



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

Processo n° 16004.720435/2011-35
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2403-001.881 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 20 de fevereiro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICÍPIO DE ARIRANHA / PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2010 a 31/03/2011

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DIFERENCIADA.

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, conforme art. 126, § 3º, da Lei nº 8.213/91, combinado com o art. 307 do RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

O julgamento administrativo limitar-se-á à matéria diferenciada, se no recurso houver matéria distinta da constante do processo judicial.

COMPENSAÇÃO

Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição previdenciária na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido

MULTA ISOLADA POR COMPENSAÇÃO INDEVIDA

Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada.

Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, no mérito, por unanimidade de votos não conhecer do recurso na questão da tributação do terço constitucional de férias e por Voto de Qualidade, negar provimento ao recurso quanto a questão da multa isolada. Vencidos os conselheiros Ivacir Julio de Souza, Carolina Wanderley Landim e Marcelo Magalhães Peixoto.

Carlos Alberto Mees Stringari

Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari (Presidente), Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto e Carolina Wanderley Landim.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto, Acórdão 14-36.924 da 7ª Turma, que julgou a impugnação improcedente.

A autuação e a impugnação foram assim apresentadas no relatório do acórdão recorrido:

Trata-se de Auto de Infração a obrigação principal – AIOP/DEBCAD nº 50.010.0578– lavrado em face do contribuinte acima identificado que constitui contribuições devidas à Seguridade Social, parcela patronal, decorrente de glosas de compensações indevidamente levadas a efeito pela empresa e da multa isolada decorrente de falsidade na declaração, importando o feito em crédito tributário na monta de R\$ 1.813.267,96 (Um milhão, oitocentos e treze mil, duzentos e sessenta e sete reais e noventa e seis centavos), valor consolidado em 28/09/2011.

Segundo o relato fiscal, o contribuinte declarou compensações nas Guias de Recolhimento do FGTS e informações à Previdência Social – GFIPs, nas competências de 10/2010 a 03/2011, de valores supostamente recolhidos indevidamente a título de ‘terço constitucional de férias’, verba esta integrante do salário de contribuição dos segurados empregados, passível de tributação.

Informa ainda que “as compensações efetivaram-se com fulcro na ação judicial relativa ao Mandado de Segurança com pedido de Liminar, de nº 004541.86.2011.403.6106, no qual a Prefeitura requereu declaração de inexistência de relação jurídica decorrente de contribuição previdenciária incidente sobre as remunerações pagas a seus segurados empregados a título de horas extras, terço constitucional de férias e outras verbas de natureza indenizatória, remontando ao período de 10/2005 a 05/2010, bem como a subsequente suspensão de exigibilidade de débito relativo e abstenção da prática de atos tendentes à autuação fiscal”.

No entanto, o pedido de liminar foi INDEFERIDO e o processo ainda aguarda decisão de mérito, de maneira que o órgão público não possui crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado, com o que efetuou a glosa dos valores indevidamente compensados.

Aduz a aplicação da multa isolada de 150% tendo por base de cálculo o valor total do débito efetivamente compensado, por competência, uma vez identificada a ocorrência de fraude, nos

termos do art. 72 da Lei nº 4.502/64, já que o contribuinte deveria esperar a manifestação do judiciário deferindo o pleito para então buscar a habilitação de seus créditos decorrentes de decisão judicial junto à RFB, citando, especificamente, comando normativo insito no art. 71 da Instrução Normativa/RFB nº 900/2008 nesse sentido. Assim, considera falsa a informação prestada em GFIP de que seria detentor de créditos contra a Fazenda Pública, uma vez que não estava legal e judicialmente amparado para tal entendimento, reduzindo indevidamente o valor das contribuições previdenciária em detrimento do erário público.

Informa ainda, de relevante para o julgamento, a emissão de representação fiscal para fins penais pela ocorrência, em tese, do ilícito de sonegação fiscal.

O contribuinte interessado apresentou impugnação reputada tempestiva pelo órgão preparador, na qual contesta o lançamento fiscal estribado nos seguintes argumentos, em síntese:

- *que o Supremo Tribunal Federal, a partir do RE nº 345.458/RS e iterativos julgamentos, fixou entendimento de que é ilegítima a incidência de contribuição previdenciária sobre adicionais de férias, horas extras e demais adicionais eventuais, por se tratarem de verbas indenizatórias/compensatórias, razão pela qual, por ser matéria pacífica e com jurisprudência uniformizada no âmbito dos tribunais superiores, a autuação lavrada deve ser declarada nula ou inexistente;*
- *discute o fato gerador das contribuições da empresa destinadas à seguridade social e suas hipóteses de não incidência, conforme comandos extraídos da Lei nº 8.212/91, bem com o conceito de 'remuneração', para concluir que as contribuições em testilha incidem unicamente sobre o salário (cita doutrinas), estando fora desse contexto os valores recebidos pelos empregados com natureza indenizatória bem como os encargos sociais; cita jurisprudências em apoio à tese de que a contribuição previdenciária incidiria sobre o salário (espécie) e não sobre a remuneração (gênero) e de que as parcelas que tenham caráter indenizatório e não habitual estariam fora dessa incidência; menciona especificamente as verbas pagas a título de horas extras e férias, com o seu adicional constitucional, como exemplo dessas espécies;*
- *noutra linha argumentativa, postula que o § 11 do art. 201 da Constituição Federal/88 determina que somente os ganhos habituais percebidos de forma permanente sofrem a incidência da contribuição previdenciária, de maneira que as parcelas remuneratórias de natureza compensatória/indenizatória recebidas de forma eventual e não habitual não incidem na contribuição previdenciária (novamente cita vasta jurisprudência); especificamente no tocante ao terço constitucional de férias, cita o realinhamento da jurisprudência do STJ*

adequando-se a posição sedimentada no pretório excelso, no sentido de sua não incidência; reproduz, ao final, recentes decisões regionais de 1ª instância da justiça federal, em apoio a essa tese;

