



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

Processo nº 16004.720427/2011-99
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-002.068 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DE JOSÉ BONIFÁCIO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 DO CARF

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.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COMPENSAÇÃO INDEVIDA - GLOSA.

As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991, 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 - RFB. Serão glosados pela RFB os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - MULTA ISOLADA

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. 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.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, para (i) não conhecer do recurso voluntário na matéria de mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados: (ii) conhecer do recurso voluntário nas questões da compensação indevida e da multa isolada . No mérito por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso.

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Jhonatas Ribeiro da Silva, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Marcelo Freitas. Souza Costa. Ausente justificadamente o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – PREFEITURA MUNICIPAL DE JOSÉ BONIFÁCIO contra Acórdão nº 14-36.842 - 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP que julgou procedente o Auto de Infração – AIOP nº 50.010.056-0, no valor de R\$ 8.139.195,54, referente à: multa isolada no percentual de 150%, devida em razão da falsidade na GFIP apresentada e; glosa de compensações efetuadas pelo sujeito passivo nas GFIP, das competências 05/2010 a 12/2010.

O Relatório Fiscal informa que as compensações efetuadas referem-se a ações judiciais nas quais a Prefeitura pleiteia a compensação de contribuições incidentes sobre valores recebidos por segurados empregados constantes da folha de pagamento a título de férias, 1/3 férias, horas extras, adicionais de insalubridade, periculosidade, noturno, férias indenizadas etc., nos termos dos mandados de segurança impetrados.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Intimada a esclarecer o motivo das compensações efetuadas, ela apresentou documentos a demonstrar a existência de dois Mandados de Segurança, nos quais ela pleiteia a não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas pagas aos segurados empregados.

No processo judicial nº 004353.30.2010.403.6106, a impetrante requer a declaração de inexistência de relação jurídica entre o Município e a União/Receita Federal do Brasil, referente à contribuição previdenciária patronal incidente sobre as importâncias pagas aos segurados empregados a título de horas-extras e terço constitucional de férias. Nesse processo foi proferida sentença denegando a segurança pleiteada e declarando extinto o feito, com resolução do mérito, tendo o Município interposto recurso de apelação.

No processo judicial nº 002026.78.2011.403.6106, a impetrante requer a mesma segurança, porém, em relação às importâncias pagas aos segurados empregados a título de aviso-prévio indenizado, férias indenizadas e férias em pecúnia, salário-educação, auxílios creche, doença e acidente (15 dias do afastamento), abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno. Nesse processo foi proferida decisão indeferindo a medida liminar, tendo o Município impetrando agravo de instrumento.

Por considerar que as contribuições eram devidas, por não constarem do rol das parcelas que não integram o salário de contribuição (artigo 28, 9º da Lei nº 8.212/91), e que o Município não possui crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, tampouco decisão judicial que o autorize a efetuar as compensações de forma antecipada, a autoridade

lançadora procedeu a glosa das compensações efetuadas e procedeu ao lançamento de seus valores.

Ainda, por considerar que o sujeito passivo apresentou declaração com falsidade, ao informar em GFIP compensação que sabidamente não teria direito, reduzindo assim o valor devido de contribuições em detrimento do Erário Público, a autoridade lançadora aplicou a multa isolada de 150%, com fundamento no artigo 89, §10º da Lei nº 8.212/91 e no artigo 46 da Instrução Normativa RFB nº 900/2008.

Em relação ainda à aplicação da multa isolada de 150%, esclarece o Relatório Fiscal, além de todo o amparo legal citado, que:

“6. Pelo acima exposto, temos uma situação em que o sujeito passivo, ao fazer inserir em GFIP informação de compensação que sabidamente não teria direito, reduziu, deliberadamente, o valor devido e o subsequente recolhimento de sua obrigação tributária para com a Seguridade Social, o que configura a conduta ilegal do mesmo; postura esta prevista no art. 72. Lei 4502/1964 (art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar ...).

