



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

Processo nº 16004.720517/2011-80
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-002.500 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de março de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente COSMORAMA PREFEITURA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2009 a 31/03/2011

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 APRECIÇÃO 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 - REPERCUSSÃO GERAL
RECONHECIDA NO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO -
SOBRESTAMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO NO CARF -
REVOGAÇÃO DE NORMA

Anteriormente previa-se o sobrestamento dos julgamentos dos recursos voluntários no CARF sempre que o STF também sobrestasse o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que fosse proferida decisão nos termos do art. 543-B, CPC. No entanto, a Portaria CARF nº 545, de 18.11.2013, revogou os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF que previam o procedimento de tal sobrestamento.

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.

MULTA. ART. 89. LEI 8.212/91. FALSIDADE DE DECLARAÇÃO
APRESENTADA PELO SUJEITO PASSIVO.

O dispositivo do art. 89, parágrafo dez da Lei 8.212/91 que trata de falsidade na declaração deve ser analisado atentamente, não podendo se estender ao mero erro procedimental.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA
FINS PENAIIS

Em relação à emissão da Representação Fiscal para Fins Penais, o CARF não é competente para se pronunciar sobre as controvérsias referentes a esta Representação, nos termos da Súmula nº 28 do CARF.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 16004.720517/2011-80
Acórdão n.º **2403-002.500**

S2-C4T3
Fl. 2.087

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para não conhecer do recurso voluntário na matéria de mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados e, por maioria de votos, determinar a exclusão da multa isolada, vencidos o Relator e conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari na questão da multa.

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, Elfes Cavalcante Lustosa Aragão Elvas, Marcelo Freitas. Souza Costa e Marcelo Magalhães Peixoto.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – PREFEITURA MUNICIPAL DE COSMORAMA contra Acórdão nº 14-37.602 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP que julgou procedente em parte o Auto de Infração – AIOP nº 51.013.431-9, no valor de R\$ 1.544.037,49, referente aos códigos de levantamento:

(i) **GL – GLOSA VRS COMPENSADOS MS** - *contendo contribuições consideradas declaradas em GFIP e glosadas pela fiscalização, relativos a rubricas constantes de processos judiciais, de 10/2010 a 02/2011, competências 10/2010 a 02/2011;*

(ii) **MI – MULTA ISOLADA** - *multa isolada no percentual de 150%, aplicada sobre valores compensados, com falsidade, relativos a processo judicial - mandado de segurança, competências 10/2010 a 03/2011;*

(iii) **OU – GLOSA DE COMPENSAÇÃO NÃO JUSTI** - *glosa de compensações não justificadas, competências 04/2009 a 09/2010.*

Em relação às ações judiciais, aponta o Relatório Fiscal:

-Mandado de Segurança nº 0008500-02.2010.4.03.6106, no qual a impetrante/Prefeitura Municipal de Cosmorama requereu 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**, alegando tratar-se de valores com natureza indenizatória e, pois, compensatória, posto que não integram o salário do segurado para fins de aposentadoria.

Requereu, ainda, a impetrante a suspensão de exigibilidade da referida contribuição relativa ao período de 11/2005 a 11/2010 e subseqüentes, até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança, e determinação de que a União se abstivesse de impor sanções administrativas ao Município.

-Mandado de Segurança nº 0002019-86.2011.4.03.6106. Neste, o Município de Cosmorama, requereu as mesmas seguranças, porém, no que tange a **verbas recebidas pelos segurados a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas e férias em pecúnia, salário educação, auxílio creche, auxílio doença e auxílio acidente (15 dias de afastamento), abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno**; desta feita, relativos ao período de 03/2006 a 03/2011 e subseqüentes.

Ocorre, porém, que o pedido para concessão de MEDIDA LIMINAR relativo ao processo 0008500-02.2010.4.03.6106, foi DEFERIDO PARCIALMENTE, suspendendo a exigibilidade das contribuições previdenciárias apenas sobre o terço constitucional de férias.

Inconformado, o órgão público em pauta impetrou AGRADO DE INSTRUMENTO solicitando a extensão da decisão inicialmente proferida a seu favor, também para a rubrica de HORAS EXTRAS, objetivando, assim, o deferimento total do Mandado de Segurança em questão. Em 01/02/2011, foi NEGADO SEGUIMENTO ao recurso.

Quanto ao processo 0002019-86.2011.4.03.6106, nos termos da Certidão datada de 08/08/2011, foi postergada a apreciação do pedido liminar para a sentença.

