse realizar a compensação antes do trânsito em julgado da decisão proferida na sua ação própria, ou antes do momento autorizado pelo juiz da causa, o mesmo deveria observar alguns requisitos para que a compensação fosse aceita. Explica-se.

Por meio da Portaria MPS nº 133/2006 e da Instrução Normativa MPS/SRP 15/2006, a Administração internalizou o que fora decidido no RE 351.717-1/PR: a primeira norma determinou o cancelamento de todos os débitos de tal natureza, independente do estágio em que se encontravam, ao passo que a segunda veio a autorizar a compensação com a utilização desses créditos, observando os requisitos nela dispostos.

Quanto aos requisitos exigidos para que se pudesse realizar a compensação, veja-se os seguintes dispositivos constantes da Instrução Normativa MPS/SRP 15/2006:

Art. 3 ° *O direito de efetuar compensação ou de solicitar restituição a que se refere esta Instrução Normativa prescreve em cinco anos, contados a partir do pagamento. (Redação dada pela IN SRP nº 18, de 10/11/2006).*

[...]

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

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

II - deverá ser realizada com contribuições previdenciárias declaradas em GFIP: (Redação dada pela IN RFB nº 909, de 14 de janeiro de 2009)

III - o ente federativo deverá estar em situação regular, considerando todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio, em relação às contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.212, de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição; (Redação dada pela IN RFB nº 909, de 14 de janeiro de 2009)

IV - o ente federativo deverá estar em dia com parcelas relativas a acordos de parcelamento de contribuições objeto dos lançamentos de que trata o inciso III, considerados todos os seus órgãos e obras de construção civil executadas com pessoal próprio;

V - somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição;

VI - a compensação somente poderá ser realizada em recolhimento de importância correspondente a períodos subsequentes àqueles a que se referem os valores pagos com base na alínea "h" do inciso I do art. 12 da Lei 8.212, de 1991, acrescentada pelo § 1º do art. 13 da Lei nº 9.506, de 1997; e

§ 1º O ente federativo poderá efetuar a compensação dos valores descontados do exercente de mandato eletivo e efetivamente recolhidos, desde que:

I - seja precedida de declaração do exercente de mandato eletivo de que está ciente que esse período não será computado no seu tempo de contribuição para efeito da concessão de benefícios do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, conforme modelo constante do Anexo I desta Instrução Normativa; e

II - possa comprovar o ressarcimento de tais valores ou possua uma procuração por instrumento particular, com firma reconhecida em cartório, ou por instrumento público, outorgada pelo exercente de mandato eletivo, autorizando-o a efetuar a compensação, conforme modelo constante do Anexo II desta Instrução Normativa.

§ 2º Caso seja constatado, em procedimento fiscal, a inobservância ao disposto no § 1º, os valores compensados serão glosados.(Grifos Nossos)

§ 3º Os documentos referidos no § 1º deverão ser mantidos sob a guarda do ente federativo para exibição à fiscalização da SRP, quando solicitados.

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

§ 5º O descumprimento do disposto no § 4º sujeitará o infrator à multa prevista no § 6º do art. 32 da Lei 8.212, de 1991, e configura crime, conforme previsto no inciso III do § 3º do art. 297 do Código Penal Brasileiro.

Muito embora a fiscalização já tivesse constatado que a compensação foi realizada sem amparo judicial, já que a decisão proferida na Ação Ordinária nº 2007.50.01.011845-9 não havia autorizado a compensação antes de haver recurso sem efeito suspensivo (o que, segundo o fisco, por si só já impediria a compensação), foi oportunizado ao contribuinte, por diversas vezes, conforme já mencionado no relatório do presente acórdão, a apresentação dos documentos/esclarecimentos que seriam de fundamental importância para que a Administração aferisse a compensação em apreço.

Todavia, conforme também já foi narrado no relatório, o contribuinte não atendeu às intimações da Administração, deixando de apresentar a documentação solicitada, que comprovaria o seu crédito, não demonstrando ter preenchido os requisitos estabelecidos pela legislação, o que acabou por inviabilizar a compensação desejada.

É importante frisar que, ainda que a decisão proferida pelo STF no RE 351.717-1/PR, em conjunto com a Resolução 26/2005 do Senado Federal, possam ser aplicadas à Recorrente, em que pese a sua ação judicial própria, até por força das normas administrativas editadas pelo fisco reconhecendo a possibilidade de compensação do indébito recolhido, não há que se falar em direito automático à compensação, pois, como já exposto, o contribuinte deve observar determinados requisitos para que a compensação possa ser validada.