A todas as luzes, portanto, o Município prestou uma informação em sua GFIP que não era verdadeira, e por consequência, falsa. E o mesmo não pode sequer alegar que desconhece, ou desconhecia a vedação de utilização de supostos créditos sem o devido respaldo judicial – pois que trata-se de matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário -, posto que a ninguém é dado alegar desconhecer a Lei para eximir-se do cumprimento da respectiva obrigação. Tal hipótese harmoniza-se perfeitamente com a parte final do art. 72, Lei 4502/1964, já destacada, uma vez que, deveras, o sujeito passivo não só pretendeu reduzir o pagamento do tributo, inserindo na GFIP uma informação que impedia sua cobrança pela RFB, como de fato o conseguiu; até que a Fiscalização, antes de esgotado o prazo homologatório de que trata o art. 150, § 4º, CTN constatou a irregularidade e adotou as providências necessárias.

Assim, a partir da análise do acima exposto e tendo em vista que o contribuinte efetuou compensação de créditos inexistentes, uma vez que não estava legal e judicialmente amparado para tal procedimento, e que, consequentemente, inseriu informações falsa e/ou inexatas nas GFIPs do período citado; informações essas que culminaram por reduzir o valor devido das contribuições previdenciárias em detrimento do erário público, concluímos pela aplicação da multa estabelecida no art. 89, § 10, Lei 8212/1991 em consonância com o art. 46, IN RFB 900, ou seja, multa isolada de 150% sobre o valor da compensação indevida.

A Recorrente teve ciência do AIOP em 09.2011, conforme informação nos autos.

O período objeto do auto de infração, conforme o Relatório Fiscal, é de **05/2010 a 12/2010**.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

O sujeito passivo apresentou impugnação, na qual requer o cancelamento dos créditos tributários contidos no Auto de Infração, o cancelamento da Representação Fiscal para Fins Penais e o reconhecimento do direito a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária patronal e a homologação das compensações efetuadas nas competências 05/2010 a 13/2010. Informa que os motivos e fundamentos de seus pedidos constam dos documentos anexos à impugnação.

No Anexo “Pasta I – Da Suspensão da Exigibilidade da Contribuição Previdenciária Patronal”, aduz, em síntese, que não integram o salário as verbas com natureza jurídica indenizatória ou compensatória, pagas a título de adicional de férias, horas-extras, adicional noturno, adicional de insalubridade, salário-maternidade, terço constitucional de férias, férias indenizadas, adicional de periculosidade, salário-família, aviso-prévio, salário-educação, auxílio-doença, auxílio-creche, vale-transporte, abono assiduidade e abono único.

Aduz que somente as parcelas que podem ser incorporadas à remuneração do servidor para fins de aposentadoria podem sofrer a incidência de contribuição previdenciária. Transcreve várias ementas de decisões dos tribunais.

No Anexo “Pasta II – Do Direito à Compensação Administrativa sem Anuência do Judiciário ou RFB”, aduz, em síntese, que a compensação realizada de acordo com o artigo 66 da Lei nº 8.383/91 e artigo 44 da IN RFB nº 900/2008, não depende de autorização ou permissão da Administração Tributária para se concretizar.

No Anexo “Pasta IV – Da Inaplicabilidade da Multa Isolada de 150%”, aduz, em síntese, que a autoridade fiscal não comprovou a ocorrência da falsidade da declaração apresentada; que o dolo não se presume; e que inexistiu sonegação, fraude ou conluio.

No Anexo “Pasta VI – Da Prescrição”, aduz, em síntese, que o prazo para a repetição do indébito tributário ocorrido antes da vigência da Lei Complementar 118/2005, mediante compensação, é de 10 anos da ocorrência do fato gerador.

No Anexo “Pasta VII – Da Inaplicabilidade da Representação Fiscal” aduz, em síntese, que a Representação Fiscal para Fins Penais deve ser cancelada, ante a inexistência de sonegação, fraude ou conluio, ou falsidade na declaração apresentada.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 14-36.842 - 9ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2010 a 31/12/2010

COMPENSAÇÃO. CABIMENTO. PRESSUPOSTOS.