- *posto nesses argumentos, defende que a recorrente não prestou informação falsa nem efetuou a compensação de créditos inexistentes, argüindo a legitimidade da compensação haja vista a interposição do mandado de segurança preventivo em trâmite junto à 2ª Vara da Justiça Federal de São José do Rio Preto (SP), encontrando-se os autos conclusos para sentença, pelo que requer a declaração da nulidade do Auto de Infração em debate, reconhecendo como legítimas as compensações efetuadas sobre os recolhimentos tributários incidentes sobre remunerações pagas a título de terço constitucional de férias.*

No recurso voluntário, reapresenta as teses apresentadas na impugnação.

É o relatório

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões pertinentes.

O lançamento decorre de glosa de compensação mais multa isolada por compensação indevida.

A compensação refere-se ao **‘terço constitucional de férias’**.

TRIBUTAÇÃO DO TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - COMPENSAÇÃO

O relatório indica a existência de ação judicial.

Informa ainda que “as compensações efetivaram-se com fulcro na ação judicial relativa ao Mandado de Segurança com pedido de Liminar, de nº 004541.86.2011.403.6106, no qual a Prefeitura requereu declaração de inexistência de relação jurídica decorrente de contribuição previdenciária incidente sobre as remunerações pagas a seus segurados empregados a título de horas extras, terço constitucional de férias e outras verbas de natureza indenizatória, remontando ao período de 10/2005 a 05/2010, bem como a subsequente suspensão de exigibilidade de débito relativo e abstenção da prática de atos tendentes à autuação fiscal”.

O Princípio da Tutela Jurisdicional Absoluta, previsto no artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, veda que sejam afastadas da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Quem se sentir ameaçado ou violado em seus direitos pode recorrer ao judiciário e este não pode eximir-se da apreciação e solução da matéria. Sobrepondo-se suas decisões às soluções na esfera administrativa sobre a mesma matéria, seria inócuo um julgamento por este colegiado que, após a decisão judicial, observaria o afastamento da solução proposta.

Nesse sentido, ocorrerá renúncia ao contencioso quando a ação judicial tiver “mesmo objeto” sobre o qual versa o processo administrativo.

Esse procedimento está padronizado pela Súmula CARF nº 1.

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.

COMPENSAÇÃO

O instituto da compensação tributária, modalidade de extinção do crédito tributário, está previsto no art. 156, II, e 170, e 170A do CTN, e constitui um dos mecanismos legais utilizados face à apuração de crédito pelo sujeito passivo. Segundo o CTN, 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.

CTN

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

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.

Para o caso de ação judicial, o CTN impôs a vedação da 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)

STJ Súmula nº 212 - 11/05/2005 - DJ 23.05.2005

Compensação de Créditos Tributários - Medida Liminar

A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar.

A compensação tributária depende de autorização legal específica e, em princípio, se opera automaticamente, entre créditos líquidos e certos apurados pelo sujeito passivo, inclusive os judiciais com trânsito em julgado, cujo prazo para a homologação da compensação será de cinco anos.

No ordenamento legal, encontramos o artigo 66 da Lei 8383/91, que trata de compensação de tributos federais e o artigo 89 da Lei 8.212/91 que trata especificamente de compensação de contribuições previdenciárias.

LEI 8383/91

Art. 66. Nos casos de pagamento indevido ou a maior de tributos, contribuições federais, inclusive previdenciárias, e receitas patrimoniais, mesmo quando resultante de reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória, o contribuinte poderá efetuar a compensação desse valor no recolhimento de importância correspondente a período subsequente. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995) (Vide Lei nº 9.250, de 1995)

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)(grifei)

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995)

§ 4º As Secretarias da Receita Federal e do Patrimônio da União e o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS expedirão as instruções necessárias ao cumprimento do disposto neste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.1995) (grifei)

LEI 8.212/91

*Art. 89. **Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido.** (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995).*

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou a compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade.

§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11 desta Lei.

§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência.

§ 4º Na hipótese de recolhimento indevido, as contribuições serão restituídas ou compensadas atualizadas monetariamente.

§ 5º Observado o disposto no § 3º, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente.

§ 6º A atualização monetária de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo observará os mesmos critérios utilizados na cobrança da própria contribuição.

§ 7º Não será permitida ao beneficiário a antecipação do pagamento de contribuições para efeito de recebimento de benefícios.

Constata-se no processo a inexistência dos requisitos para a compensação. Portanto, correta a glosa.

MULTA ISOLADA

A recorrente questiona a multa isolada por compensação indevida alegando que jamais prestou informação falsa e que a compensação é correta.

Para o caso de ação judicial, o CTN impôs a vedação da 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)

Esse requisito não foi atendido.

O lançamento está fundamentado no § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/91.

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 nº9.430, 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).

Resta analisar a questão da falsidade da declaração.

A tese apresentada pela recorrente é que a questão da não incidência sobre o terço constitucional está pacificada nos tribunais superiores.

Para dar suporte à sua tese apresenta jurisprudência sobre o regime próprio dos servidores públicos.

É óbvio que neste processo tratamos do Regime Geral de Previdência Social, com regras distintas do Regime Próprio dos Servidores Públicos.

Entendo que declarar crédito inexistente a compensar é prestar declaração falsa.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por não conhecer do recurso na questão da tributação do terço constitucional de férias e nego provimento na questão da multa isolada.

Carlos Alberto Mees Stringari