Adicionalmente a tudo o que foi exposto, mas apenas em sede de *ad argumentandum*, é importante observar que, ainda que fosse possível passar por cima de todos os requisitos legais exigidos para a validação da compensação, mesmo assim não seria possível homologar as compensações efetuadas pelo contribuinte, pelo menos não em relação a uma parte considerável dos seus créditos.

Isso porque, em sua ação individual – Ação Ordinária nº 2007.50.01.011845-9/ES – o contribuinte não apenas demandava o seu direito à compensação do indébito, mas igualmente clamava pela compensação dos tributos recolhidos desde os últimos 10 anos que antecederam ao ajuizamento da ação, ao passo que a Instrução Normativa da Receita Federal, que autoriza a compensação, determinou a compensação dos últimos 5 anos apenas.

É importante destacar que a questão relativa ao prazo prescricional para a repetição do indébito continua até hoje em discussão na ação judicial movida pelo contribuinte (conforme consulta realizada em 14/07/2014 no site do STJ), sendo que a decisão vigente atualmente é a proferida em 05/03/2013, pelo E. STJ, nos autos do Recurso Especial nº 1.201.835, considerando que o contribuinte tem direito à repetição apenas no prazo quinquenal (aguarda-se o julgamento de embargos de declaração opostos pelo Município de Serra contra o acórdão do STJ).

Desta maneira, ainda que (i) o tributo tenha sido declarado inconstitucional, com efeito *erga omnes*, permitindo, desta forma, o contribuinte se valer das normas administrativas de compensação, mesmo possuindo ação específica para a tutela do seu direito (conforme entende este relator); (ii) o Poder Judiciário tenha afastado a aplicação do art. 170-A nos autos da Ação Ordinária nº 2007-50.01011854-9 (o que ocorreu), e que tivesse permitido a compensação mesmo enquanto pendente de julgamento recurso com efeito suspensivo (o que não ocorreu); e (iii) o contribuinte tivesse apresentado todas as informações requeridas pela fiscalização (o que não ocorreu), não se vislumbra a possibilidade de compensação do tributo, pelo menos daqueles créditos que ultrapassam o prazo de 5 anos do recolhimento indevido, pois o contribuinte não possui permissão legal para compensar o indébito utilizando-se do prazo de 10 anos.

Assim, em resumo, impossível o deferimento da compensação, nos termos requeridos pelo contribuinte, pois:

- Deixou de apresentar os documentos/informações solicitados pela Administração;
- Não cumpriu com os requisitos da Instrução Normativa MPS/SRP 15/2006 para que pudesse ser viabilizada a compensação;
- Até hoje não há decisão definindo, de modo definitivo, o prazo prescricional que deverá ser aplicado para a repetição do indébito pelo contribuinte (se 5 ou 10 anos).

Dessa maneira, concluo pela procedência do crédito tributário constituído através do AI-DEBCAD 51.011.538.1, na parcela relativa à glosa das compensações efetuadas com créditos relativos à contribuição dos agentes políticos.

Do AI-DEBCAD 51.011.538.1 - Da compensação com utilização de valores relativos à contribuição sobre a folha de pagamentos

No tocante às compensações realizadas com a utilização dos valores discutidos pela Recorrente através dos autos da Ação Ordinária nº 2010.50.01.005979-0/ES, referente às verbas de natureza indenizatória, a Recorrente argumenta que, igualmente, houve falhas na presente autuação, uma vez que possui decisão judicial favorável à compensação.

Todavia, não lhe assiste razão, haja vista a necessidade de respeito ao art. 170-A do CTN. Isso porque, ao contrário do que ocorreu na outra ação judicial proposta pelo contribuinte, a sentença que julgou a Ação Ordinária nº 2010.50.01.005979-0/ES determinou, de modo expresse, que o art. 170-A do CTN fosse observado (fls. 1351).

O artigo 170-A do Código Tributário Nacional veda qualquer compensação de tributo que seja objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. Veja-se a literalidade do excerto legal:

“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.”

A Recorrente obteve em sede judicial decisão que lhe favorece, no sentido de reconhecer o caráter indenizatório e consequentemente a não incidência da contribuição previdenciária sobre diversas verbas, tais como 1/3 de férias, aviso prévio indenizado e folgas não gozadas, o que ensejou o pedido de compensação.

Contudo, conforme se afere nos autos, e de consulta realizada em 14/07/2014 no site do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, a referida decisão judicial foi objeto de recurso pela Recorrente e pela União Federal, os quais ainda não foram analisados. Portanto, a decisão que permite a compensação de valores não pode ser considerada definitiva.

É importante destacar, ademais, que em que pese o contribuinte tenha alegado que a matéria discutida na sua ação judicial já tenha inúmeros precedentes favoráveis, alguns até com trânsito em julgado, não é possível aplicar o conteúdo dessas decisões ao caso concreto do contribuinte, por absoluta falta de previsão legal.

Dessa maneira, concluo pela procedência do crédito tributário constituído através do AI-DEBCAD **51.011.538.1**, na parcela relativa à glosa das compensações efetuadas com créditos relativos à contribuição sobre a folha de pagamentos.

Do pedido de prova pericial

Com relação ao inconformismo da Recorrente pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial, entendo que também não lhe assiste razão.

Não se vislumbra a ocorrência do alegado cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada, uma vez que a Recorrente não logrou justificar adequadamente os supostos equívocos cometidos pela fiscalização que, em tese, mereceriam maiores esclarecimentos para o deslinde da questão.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/72 estabelece:

“Art. 16. A impugnação mencionará: (...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16”.

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a Recorrente não cumpriu os requisitos necessários para a formulação de perícia.

De mais a mais, entendo que no presente caso cabia exclusivamente ao contribuinte apresentar provas para sustentar o seu direito quando do requerimento da compensação, quando da fase de fiscalização, e quando da apresentação de impugnação. Não tendo feito isso de forma satisfatória, o seu dever não pode ser substituído pela prova pericial.

Do Recurso de Ofício

Do AI DEBCAD 51.011.539-0 – Da multa de 150% imposta sobre os valores indevidamente compensados

No tocante ao auto de infração exigindo multa de 150% em razão da compensação indevida, objeto do recurso de ofício, decidiu a DRJ pela exclusão da referida penalidade, haja vista não restar comprovado o intuito do contribuinte de fraudar, *verbis*:

“A fiscalização comprovou que se trata de compensação indevida, porque o Impugnante deixou de atender aos termos e condições legais para a compensação, mas não a falsidade da declaração, nem o intuito de fraudar. Sendo assim, urge declarar a improcedência da multa aplicada, exonerando o AI nº 51.011.7390”.

A penalidade foi aplicada com base no § 10, do art. 89, da Lei nº 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/09, o qual estabelece o seguinte:

“Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a

terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

[...]

§ 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)."

Entendo que acertadamente decidiu a d. DRJ. Não demonstrado o intuito doloso, a vontade do contribuinte em praticar a sonegação, fraude ou conluio, não há que se falar em incidência de multa isolada.

No presente caso concreto, verifica-se que não estão presentes os fatores que justificam a aplicação da multa de 150%, sobretudo a comprovação pela fiscalização da falsidade da declaração.

Saliente-se que o motivo do indeferimento da compensação não foi a inexistência do crédito ou a falsidade da declaração, mas sim a compensação antes do término das ações judiciais propostas pelo contribuinte ou do momento em que poderia ser feita a compensação, determinado pela decisão judicial, e a ausência de apresentação de documentos pelo contribuinte comprovando a origem dos créditos utilizados.

Neste ponto, adoto como razões de decidir os fundamentos do voto recentemente proferido sobre este mesmo assunto no PAF nº 15215.720059/2011-31, de Relatoria da E. Conselheira Juliana Campos de Carvalho Cruz, julgado na sessão de 18/06/2013, que resultou no acórdão nº 2302-002.521, por **unanimidade**, para fins de exclusão da multa qualificada de 150% aplicada na glosa de compensação (destaques do original):

"Sob este prisma, nas palavras do Relator Arlindo da Costa e Silva, por ocasião do julgamento do PAF 13433.000631/2010-61 (Acórdão 2302-002.285), para a caracterização da conduta típica de falsidade de documento público e de falsidade ideológica a comprovação da coexistência do elemento subjetivo do tipo (consciência e vontade de concretizar o tipo penal) e o elemento objetivos (fatos em si) são essenciais.

Nestes casos, para a caracterização da penalidade mais severa, o agente fiscal deve se certificar de que a conduta perpetrada pelo sujeito passivo, de fato, reuniu todos elementos objetivos e subjetivos do tipo, de molde a se evitar, ao máximo, a imputação de penalidade indevida. Daí a necessidade de comprovação, tal como exposto no art. 89, §10 da Lei 8.212/91.