As contribuições sociais previdenciárias somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido.

COMPENSAÇÃO. VEDAÇÃO.

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.

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo, importa renúncia ao contencioso administrativo.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE. MULTA ISOLADA.

A compensação indevida, com falsidade na declaração, sujeita o contribuinte à multa isolada de 150%.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS (RFFP) . DEVER FUNCIONAL. APRECIAÇÃO. INCOMPETÊNCIA.

A emissão de RFFP constitui dever funcional das autoridades fiscais lançadoras, não cabendo, no julgamento administrativo, a apreciação do conteúdo dessa peça enviada às autoridades judiciais competentes.

Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido**

Acordam os membros da 9ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Intime-se.

Sala de Sessões, em 29 de fevereiro de 2012.

Inconformada com a decisão de 1ª instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, combatendo e reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, em apertada síntese:

(i) Do direito à suspensão da exigibilidade das exações

A Recorrente elenca posicionamentos jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da não incidência de contribuição previdenciária sobre as diversas parcelas recebidas pelos empregados, devido à natureza indenizatória das mesmas.

(ii) Fundamentação do direito à compensação

Argumento central no sentido de se reconhecer o direito à compensação sem a limitação imposta pelo art. 170-A, CTN.

Aduz que as Delegacias de Julgamento da RFB e o CARF pacificaram entendimento de que a compensação na legislação previdenciária é um procedimento facultativo que não necessita de autorização judicial ou administrativa.

(iii) Da inaplicabilidade da multa isolada

Aduz, em síntese, que a autoridade fiscal não comprovou a ocorrência da falsidade da declaração apresentada; que o dolo não se presume; e que inexistiu sonegação, fraude ou conluio.

Para a aplicação da multa qualificada de 150% há necessidade de prova robusta a demonstrar a má-fé do contribuinte, o que não foi feito na hipótese do auto de infração.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(A) Da regularidade do lançamento.**

Analisemos.

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – PREFEITURA MUNICIPAL DE JOSÉ BONIFÁCIO contra Acórdão nº 14-36.842 - 9ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP que julgou procedente o Auto de Infração – AIOP nº 50.010.056-0, no valor de R\$ 8.139.195,54, referente à: multa isolada no percentual de 150%, devida em razão da falsidade na GFIP apresentada e; glosa de compensações efetuadas pelo sujeito passivo nas GFIP, das competências 05/2010 a 12/2010.

O Relatório Fiscal informa que as compensações efetuadas referem-se a ações judiciais nas quais a Prefeitura pleiteia a compensação de contribuições incidentes sobre valores recebidos por segurados empregados constantes da folha de pagamento a título de férias, 1/3 férias, horas extras, adicionais de insalubridade, periculosidade, noturno, férias indenizadas etc., nos termos dos mandados de segurança impetrados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP que, conforme definido no inciso III do artigo 460 da IN RFB nº 971/2009, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura do AIOP)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN RFB nº 971/2009

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

Autenticado digitalmente em 02/09/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 12/09/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 20/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;

III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;

IV - Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;

V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes;*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo Analítico do Débito (Este relatório lista, em suas páginas iniciais, todas as características que compõem o levantamento, que é um agrupamento de informações que servirão para apurar o débito de contribuição previdenciária

existente. Na seqüência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado);

c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

lk. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(B) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 02/09/2013 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARAES, Assinado digitalmente em 12/09/2013 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 13/09/2013 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 20/09/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Dessa forma, julgar inconstitucional o pagamento e tornar inviável a correção plena da irregularidade fere frontalmente o princípio da legalidade e da isonomia do direito tributário.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

***Súmula CARF nº 2:** O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

(i) Do direito à suspensão da exigibilidade das exações

A Recorrente elenca posicionamentos jurisprudenciais do STF e do STJ a respeito da não incidência de contribuição previdenciária sobre as diversas parcelas recebidas pelos empregados, devido à natureza indenizatória das mesmas.