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

E apontou a fiscalização os seguintes tópicos:

- 1) não foi requerida, nas iniciais, autorização para que se compensassem as verbas sob discussão judicial;
- 2) foi concedida liminar para o primeiro dos MS, suspendendo a exigibilidade apenas sobre o terço constitucional de férias, não lhe assegurando o direito de compensar-se; e
- 3) não se está descumprindo liminar judicial, pois o lançamento não está a exigir as contribuições referidas, mas sim glosando valores compensados sem justificativa;
- 4) a impugnante compensou-se também a título de outras verbas além daquela contemplada com o deferimento parcial liminar; e
- 5) inexistia sentença definitiva transitada em julgado a favor do município

Em relação às glosas de compensação, o Relatório da decisão de primeira instância mostra:

Prossegue a fiscalização apontando que, para comprovar o alegado crédito, o contribuinte apresentou diversas planilhas e tabela com valores – a compensar - por rubricas, a saber, “1/3 de férias”, “horas extras”, “abono insalubridade”, “abono noturno”, “abono função gratificação”, “abono gratificação” e “abono assiduidade”, totalizando R\$ 538.900,89 para o período de 10/2005 a 08/2010, e efetuou a compensação nas GFIP dos meses de 10/2010 a 02/2011.

Menciona ainda valores compensados que não se referem aos MS supracitados, quais sejam: 1) em 04/2009, R\$ 163,83 relativo a recolhimento em duplicidade de retenção de 11%, que foram efetuados – corretamente – no CNPJ da prestadora, não sendo assim passíveis de compensação com valores devidos pelo Município (tomador); e 2) em 09/2010, R\$ 668,42 relativo a

valor deduzido na rubrica “14.º salário” a título de salário-maternidade pago à empregada, sendo indevida a compensação efetuada por falta de previsão legal.

Assim, quanto ao **mérito da compensação** realizada, a fiscalização motivou a **glosa integral das referidas compensações**, nos termos do art. 89 da Lei nº 8.212/91, e a partir das definições legais das bases-de-cálculo das contribuições previdenciárias e respectivas parcelas não integrantes (art. 28 e § 9.º da Lei nº 8.212/91), constituindo o crédito correspondente; pois nenhuma das verbas compensadas pelo contribuinte estaria excluída da incidência previdenciária. No contexto dos MS impetrados pela impugnante, tampouco havia crédito reconhecido por decisão judicial transitada em julgado em seu favor.

Em relação ainda à aplicação da multa isolada de 150%, resume o Relatório da decisão de primeira instância:

O Relatório Fiscal descreve as condições gerais e legais para a efetivação da compensação de contribuições previdenciárias (art. 170 e 170-A do CTN), bem como as respectivas penalidades caso sejam indevidas (art. 89 e parágrafos da Lei nº 8.212/91 e art. 44 a 48 da Instrução Normativa RFB nº 900/2008).

Menciona ainda a necessidade, para a compensação, de habilitação prévia (art. 71 da IN RFB nº 900/2008) do crédito atinente às verbas discutidas judicialmente, após o trânsito em julgado da decisão.

E que a autuada, ao inserir nas GFIP tal informação de compensação a que sabidamente não teria direito, reduziu, deliberadamente, o valor devido e o subsequente recolhimento de sua obrigação tributária, configurando a conduta ilegal do mesmo, já que prestou uma informação em sua GFIP que não era verdadeira.

Por ser vedada a utilização de supostos créditos, isto é, créditos inexistentes, sem o devido respaldo judicial, no intuito de reduzir o pagamento do tributo, sua conduta enseja a aplicação da multa do § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212/91, de 150% sobre o valor da compensação indevida, além de enquadrá-la como fraudulenta nos termos do art. 72 da lei nº 4.502/64.

Menciona, em tópico específico do Relatório Fiscal, a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP), haja vista o delito de sonegação fiscal.

Os valores indevidamente compensados nas GFIP da autuada (glosas) estão demonstrados no relatório Discriminativo do Débito (DD) e Relatório de Lançamentos (RL), anexos ao AI. Os juros e multas (de mora – 20% e isolada – 150%) aplicados sobre o presente crédito e a legislação correspondente estão discriminados no DD e no relatório Fundamentos Legais do Débito (FLD). Também constam os fundamentos legais das contribuições exigidas. Foram examinadas Guia de Recolhimento da Previdência Social (GPS), GFIP, planilhas de cálculo e demonstrativos das compensações realizadas.

A Recorrente teve ciência do AIOP em 28.11.2011, conforme informação nos autos.

O período objeto do auto de infração, conforme o Relatório Fiscal, é de 04/2009 a 03/2011.

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

Do direito à compensação administrativa e da suspensão da exigibilidade (dos mandados de segurança)

- com base em julgados do STF e STJ [junta vasta jurisprudência], não incide contribuição previdenciária patronal sobre verbas de caráter indenizatório ou compensatório e eventual, tais como o terço constitucional de férias, horas extras, abono assiduidade, adicional noturno, adicional de insalubridade, periculosidade, vale transporte, auxílio-doença, dentre várias outras.

- que cabe à Receita Federal do Brasil (RFB) interpretar o art. 28 da Lei nº 8.212/91 de acordo com o art. 201 e § 11 da Constituição Federal, de maneira a só incidir a contribuição previdenciária se a verba tiver repercussão na aposentadoria futura.

- que efetuou recolhimentos sobre tais verbas, caracterizando-se como pagamentos indevidos e sendo passíveis de compensação, nos termos do art. 170 do CTN e legislação federal e previdenciária (cita dispositivos legais – art. 66 da lei nº 8.393/91, art. 89 da Lei nº 8.212/91, art. 44 da Instrução Normativa RFB nº 900/2008, além de jurisprudência), independentemente de prévia anuência administrativa ou judicial, sujeitando-se à posterior verificação dos cálculos e procedimentos por parte da autoridade fiscal.

- que não pode ter vedado o exercício do direito de realizar a compensação das contribuições que entende serem indevidas, sendo assim inaplicável o art. 170-A do CTN.

- que o mandado de segurança (MS) nº **0008500-02.2010.4.03.6106** objetiva a declaração da inexistência da relação jurídica entre as partes, de forma a desobrigá-lo do recolhimento das contribuições patronais sobre as remunerações, relativas ao terço constitucional de férias e adicional de horas extras, bem assim a suspensão da exigibilidade, tendo obtido liminar para suspender a exigibilidade das contribuições sobre o terço de férias.

- que outro MS, de nº **0002019-86.2011.4.03.6106**, objetiva, com base em extensa jurisprudência, a declaração da inexistência da relação jurídica entre as partes, de forma a desobrigá-lo do recolhimento das contribuições patronais sobre as remunerações de seus empregados, relativas a várias rubricas especificadas (aviso prévio indenizado, férias indenizadas e em pecúnia,

Salário Educação, auxílio-creche, primeiros 15 dias do auxílio-doença, abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno) e a suspensão da exigibilidade, tendo sido por concedida parcialmente a segurança por sentença (24/10/2011).

- que deve ser suspensa a exigibilidade das contribuições sobre as verbas ora em discussão.

Da inaplicabilidade da multa isolada de 150%

- que a fiscalização, ao glosar as compensações efetuadas pela impugnante (na peça impugnatória refere-se ao Município de Rincão), ignorando o entendimento de tribunais superiores (STF e STJ), ainda aplicou multa isolada de 150%, sem a respectiva fundamentação ou prova que a corroborasse, pois tal multa exige a comprovação, por parte do fisco, da falsidade da declaração da compensação, isto é, a demonstração do dolo e má-fé da conduta.

- que a discussão sobre a incidência tributária ou não sobre as rubricas compensadas, objeto de divergência jurídica no judiciário, não configura hipótese de falsidade; e, assim como vários outros municípios, a impugnante interpôs mandado de segurança (MS), versando sobre o tema, em que se obteve êxito – parcial ou total (junta vasta jurisprudência).

- que não pode ser falsa a declaração de compensação oriunda de remunerações não tributáveis, assim pacificada por tribunais superiores, desde que se identifiquem corretamente tais remunerações quanto a seus elementos fáticos.

- que, nos casos de compensação, cabe ao fisco demonstrar e diferenciar os que contam com a presença subjetiva do dolo, isto é, equívocos intencionais, daquelas situações decorrentes de meros equívocos no preenchimento de obrigações acessórias (declaração inexata em GFIP) em relação ao crédito compensado, pois a “falsidade não se presume”. Junta jurisprudência administrativa.

- que não se pode transferir o ônus da prova ao contribuinte, pois o dispositivo legal impõe a comprovação de falsidade, fraude, erro ou omissão dolosas, nos termos dos artigos 71, 72 e 73 da lei nº 4.502/64, não restando comprovada nenhuma dessas hipóteses.

- que não houve artifícios ou engodos, já que as remunerações e créditos apurados a compensar foram declaradas, de boa-fé, em GFIP – constituindo confissão de dívida – e submetem-se à homologação das autoridades fiscais.

- que deve, assim, ser cancelada a multa isolada de 150%.

Da inaplicabilidade da Representação Fiscal

- que a Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP) emitida pela fiscalização o foi sem critérios jurídicos e fáticos que caracterizem o ilícito imputado.

- que foram legítimas as compensações declaradas em GFIP, não se podendo presumir a fraude imputada; requer o cancelamento e arquivamento da RFFP apensa a este Auto de Infração.

Da prescrição (art. 168, I do CTN e LC nº 118/2005)

- que a jurisprudência do STJ e do STF (RE n.º 566.621, com repercussão geral) já pacificou o entendimento acerca do prazo de dez anos para pedir a restituição ou realizar a compensação de débitos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, implicando a regularidade das compensação efetuadas com os débitos previdenciários.

Dos Pedidos

Pelas razões expostas, pede: 1) o cancelamento total deste AI, referente à glosa das compensações efetuadas; 2) o descabimento da multa isolada imposta, por falta de comprovação de alegada falsidade, dolo e má-fé; 3) o reconhecimento da suspensão da exigibilidade da contribuição patronal, sobre as verbas objeto da compensação e a homologação desta.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente em parte a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 14-37.602 - 7ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP, conforme Ementa a seguir:

Acórdão 14-37.602 - 7ª Turma da DRJ/POR

Sessão de 17 de maio de 2012

Processo 16004.720517/2011-80

Interessado **MUNICÍPIO DE COSMORAMA - PREFEITURA MUNICIPAL**

CNPJ/CPF 45.162.054/0001-91

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2009 a 31/03/2011

COMPENSAÇÃO. LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. LIMITES E CONDIÇÕES. COMPROVAÇÃO DOS CRÉDITOS. BASES-DE-CÁLCULO PREVIDENCIÁRIAS. DISCUSSÃO JUDICIAL PENDENTE. GLOSA.

Compensação é procedimento facultativo através do qual o sujeito passivo é ressarcido das próprias contribuições recolhidas ou pagas indevidamente, deduzindo-as das contribuições devidas à Previdência Social. Não constitui direito subjetivo do contribuinte, podendo a lei editada pela pessoa política competente estabelecer limites e condições ao seu exercício.

É vedada a compensação da contribuição devida com créditos não comprovados (ilíquidos e incertos), em especial aqueles oriundos de verbas que constituem, perante a legislação, bases-de-cálculo de contribuições previdenciárias; mormente quando sua exigibilidade está sendo questionada judicialmente e ainda não se operou o trânsito em julgado, caracterizando a situação prevista no art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN).

Não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária e no CTN, deverá a fiscalização efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados, com o conseqüente lançamento de ofício das importâncias que deixaram de ser recolhidas.

ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre a legalidade ou constitucionalidade de atos normativos com plena vigência.

MULTA ISOLADA. PERCENTUAL EM DOBRO. NÃO COMPROVAÇÃO DOS CRÉDITOS. FALSIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO (DOLO) NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. COMPROVAÇÃO. DECISÃO LIMINAR. RESPALDO JUDICIAL. RETIFICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

A conduta do sujeito passivo, ao declarar a existência de créditos sem existência jurídica válida, porque notoriamente discutíveis e em confronto direto com a legislação tributária vigente, ainda pendentes de apreciação judicial definitiva, enseja a caracterização da presença circunstancial de elemento subjetivo; isto é, de uma intencionalidade dolosa, artificialmente construída para o propósito de diminuir ou suprimir recolhimentos previdenciários correntes, a qual maculou de inverdades as declarações de compensações em GFIP.

As circunstâncias demonstradas nos autos são capazes de justificar a aplicação da multa isolada - no percentual de 150% - prevista no § 10 do art. 89, a incidir sobre os valores indevidamente compensados.

Existindo decisão judicial, ainda que precária, que autorize o entendimento quanto à inexigibilidade das contribuições previdenciárias sobre determinada verba, elide-se o caráter de intencionalidade dolosa ou fraudulenta da conduta da autuada quanto à compensação, não cabendo a imputação da multa isolada para a parcela favorecida judicialmente.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS (RFFP). DEVER FUNCIONAL. LEGALIDADE.

A emissão de Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP), dirigida a autoridade competente, constitui dever funcional dos Auditores-Fiscais, não cabendo, no julgamento administrativo, a apreciação do conteúdo dessa peça enviada às autoridades competentes.

*Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte**Acórdão*

Acordam os membros da 7ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** a impugnação apresentada, **MANTENDO EM PARTE** o crédito tributário exigido, no valor de R\$1.428.092,26 (um milhão, quatrocentos e vinte e oito mil e noventa e dois reais e vinte e seis centavos), nos termos do relatório e voto proferidos.

Recomenda-se ao setor de acompanhamento tributário na Unidade de Origem, caso entenda cabível, realizar as atividades de controle do presente crédito tributário, notadamente quanto à caracterização da eventual identidade de objetos em relação às ações judiciais citadas no relatório e voto e conseqüente suspensão ou não da exigibilidade do mesmo, determinada na esfera judicial.

Dispensada a interposição de Recurso de Ofício desta decisão, nos termos da Portaria MF n.º 3, de 03/01/2008 (DOU de 07/01/2008).

À Unidade de Origem, para cientificar o Contribuinte, nos termos da legislação em vigor.

Sala de Sessões, em 17 de maio de 2012.

Observa-se que a decisão de primeira instância, às fls. 2034 e 2035, retificou o débito em relação à multa isolada correspondente ao terço constitucional de férias na competência 11/2010

Faz-se mais uma observação, neste ponto. Especificamente para o MS n.º 0008500-02.2010.4.03.6106, no qual a impugnante obteve liminar suspendendo a exigibilidade apenas sobre o terço constitucional de férias, entende-se não ser cabível a imputação da multa isolada, uma vez que a compensação encontrar-se-ia respaldada por decisão judicial (ainda que precária), que lhe reconheceu a não-incidência tributária, circunstância esta que retiraria o caráter de intencionalidade dolosa ou fraudulenta da conduta da autuada.

Procede parcialmente, assim, o pedido de cancelamento da multa isolada de 150%, devendo ser excluída tão-somente a parcela incidente sobre o terço de férias (R\$ 77.296,82), que se constituiu em base-de-cálculo para a mencionada multa, de 10/2010 a 03/2011.

(...) Do exposto, com a redução do montante da multa isolada de R\$ 827.631,24 para R\$ 711.686,01 (competência 11/2010; retificação de R\$150.000,00 para R\$34.054,77 isto é, redução de R\$ 115.945,23), fica o presente crédito tributário retificado para

o valor final mantido de R\$ 1.428.092,26 (um milhão, quatrocentos e vinte e oito mil e noventa e dois reais e vinte e seis centavos), consolidado em 23/11/2011.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, acrescentando uma Preliminar, em apertada síntese:

(i) Em Preliminar - do sobrestamento do Recurso Voluntário - STF - Repercussão Geral em RE 593.068 - Portaria CARF nº 01/2012 - sobrestamento

COMO PODE SER EVIDENCIADO NO PRESENTE "RENº593.068" RECONHECEU-SE A REPERCUSSÃO GERAL SOBRE AS VERBAS DE NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA/ COMPENSATÓRIA QUE NÃO IRÃO INTEGRAR OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR, AS QUAIS SEJAM: "ADICIONAIS E GRATIFICAÇÕES TEMPORÁRIOS; TERÇO DE FÉRIAS; SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS; ADICIONAL NOTURNO E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE".

DE ACORDO COM O "ART. 543-B" DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OS RECURSOS INTERPOSTOS QUE VERSEM SOBRE AS MATÉRIAS DISCUTIDAS, CONSTANTES DO "RE Nº 593.068 - REPERCUSSÃO GERAL" DEVERÃO FICAR SOBRESTADOS, RETORNANDO A ORIGEM PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO MÉRITO, O QUE APÓS DECISÃO DEVERÁ SER OBSERVADO O CONTIDO NO "ART. 543-B DO CPC".

COM BASE NO REFERIDO ARTIGO, O "STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" TEM DE FORMA INCONTINENTI OBSERVADO O QUE ASSEVERA A REGULAMENTAÇÃO, PRATICANDO O ATO DE "SOBRESTAR" TODOS OS RECURSOS ATINENTES A MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL NO "RE Nº 593.068".

(...)

DIANTE DESSE NOVO INSTRUMENTO JURÍDICO, O "CARF - CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS", EM 06 DE JANEIRO DE 2012, PUBLICOU A "PORTARIA CARF Nº 001", QUE VISA UNIFORMIZAR OS PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PARA O SOBRESTAMENTO DE JULGAMENTO DE RECURSOS EM TRAMITAÇÃO, CONFORME PREVISTO NO § 1º, ARTIGO 62 - A, ANEXO II, DO REGIMENTO INTERNO DO ÓRGÃO.

A REFERIDA PORTARIA DISPÕE QUE O PROCEDIMENTO DE SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM TRÂMITE NO CARF, SERÁ APLICADO NAS HIPÓTESES EM QUE HOUVER SIDO DETERMINADO PELO "STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", O SOBRESTAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS QUE VERSEM SOBRE MATÉRIA IDÊNTICA ÀQUELA DEBATIDA NA SUPREMA CORTE.

POR FIM, A PORTARIA ESCLARECE QUE OS PROCESSOS QUE FOREM MANTIDOS SOBRESTADOS SOMENTE PODERÃO SER APRECIADOS PELO CARF APÓS DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO NO ÂMBITO DO STF.

OU SEJA, OS JULGAMENTOS NÃO PODERÃO SER RETOMADOS, APENAS, COM O JULGAMENTO OU PUBLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PELO STF, MAS TÃO-SOMENTE COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. ASSIM A MEDIDA EVITA QUE PROCESSOS SEJAM JULGADOS DE FORMA PRECIPITADA ANTES DE UMA DECISÃO FINAL NA JUSTIÇA.

A POSIÇÃO ADOTADA PELO CARF EM ACOMPANHAR O STF NO SOBRESTAMENTO DE MATÉRIAS, DEMONSTRA TOTAL CONSONÂNCIA COM A RACIONALIZAÇÃO DO TRÂMITE PROCESSUAL E AS DECISÕES PROFERIDAS

(ii) DO MÉRITO

O Recorrente aduz que as provas que corroboram o direito alegado estão contidas nos documentos apresentados em sede de Impugnação e que devem ser mantidas neste Recurso Voluntário.

(iii) CONCLUSÃO

À VISTA DE TODO EXPOSTO, DEMONSTRADA A INSUBSISTÊNCIA E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO FISCAL, ESPERA E REQUER A RECORRENTE SEJA ACOLHIDO O PRESENTE RECURSO PARA FIM DE ASSIM SER DECIDIDO, CANCELANDO-SE O DÉBITO FISCAL RECLAMADO E O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO PROCESSO NOS TERMOS DA PORTARIA CARF Nº 001/2012, TENDO EM VISTA A REPERCUSSÃO GERAL DO RE 593.068.

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

É o Relatório.

Voto Vencido

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 COSMORAMA contra Acórdão nº 14-37.602 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Ribeirão Preto - SP que julgou procedente em parte o Auto de Infração – AIOP nº 51.013.431-9, no valor de R\$ 1.544.037,49, referente aos códigos de levantamento:

(i) GL – GLOSA VRS COMPENSADOS MS - contendo contribuições consideradas declaradas em GFIP e glosadas pela fiscalização, relativos a rubricas constantes de processos judiciais, de 10/2010 a 02/2011, competências 10/2010 a 02/2011;

(ii) MI – MULTA ISOLADA - multa isolada no percentual de 150%, aplicada sobre valores compensados, com falsidade, relativos a processo judicial - mandado de segurança, competências 10/2010 a 03/2011;

(iii) OU – GLOSA DE COMPENSAÇÃO NÃO JUSTI - glosa de compensações não justificadas, competências 04/2009 a 09/2010.

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

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;*

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 sequência, 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);

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);

Cumpra-se 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.

“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.”

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.

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 CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(i) Em Preliminar - do sobrestamento do Recurso Voluntário - STF - Repercussão Geral em RE 593.068 - Portaria CARF nº 01/2012 - sobrestamento

Analisemos.

A Recorrente requer o sobrestamento do Recurso Voluntário em função do Recurso Extraordinário nº 593.068 tramitando no STF que ensejaria a aplicação do art. 62-A, § 1º, Anexo II do RICARF.

De plano, em consulta à página do STF, em 14.03.2014, (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2639193&numeroProcesso=593068&classeProcesso=RE&numeroTema=163#>) temos que o RE 593.068 (Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 40, §§ 2º e 12; 150, IV; 195, § 5º; e 201, § 11, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da exigibilidade de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade, tendo em vista a natureza jurídica de tais verbas) teve como último andamento processual estar concluso, em 14.01.2014, ao Relator Min. Roberto Barroso.

Ademais, além de ainda não ter havido o julgamento deste RE 593.068 no STF, **a Portaria CARF nº 545, de 18.11.2013, revogou os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009**, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF**:

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA No- 545, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2013

Altera o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002, resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1,

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

Autenticado digitalmente em 15/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 15/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 22/09/2014 por MARCELO M AGALHAES PEIXOTO, Assinado digitalmente em 30/09/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI
Impresso em 07/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

GUIDO MANTEGA

Diante do exposto, **não há que se sobrestar o presente Recurso Voluntário com fulcro no RE 593.068 do STF porque houve a revogação expressa dos parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II do regimento Interno do CARF.**

DO MÉRITO

(ii) DO MÉRITO

O Recorrente aduz que as provas que corroboram o direito alegado estão contidas nos documentos apresentados em sede de Impugnação e que devem ser mantidas neste Recurso Voluntário.

Analisemos.

De plano, a Recorrente não produz qualquer argumentação nova ou fato novo em relação ao anteriormente apresentado em sede de Impugnação, tampouco combate a decisão de primeira instância, apenas reitera o que foi deduzido em sede de Impugnação.

Neste sentido, a Recorrente, em sua CONCLUSÃO no Recurso Voluntário, apenas requer o sobrestamento do presente Recurso sem adentrar no Mérito, se atendo apenas aos argumentos deduzidos em Preliminar:

À VISTA DE TODO EXPOSTO, DEMONSTRADA A INSUBSISTÊNCIA E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO FISCAL, ESPERA E REQUER A RECORRENTE SEJA ACOLHIDO O PRESENTE RECURSO PARA FIM DE ASSIM SER DECIDIDO, CANCELANDO-SE O DÉBITO FISCAL RECLAMADO E O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO PROCESSO NOS TERMOS DA PORTARIA CARF Nº 001/2012, TENDO EM VISTA A REPERCUSSÃO GERAL DO RE 593.068.

Não obstante o requerimento da Recorrente se centrar expressamente apenas no sobrestamento do Recurso Voluntário, iremos enfrentar os principais argumentos reiterados da Impugnação que são suficientes para que se decida a controvérsia:

(ii.1) Da compensação

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, aponta o Relatório Fiscal:

-Mandado de Segurança nº 0008500-02.2010.4.03.6106, no qual a impetrante/Prefeitura Municipal de Cosmorama requereu 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, alegando tratar-se de valores com natureza indenizatória e, pois, compensatória, posto que não integram o salário do segurado para fins de aposentadoria.

Requereu, ainda, a impetrante a suspensão de exigibilidade da referida contribuição relativa ao período de 11/2005 a 11/2010 e subsequentes, até o trânsito em julgado do Mandado de Segurança, e determinação de que a União se abstivesse de impor sanções administrativas ao Município.

-Mandado de Segurança nº 0002019-86.2011.4.03.6106. Neste, o Município de Cosmorama, requereu as mesmas seguranças, porém, no que tange a verbas recebidas pelos segurados a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas e férias em pecúnia, salário educação, auxílio creche, auxílio doença e auxílio acidente (15 dias de afastamento), abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno; desta feita, relativos ao período de 03/2006 a 03/2011 e subsequentes.

Ocorre, porém, que o pedido para concessão de MEDIDA LIMINAR relativo ao processo 0008500-02.2010.4.03.6106, foi DEFERIDO PARCIALMENTE, suspendendo a exigibilidade das contribuições previdenciárias apenas sobre o terço constitucional de férias.

Inconformado, o órgão público em pauta impetrou AGRADO DE INSTRUMENTO solicitando a extensão da decisão inicialmente proferida a seu favor, também para a rubrica de HORAS EXTRAS, objetivando, assim, o deferimento total do

Mandado de Segurança em questão. Em 01/02/2011, foi NEGADO SEGUIMENTO ao recurso.

Quanto ao processo 0002019-86.2011.4.03.6106, nos termos da Certidão datada de 08/08/2011, foi postergada a apreciação do pedido liminar para a sentença.

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.

Outrossim, examinando-se o andamento processual dos Mandados de Segurança, em 14.03.2014, no site do TRF 3 (<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>):

- MS nº 0008500-02.2010.4.03.6106 - se encontra no TRF 3 para processar e julgar o Recurso - em 05/04/2013;

- MS nº 0002019-86.2011.4.03.6106 - se encontra no TRF 3 para redistribuição por sucessão - em 24/10/2013;

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

(ii.2) Das verbas indenizatórias

Analisemos.

Em relação ao requerimento da Recorrente de que as provas que corroboram o direito elencado estarem contidas nos documentos apresentados em sede de Impugnação, essas 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.

(ii.3) Da inaplicabilidade da multa isolada de 150%

Analisemos.

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).

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.

(ii.4) Da prescrição - art. 168, I, CTN e LC nº 118/2005

Analisemos.

2035: A decisão de primeira instância neste aspecto, assim se posicionou às fls.

A impugnante pretende a aplicação do prazo de dez anos para pedir a restituição ou realizar a compensação de indébitos de tributos sujeitos a lançamento por homologação, baseada em jurisprudência do STJ e STF (RE nº 566.621, com repercussão geral), implicando a regularidade das compensação efetuadas com os débitos previdenciários.

A rigor, este tópico revela-se prejudicado, diante da fundamentação já exposta anteriormente, quanto à decisão pela improcedência das compensações realizadas e pela conseqüente glosa integral. Se não havia o que compensar, nem se examina a prescrição.

Ora, a Recorrente não se insurgiu contra esta decisão de primeira instância, a qual também considero a discussão da prescrição prejudicada pelo fato de que não restava nada a compensar em função da decisão dos tópicos anteriores.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(ii.5) Da Representação Fiscal para Fins Penais - RFFP

Analisemos.

Em relação à emissão da Representação Fiscal para Fins Penais, o CARF não é competente para se pronunciar sobre as controvérsias referentes a esta Representação, nos termos da Súmula nº 28 do CARF:

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

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 demais questões, rejeitar a Preliminar de sobrestamento do Recurso Voluntário e, no MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

Voto Vencedor

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

Não obstante a plausibilidade dos argumentos expedidos pelo Ilmo. Conselheiro relator, tenho por discordar no ponto que toca à aplicação da multa de 150%.

Conforme consta no relatório fiscal, aplicou-se a multa de ofício prevista no art. 89, da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei 11.941/09.

Há de se ter em mente que a penalidade disposta no art. 89, parágrafo 10, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei n. 11.941/09, não pode ser aplicada como regra de presunção de falsidade na declaração, da forma que ocorreu. O artigo fala que na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, esse dispositivo deve ser observado com parcimônia.

A falsidade da declaração deve ser entendida quando não haja qualquer fundamento ao pleito do contribuinte, principalmente no que concerne à inexistência do fato gerador, total ou parcial.

No caso dos autos observa-se uma peculiaridade, o contribuinte já era possuidor de uma decisão que confirmava, mesmo que parcialmente, sua tese exposta nos Mandados de Segurança.

É desproporcional e nada razoável a interpretação do dispositivo do art. 89 da Lei 8.212/91 como mero erro ou omissão. Repita-se deve ser entendido como falsidade da materialidade do crédito a ser compensado, o que *in casu*, não ocorreu e demanda análise do mérito da causa.

Outrossim, toda a operação fora realizada de forma transparente, sem ter ocorrido qualquer embaraço à fiscalização. Este é o entendimento da doutrina, conforme se percebe das lições de Karem Jureidini Dias, *in verbis*:

Não podemos ignorar, também, que existem situações impeditivas da qualificação da conduta fraudulenta do contribuinte. Ou seja, ainda que haja provas da fraude, existem contraprovas suficientes a descaracterizá-la. Vislumbramos esta situação quando há adequada contabilização das operações do contribuinte, e a respectiva demonstração de todos os lançamentos contábeis relacionados à suposta infração, que são colocados à disposição do Fisco, por meio de disponibilização dos livros e registros contábeis do contribuinte, que contém tais informações. (DIAS, Karem Jureidini. A prova da Fraude. A prova no processo tributário. NEDER, Marcus Vinicius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. FERRAGUT, Maria Rita (Coord.). São Paulo: Dialética, 2010, p. 331.)

Nesse mesmo sentido é a jurisprudência deste Conselho em casos similares:

(...)
MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. INAPLICABILIDADE. INOCORRÊNCIA DE FRAUDE. Nos lançamentos de ofício para constituição de diferenças de tributos devidos, não pagos e 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 o 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 houve dolo por parte do contribuinte, logo incabível a aplicação da multa qualificada.

(...)
(CARF. Primeira Seção. Processo 16561.000222/2008-72. Sessão de 21/10/2011. Relator(a) Antonio José Praga de Souza, Acórdão 1402-000.802)

(...)
SIMULAÇÃO E MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA - A simulação, por si só, não é causa autorizadora da aplicação da multa qualificada, nos termos do inciso II, do artigo 44, da Lei nº 9.430, de 1996, para o qual é necessária a caracterização de

sonegação, fraude ou conluio com a identificação de evidente intuito de fraude. O elemento doloso não está contido na caracterização da simulação, para efeitos penais-tributários. Preliminares rejeitadas. Recurso parcialmente provido. Primeiro Conselho de Contribuinte, Processo 11080.009150/2004-94, Sessão de 23/04/2008, Relatora Heloísa Guarita Souza, Acórdão 104-23129)

Destarte, repita-se, não há como falar em falsidade na declaração, em razão do contexto fático ora analisado.

CONCLUSÃO

Nestes termos, voto por dar parcial provimento ao recurso voluntário para afastar a aplicação da multa isolada.

Marcelo Magalhães Peixoto