Esta Egrégia Turma não discrepa. Em recente julgado nos autos do PAF nº 10855.720678/2012-57 (Acórdão 2302-002.402), de relatoria da Dra. Liege Lacroix Thomasi foi assim decidido:

*‘Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/09/2009 a 28/02/2010, 01/07/2010 a 31/08/2010 Ementa: CRÉDITO TRIBUTÁRIO INEXISTENTE. COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GLOSA. É vedada a compensação de contribuições previdenciárias se ausentes os atributos de liquidez e certeza do crédito compensado. A compensação de contribuições previdenciárias com créditos não materialmente comprovados será objeto de glosa e consequente lançamento tributário, revertendo ao sujeito passivo o ônus da prova em contrário. **MULTA ISOLADA. COMPROVAÇÃO DA FALSIDADE DA DECLARAÇÃO. INSTRUÇÃO DEFICIENTE DO PROCESSO.** A falsidade da declaração, a conduta dolosa do sujeito passivo tem que estar demonstrada no auto de infração para se subsumir ao tipo infracional previsto no art. 89, §10 da Lei nº 8.212/91. Recurso Voluntário Provido em Parte.’*

Isto posto, não restando comprovado nos autos que o Recorrente tenha agido de forma dolosa ao informar em GFIP valores compensáveis relativos às contribuições incidentes sobre a remuneração dos agentes políticos, ainda que a compensação tenha sido considerada indevida pelo fisco, não há que se aplicar a multa isolada sem a cabal demonstração do dolo e da fraude cometida de modo a permitir a subsunção ao disposto no artigo 89, §10º da Lei n.º 8.212/91.”

O mesmo entendimento foi proferido pela CSRF no julgamento do PAF nº 11020.003681/2009-92, Acórdão nº 9101.-01.402, julgado na sessão de 17/10/2012, que, embora tratando de outro tributo (IRPJ), igualmente concluiu pela necessidade de comprovação da ocorrência de fraude para aplicação da multa de 150%:

*“(…) **MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE.** Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos ou não declarados, via de regra, é aplicada a multa proporcional de 75%, nos termos do art. 44, inciso I, da Lei 9.430/1996. **A qualificação da multa para aplicação do percentual de 150%, depende não só da intenção do agente, como também da prova fiscal da ocorrência da fraude ou do evidente intuito desta, caracterizada pela prática de ação ou omissão dolosa com esse fim.** Na situação versada nos autos não restou cabalmente comprovado o dolo por parte do contribuinte para fins tributário, logo incabível a aplicação da multa qualificada.”*

Entendo, portanto, que a multa aplicada no percentual 150% deve ser excluída do lançamento, tendo decidido de forma correta a d. DRJ.

Da multa por descumprimento de obrigação acessória (Auto de Infração nº 51.011.537-3)

A decisão de primeira instância entendeu ser nulo o auto de infração lavrado para exigir multa pela apresentação de GFIP sem todos os fatos geradores, em razão da incompleta descrição dos fatos pela fiscalização.

Entendo que agiu com correção a d. DRJ. Isso porque, analisando-se o relatório fiscal, não é possível saber qual foi o equívoco cometido pelo contribuinte ao preencher a GFIP.

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

Autenticado digitalmente em 26/08/2014 por NEREU MIGUEL RIBEIRO DOMINGUES, Assinado digitalmente em 26/08/2014 por NEREU MIGUEL RIBEIRO DOMINGUES, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Impresso em 05/09/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

No relatório fiscal a autoridade limita-se a alegar que “o sujeito passivo apresentou as Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP das competências 04, 05, 07, 08, e 09/08 com informações incorretas no campo de compensação”.

Conforme decidiu a DRJ, “caso se considere que a incorreção estaria em informar valores no campo compensações que não eram compensáveis, no entender da fiscalização, as GFIP das demais competências glosadas (01 a 03, 06 e 10 a 13/2008) também estariam inexatas. Então, qual foi a inexatidão, ou por que somente a inexatidão das competências 04, 05, 07 a 09/2008 foi objeto do auto de infração? O relatório da infração e aplicação da multa de fls. 36/37 não é claro, de maneira a não permitir ao contribuinte, nem ao julgador, compreender o que exatamente levou a fiscalização a lavrar o auto de infração.”

Dessa forma, restou preterido o direito de defesa do contribuinte, motivo pelo qual é nulo o referido auto de infração, por vício material (deficiência na sua fundamentação).

Diante do exposto, voto pelo **CONHECIMENTO** dos recursos para, no mérito, **NEGAR-LHES PROVIMENTO**.

É o voto.

Nereu Miguel Ribeiro Domingues.