(ii) Fundamentação do direito à compensação

Argumento central no sentido de se reconhecer o direito à compensação sem a limitação imposta pelo art. 170-A, CTN.

Aduz que as Delegacias de Julgamento da RFB e o CARF pacificaram entendimento de que a compensação na legislação previdenciária é um procedimento facultativo que não necessita de autorização judicial ou administrativa.

Analisemos conjuntamente os itens (i) e (ii).

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional. O mesmo diploma legal, artigos 170 e 170-A, prevê regras gerais sobre a matéria; as regras específicas são objeto de lei ordinária. Transcrevemos abaixo os artigos do CTN que tratam da compensação:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...) II - a compensação;”

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

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

“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.” (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

O Plano de Custeio da Seguridade Social, Lei n. 8.212/91, art. 89, que ora transcrevemos, traz comando no sentido de que somente serão compensados os valores pagos ou recolhidos indevidamente a título de contribuição para a Seguridade Social.

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).

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extingui-lo, total ou parcialmente, mediante compensação. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Incluído 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).

§ 11. Aplica-se aos processos de restituição das contribuições de que trata este artigo e de reembolso de salário-família e salário-maternidade o rito previsto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte, sobre os quais incidirão juros e multa de mora, conforme o art. 89, § 4º, Lei 8.212/1991, o qual remete ao art. 35, Lei 8212/1991 e ao art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Lei 8.212/1991 - Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Lei nº 9.430/1996 - Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Ademais, o Código Tributário Nacional, no art. 170-A, expressamente veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial:

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. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

No entanto, tem-se nos autos a informação de que o sujeito passivo impetrou dois mandados de segurança cujo objeto é a discussão da incidência de contribuições previdenciárias em verbas pagas pela Recorrente aos segurados empregados:

Intimada a esclarecer o motivo das compensações efetuadas, ela apresentou documentos a demonstrar a existência de dois Mandados de Segurança, nos quais ela pleiteia a não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas pagas aos segurados empregados.

No processo judicial nº 004353.30.2010.403.6106, a impetrante requer a declaração de inexistência de relação jurídica entre o Município e a União/Receita Federal do Brasil, referente à contribuição previdenciária patronal incidente sobre as importâncias pagas aos segurados empregados a título de horas extras e terço constitucional de férias. Nesse processo foi proferida sentença denegando a segurança pleiteada e

declarando extinto o feito, com resolução do mérito, tendo o Município interposto recurso de apelação.

No processo judicial nº 002026.78.2011.403.6106, a impetrante requer a mesma segurança, porém, em relação às importâncias pagas aos segurados empregados a título de aviso-prévio indenizado, férias indenizadas e férias em pecúnia, salário-educação, auxílios creche, doença e acidente (15 dias do afastamento), abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno. Nesse processo foi proferida decisão indeferindo a medida liminar, tendo o Município impetrando agravo de instrumento.

Além do que a Fiscalização comprovou nos autos, vide o Relatório Fiscal, que o sujeito passivo realizou as compensações sem o trânsito em julgado dos mandados de segurança impetrados, em violação a dispositivo expresso do Código Tributário Nacional, art. 170-A, CTN.

Diante do exposto, deve ser mantida a glosa de compensação em função da violação ao disposto expresso no art. 170-A, CTN.

No mesmo sentido, em relação às questões no Recurso Voluntário de que se os valores pagos pela Recorrente aos segurados empregados integram ou não o salário de contribuição, estas não serão conhecidas pois possuem o mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados pela Recorrente, exsurgindo a aplicação da Súmula nº 1 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

Súmula CARF nº 1: *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.*

Diante do exposto, não prospera a argumentação do Recorrente.

(iii) Da inaplicabilidade da multa isolada de 150%

Aduz, em síntese, que a autoridade fiscal não comprovou a ocorrência da falsidade da declaração apresentada; que o dolo não se presume; e que inexistiu sonegação, fraude ou conluio.

Para a aplicação da multa qualificada de 150% há necessidade de prova robusta a demonstrar a má-fé do contribuinte, o que não foi feito na hipótese do auto de infração.

Analisemos.

Surge a controvérsia em função da aplicação da multa isolada com base na compensação indevida sendo comprovada a falsidade, nos termos do art. 89, § 10, Lei 8.212/1991.

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).

Em relação à aplicação da multa isolada de 150%, esclarece o Relatório Fiscal, além de todo o amparo legal citado, que:

“6. Pelo acima exposto, temos uma situação em que o sujeito passivo, ao fazer inserir em GFIP informação de compensação que sabidamente não teria direito, reduziu, deliberadamente, o valor devido e o subsequente recolhimento de sua obrigação tributária para com a Seguridade Social, o que configura a conduta ilegal do mesmo; postura esta prevista no art. 72. Lei 4502/1964 (art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar ...).

A todas as luzes, portanto, o Município prestou uma informação em sua GFIP que não era verdadeira, e por consequência, falsa. E o mesmo não pode sequer alegar que desconhece, ou desconhecia a vedação de utilização de supostos créditos sem o devido respaldo judicial – pois que trata-se de matéria submetida ao crivo do Poder Judiciário -, posto que a ninguém é dado alegar desconhecer a Lei para eximir-se do cumprimento da respectiva obrigação. Tal hipótese harmoniza-se perfeitamente com a parte final do art. 72, Lei 4502/1964, já destacada, uma vez que, deveras, o sujeito passivo não só pretendeu reduzir o pagamento do tributo, inserindo na GFIP uma informação que impedia sua cobrança pela RFB, como de fato o conseguiu; até que a Fiscalização, antes de esgotado o prazo homologatório de que trata o art. 150, § 4º, CTN constatou a irregularidade e adotou as providências necessárias.

Assim, a partir da análise do acima exposto e tendo em vista que o contribuinte efetuou compensação de créditos inexistentes, uma vez que não estava legal e judicialmente amparado para tal procedimento, e que, consequentemente, inseriu informações falsa e/ou inexatas nas GFIPs do período citado; informações essas que culminaram por reduzir o valor devido das contribuições previdenciárias em detrimento do erário público, concluímos pela aplicação da multa estabelecida no art. 89, § 10, Lei 8212/1991 em consonância com o art. 46, IN RFB 900,

ou seja, multa isolada de 150% sobre o valor da compensação indevida.

Ou seja, o Relatório Fiscal aponta que a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, uma vez que não estava legal e judicialmente amparado para tal procedimento, ocorreu em função da inserção de informações falsa e/ou inexatas nas GFIPs do período citado.

Ainda, aponta que essas informações culminaram por reduzir o valor devido das contribuições previdenciárias em detrimento do erário público, concluímos pela aplicação da multa estabelecida no art. 89, § 10, Lei 8212/1991 em consonância com o art. 46, IN RFB 900/2008, ou seja, multa isolada de 150% sobre o valor da compensação indevida.

Então, restou evidenciado nos autos que a conduta da Recorrente foi a de apresentar GFIP com informação de valores a compensar mesmo ciente de que as ações judiciais por ele propostas não haviam ainda transitado em julgado, em afronta clara ao disposto expressamente no art. 170-A, CTN.

Em outras palavras, na presente hipótese de compensação indevida, em função da conduta da Recorrente em afronta ao disposto no art. 170-A, CTN, ficou materializada a falsidade da GFIP apresentada, ensejando a aplicação da multa isolada insculpida no art. 89, § 10, Lei 8212/1991.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de: (i) NÃO CONHECER do Recurso Voluntário na matéria de mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados; (ii) **CONHECER** do Recurso Voluntário nas questões da compensação indevida e da multa isolada para, no MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro