



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10280.721624/2019-37
ACÓRDÃO	2402-013.107 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	13 de agosto de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	LIDER COMERCIO E INDUSTRIA LTDA.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2016 a 31/12/2016

DESPACHO DECISÓRIO. DISCRIMINAÇÃO DOS MOTIVOS DA GLOSA DA COMPENSAÇÃO INDEVIDA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, relativamente a despacho decisório que tenha baseado seus fundamentos em relatório elaborado pela Fiscalização, com motivação das causas da glosa da compensação indevida. Não há que se falar em nulidade do despacho decisório que foi devidamente motivado, com observância dos pressupostos do ato administrativo, nos moldes da legislação de regência.

COMPENSAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. GLOSA DE COMPENSAÇÃO

A compensação de crédito oriundo de decisão judicial somente pode ser efetuada após o trânsito em julgado da respectiva sentença, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN.

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte acrescidos de juros e multa. Cabe à interessada a comprovação da natureza do seu crédito a ser compensado, bem como a sua liquidez e certeza, conforme determina o art. 170 do CTN.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 01/09/2016 a 31/12/2016

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRIMEIRA INSTÂNCIA. POSICIONAMENTOS JUDICIAIS PACIFICADOS. VINCULAÇÃO AUTOMÁTICA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVAS.

Não há vinculação automática às decisões processadas no rito da repercussão geral ou do recurso repetitivo, sendo necessário, portanto, manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre a forma de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda ou de comunicado da PGFN à Receita Federal, nos termos da Portaria PGFN/RFB nº 1, de 12 de fevereiro de 2014. Enquanto a Procuradoria da Fazenda Nacional não se manifesta oficialmente, as decisões de primeira instância no âmbito do Processo Administrativo Fiscal são pautadas pelas provas existentes nos autos e em sua consonância com as legislações tributária e previdenciária.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE E RECURSO VOLUNTARIO. EFEITOS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

A interposição de Manifestação de Inconformidade tempestiva ou de recurso voluntário também tempestivo, em razão da não-homologação da compensação, suspende a exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, III, CTN).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário interposto, não apreciando matéria objeto de ação judicial com mesma temática, para afastar, na parte conhecida, as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhe provimento.

Assinado Digitalmente

Marcus Gaudenzi de Faria – Relator

Assinado Digitalmente

Rodrigo Duarte Firmino – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Francisco Ibiapino Luz (substituto integral), Gregório Rechmann Junior, João Ricardo Fahrion Nüske, Luciana Vilardi Vieira de Souza Mifano, Marcus Gaudenzi de Faria e Rodrigo Duarte Firmino (presidente)

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto contra o resultado do Acórdão 16-92.709 da 14ª Turma da DRJ/SPO que julgou improcedente a manifestação de inconformidade em face ao Despacho Decisório nº818 - DRF/BEL/Seort (fls.142/155), que não homologou compensação em Guia de Recolhimento de Fundo de Garantia pelo Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, realizada pela empresa acima identificada, relativamente as competências 09/2016, 10/2016 e 12/2016.

Por bem narrar os fatos, repito dados do relatório do voto condutor do acórdão da DRJ:

I – Do Despacho Decisório

2. Em 18/07/2019 foi emitido o Despacho Decisório nº 818-DRF/BEL/Seort (fls.142/155, o qual concluiu em NÃO HOMOLOGAR as compensações realizadas pelo sujeito passivo nas GFIP's (09/2016, 10/2019 e 12/2019), uma vez que não ficou demonstrado pelo Requerente, mediante documentos comprobatórios a liquidez e a certeza do crédito utilizado para realizar a compensação da contribuição previdenciária com valores oriundos de parcelas que, eventualmente, não integram a remuneração do segurado, conforme determinam os arts. 170 e 170 - A, ambos do CTN c/c o art. 89 da Lei 8.212/91.

2.1. De acordo com o Despacho Decisório, os valores indevidamente compensados foram informados nas GFIP's (09/2016 a 12/2016), conforme demonstrado no relatório, no montante original de R\$ 8.179.600,00

No despacho a autoridade lançadora apresenta quadros demonstrativos com as declarações que foram consideradas para a análise das compensações realizadas

II – Da Manifestação de Inconformidade

3. A empresa foi cientificada do Despacho Decisório nº 818 - DRF/BEL/Seort, em 08/08/2019 (fl. 167 – abertura de caixa postal), apresentando Manifestação de Inconformidade e documentos

(procuração, OAB do procurador, RG's dos Administradores da empresa, contrato social, cópias dos Mandados de Segurança e Decisões Judiciais), em 05/09/2019, com as alegações que seguem adiante.

= Tempestividade e Suspensão da Exigibilidade

3.1. A Manifestante teve ciência do despacho decisório em 09/08/2019 (sexta-feira), sendo, portanto, tempestiva a presente impugnação, eis que o prazo findar-se-ia em 10/09/2019 (terça-feira).

3.2. Com base no que dispõe o art. 74, § 11º da Lei 9.430/96 c/c o art. 151, III do CTN, fica evidente a necessidade de suspensão da exigibilidade dos créditos tributários (transcreve jurisprudência).

= Dos Fatos

3.3. Informa que as compensações efetuadas, e que são objeto da presente discussão, referem-se unicamente sobre as seguintes rubricas: 1 – 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente); 2 – Adicional de férias de 1/3 (um terço); 3 – Aviso prévio indenizado; 4 – 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado.

3.3.1. O valor considerado exigível nos presentes autos,

inquestionavelmente, estão acobertados e são originários de créditos obtidos por decisões proferidas em ações judiciais propostas pela Manifestante: Mandado de Segurança nº 1010763.2009.401.3900 e Mandado de Segurança nº 002228-43.2014.401.390.

3.3.2. Com efeito, o despacho decisório ora combatido foi elaborado à margem da Constituição Federal, da legislação atinente, e com fundamento na IN 1300/2012, já há tempos revogada, conforme ficará amplamente explanado na presente Manifestação.

I - Preliminarmente

= Das Nulidades do Despacho Decisório – Processo com Trânsito em Julgado

3.4. Suscita a nulidade do despacho decisório, uma vez que está eivado de vício na constituição e justificação do crédito tributário, o que, sem sombra de dúvidas, prejudica a defesa da Manifestante.

3.4.1. Afirma que a autoridade administrativa considerou compensações efetuadas como indevidas, pois não possuem decisão com trânsito em julgado. Tal assertiva é totalmente infundada, tendo em vista que

o mandado de segurança nº 00222843.2014.401.3900, ajuizado com o objetivo do não recolhimento das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a seus empregados a título de adicionais de horas-extras, noturno, periculosidade, insalubridade, de transferência, aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado, transitou em julgado em 14/12/2016.

3.4.2 Concluiu pela nulidade do despacho com base no art. 59, II c/c o art. 10, III, ambos do Decreto 70.235/72 (preterição do direito de defesa e ausência da descrição do fato).

Da Nulidade do Despacho Decisório por Violação de Motivação

3.5. Alega que o despacho decisório não foi motivado, pois não observou aos art. 2 e art.50, ambos da Lei 9.784/99, razão pela qual deve ser declarado nulo.

II - Mérito

= Do Direito

3.6. Os créditos tomados são absolutamente legais, tendo em vista a manifesta existência de pagamentos a título da contribuição previdenciária a maior por longo período, porquanto o fisco sempre exigiu parcelas indevidas das contribuições em tela, a despeito da jurisprudência favorável a Manifestante pacificada nos Tribunais Superiores, quais sejam, aquelas incidentes sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), a título do 1/3 (um terço) constitucional de férias, aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado (transcreve parcialmente o Resp 1322945/DF).

3.6.1. Transcreve o art. 66, §§ 1º a 4º da Lei 8.383/91 com o fim de esclarecer que não há exigência de prévia autorização da Receita Federal para a realização da compensação (transcreve parcialmente jurisprudência), ou seja, a empresa agiu de forma

correta e sem violação ao art. 170 - A do CTN, pois tal regra foi dirigida ao Poder Judiciário e não ao contribuinte.

= Não Incidência das Contribuições Debatidas

3.7. Ao longo de muitos anos, a Administração Pública exigiu da Manifestante a contribuição social previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do

funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como, a título de adicional de férias de 1/3 (um terço), aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado (art. 22, I da lei 8.212/91 c/c o art. 150, I da CF).

= Da Contribuição Previdenciária Patronal

3.8. Discorre sobre o art. 195 da CF, bem como o art. 22, I da lei 8.212/91 e os arts. 51, 52, 57 e 72, todos da IN RFB 971/2009 Transcreve em suas alegações, parcialmente, a ADIN 1.659-6. Ademais, argumenta que há inegável ofensa ao princípio da legalidade (art. 150, I da CF) – exigir o recolhimento da contribuição previdenciária sobre valores pagos em situação que não existe remuneração por serviço prestado: a) importâncias pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou auxílio-acidente), b) aviso prévio indenizado e o reflexo do 13º salário, e c) importâncias pagas a título de adicional de férias de 1/3 (um terço). =

Dos 15 (quinze) Primeiros Dias de afastamento dos Funcionários Doentes e/ou Acidentados

3.9. A Fiscalização à margem da razoabilidade, legalidade e bom senso, exige a contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos pela Manifestante nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento de seus funcionários doentes ou acidentados, valendo-se da expressão "salário", na parte final do parágrafo 3 do art. 60 da Lei 8.213/91. Porém, o trabalhador doente ou acidentado não está prestando serviço algum – nem de modo efetivo, nem de forma potencial – sendo certo que o valor a este pago pela empresa pré-concessão de benefício previdenciário não se insere na hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91 (transcreve jurisprudência do STJ).

3.9.1. De fato, quando são pagos os valores em debate, não se está retribuindo trabalho algum, não se realizando no mundo físico a hipótese legal prevista, devendo tais valores ser afastados da autuação.

- Do Terço Constitucional de Férias, Aviso Prévio Indenizado e a Parcela do 13º Salário.

3.10. Na verdade, de acordo com o que já foi exaustivamente exposto, a hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como, sua base de cálculo, dizem respeito exclusivamente aos valores pagos, destinados a retribuir um trabalho feito ou potencial, o que não é o caso,

pois no que se refere ao adicional constitucional de 1/3 (terço) de férias, assim como as demais contribuições supra citadas, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também é pacífica quanto a não incidência da contribuição previdenciária patronal.

3.10.1. Quanto ao aviso prévio indenizado e o reflexo na parcela do 13º salário, devidamente comprovado através da certidão de trânsito em julgado ora carreada a presente impugnação, resta evidente que sequer foi analisada pela equipe de fiscalização, antes da formalização do despacho decisório.

3.10.2. Portanto, não tendo tais pagamentos sido eleitos pelo legislador infraconstitucional como hipótese tributária da contribuição previdenciária patronal, deve ser afastado o despacho decisório e a cobrança sobre tais verbas, uma vez demonstrado que são manifestamente indevidas.

- Do Pagamento Indevido. Direito a Recomposição da Parcela Indevidamente Recolhida

3.11. Em decorrência da não-incidência da Contribuição Social sobre os pagamentos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título do adicional de férias de 1/3 (um terço), aviso prévio indenizado e a respectiva parcela do 13º salário; e tendo em vista o regular recolhimento da exação com a inclusão de tais valores por longo período, verifica-se o pagamento indevido do tributo ora guerreado, o que dá ensejo à sua devolução (art.165, I do CTN).

3.11.1. Aliás, negar esta possibilidade seria admitir o enriquecimento ilícito do ente tributante, ou seja, seu acréscimo patrimonial sem lastro em qualquer fundamento jurídico. Olvidar tal situação é desmerecer os princípios e garantias conferidos pela Carta Magna, em especial o do não confisco (art. 150, IV da CF), e desconsiderar o quanto disposto também em legislação infraconstitucional, em especial os artigos 884 a 886 do Código Civil.

3.11.2. Portanto, não há que se falar em glosa da compensação, enquanto modalidade de restituição dos valores recolhidos indevidamente facultado à contribuinte, ainda considerando a higidez dos créditos tomados pela Manifestante, nos termos da legislação aplicável.

- Da Possibilidade de Compensação antes do Trânsito em Julgado – Precedente

3.12. Alega que muito embora, em um dos processos, tenha exigido o trânsito em julgado da decisão judicial a qual reconheceu o direito à compensação, é oportuno destacar o precedente proferido pelo CARF a respeito da possibilidade de mitigar o preceito contido no artigo 170- A do CTN (Acórdão 3402005.025).

3.12.1. Portanto, uma vez que o STF já firmou entendimento pacífico em rito de precedentes, é incompatível o entendimento que possa a vir forçar o contribuinte a propor uma ação judicial para que seja concedido o seu direito à compensação, sujeitando-o a toda a morosidade que é inerente a essa via, e a uma possível decisão divergente ao precedente.

- Da Aplicação do Recurso Representativo da Controvérsia – Repetitivo – art. 1036 do CPC

3.13. As circunstâncias em que o empregado – acidentado, doente, aviso prévio indenizado e a parcela do 13º salário – não está, obviamente, prestando serviços nem se encontra à disposição da empresa, foram julgadas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp nº 1.230.957/RS.

3.13.1. Como o referido recurso foi julgado pela sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil - RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA ("Repetitivo"), o referido aresto vincula todos os Tribunais de 2ª Instância, bem como os Juízos de 1º grau, a Secretaria da Receita Federal do Brasil (Parecer PGFN/CDA/CRJ/ N 396/2013), a Procuradoria da Fazenda Nacional (Lei n. 10.522/2002, artigo 19, inciso V), além deste Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Portaria MF nº 256/2009, artigo 62-A), devendo a decisão em tela ser plenamente observada e cumprida.

3.13.2. Assim, forte no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, a Manifestante, procedeu à compensação dos respectivos valores – recolhidos nos últimos cinco anos (e eventualmente no curso da demanda), de acordo com a exegese dos artigos 165, inciso I, e 168, inciso I, ambos do CTN - com débitos próprios (transcreve parcialmente julgado - Embargos de Divergência no Resp 78.301/BA).

3.13.3. Destaca que se constata a existência de decisão favorável transitada em julgado, e existente precedente judicial em sede de repetitivo ou repercussão geral sobre a matéria, é o mesmo que violar as

garantias fundamentais do contribuinte, como a razoável duração do processo e celeridade processual.

III – Dos Pedidos

4. Ante todo o exposto, restando demonstrada:

4.1. a não-incidência da contribuição social previdenciária patronal pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados (de modo efetivo ou potencial), quais sejam, os referentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como, a título de adicional de férias de 1/3 (um terço), aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado;

4.2. a existência de crédito da Manifestante, decorrente dos pagamentos realizados a maior da contribuição a tais títulos, amparada por decisão transitada em julgado;

4.3. o direito da Manifestante de reaver os valores indevidamente recolhidos (créditos) sob forma de compensação ou de suspender o recolhimento da parcela amparada pela decisão judicial;

4.4. a efetivação da compensação com débitos próprios, vincendos, da mesma contribuição;

4.5. a regularidade da compensação efetuada, à luz das normas que regem a matéria;

4.6. a aplicação do Recurso Repetitivo – art. 1036, do CPC; e

4.7. o reconhecimento que a Manifestante prestou todos os esclarecimentos solicitados pela Autoridade Fiscal.

5. É medida de direito, data máxima vênica, seja acolhida a presente Manifestante, preliminarmente, anulando-se o despacho decisório por preterição ao direito de defesa, ou por violação da motivação dos atos administrativos, do contraditório, ou, subsidiariamente, no mérito, determinando-se a anulação do despacho decisório — DRF/SAORT nº 818 — DRF/BEL/Seort — processo nº 10280.721624/2019-37, por sua insubsistência, ensejando, assim, a convalidação da compensação efetuada, inexistindo tributo ou qualquer cominação que dele advenha a ser recolhido, ainda que em parte, pela contribuinte.

6. A fl.426 os autos foram enviados ao SERET-DRJ-SPO-SP para apreciação do presente processo, conforme atesta o despacho de encaminhamento, datado em 19/12/2019.

Do Acórdão Recorrido

Em sessão de 3 de março de 2020, a 14ª turma da DRJ SP julgou a manifestação de inconformidade improcedente, sendo assim ementada a decisão:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/09/2016 a 31/12/2016

DESPACHO DECISÓRIO. DISCRIMINAÇÃO DOS MOTIVOS DA GLOSA DA COMPENSAÇÃO INDEVIDA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.

Não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, relativamente a despacho decisório que tenha baseado seus fundamentos em relatório elaborado pela Fiscalização, com motivação das causas da glosa da compensação indevida.

Não há que se falar em nulidade do despacho decisório que foi devidamente motivado, com observância dos pressupostos do ato administrativo, nos moldes da legislação de regência.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. PRIMEIRA INSTÂNCIA. POSICIONAMENTOS JUDICIAIS PACIFICADOS. VINCULAÇÃO AUTOMÁTICA. NÃO OCORRÊNCIA. PROVAS.

Não há vinculação automática às decisões processadas no rito da repercussão geral ou do recurso repetitivo, sendo necessário, portanto, manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional sobre a forma de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda ou de comunicado da PGFN à Receita Federal, nos termos da Portaria PGFN/RFB nº 1, de 12 de fevereiro de 2014. Enquanto a Procuradoria da Fazenda Nacional não se manifesta oficialmente, as decisões de primeira instância no âmbito do Processo Administrativo Fiscal são pautadas pelas provas existentes nos autos e em sua consonância com as legislações tributária e previdenciária.

MANIFESTAÇÃO DE INCONFORMIDADE. EFEITOS. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

A interposição de Manifestação de Inconformidade tempestiva em razão da não-homologação da compensação, suspende a exigibilidade dos créditos tributários (art. 151, III, CTN).

INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA. VEDAÇÃO.

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.

PRODUÇÃO DE PROVAS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

A apresentação de documentos, no contencioso administrativo, deve ser feita juntamente com a Manifestação de Inconformidade, com observância das determinações previstas no Decreto nº 7.574/2011.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2016 a 31/12/2016

COMPENSAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. GLOSA DE COMPENSAÇÃO

A compensação de crédito oriundo de decisão judicial somente pode ser efetuada após o trânsito em julgado da respectiva sentença, a teor do disposto no artigo 170-A do CTN. Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte acrescidos de juros e multa. Cabe à interessada a comprovação da natureza do seu crédito a ser compensado, bem como a sua liquidez e certeza, conforme determina o art. 170 do CTN.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

O contribuinte foi cientificado da decisão em 10/08/2020 e, em 09/09/2020 apresentou seu recurso voluntário, trazendo, em resumo, os seguintes questionamentos:

Pugna pela tempestividade e consequente suspensão da exigibilidade dos valores cobrados:

Preliminar

Traz preliminar de nulidade alegando que ocorrera o trânsito em julgado dos créditos compensados.

Alega que o Despacho Decisório está fundamentado em meros indícios , cerceando o direito de defesa e questiona a descrição dos fatos imputados.

Pleiteia pela suspensão do julgamento em face da pendência de publicação de acórdão sobre terço constitucional de férias e salário educação (que na visão do recorrente impactam no presente litígio)

Do Mérito

Alega que o artigo 66 da Lei 8383/91 lhe possibilitaria realizar a compensação antes do trânsito em julgado dos processos já mencionados.

Discorre sobre a não incidência de contribuição previdenciária nas seguintes rubricas componentes da remuneração de seus segurados:

- 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente),
- a título de férias
- adicional de férias de 1/3e
- aviso prévio indenizado.

Entende assim, reconhecido tratar-se de pagamento indevido, que lhe seria de direito restituir ou compensar os valores, dado que indevidamente recolhidos.

DA APLICAÇÃO DO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA REPETITIVO - ART. 1036 DO CPC.

Considera imprescindível esclarecer-se que a não-incidência da contribuição previdenciária patronal sobre tais verbas resta inequívoca, seja diante da análise da hipótese de incidência aplicável ao caso, seja diante do assentado no julgamento do RESP no 1.230.957/RS, apreciado sob a sistemática do artigo 1.036, sendo afetado pelo julgamento do REX 1.072/485/PR **que aguarda a publicação do acórdão para confirmação da modulação dos efeitos e cujo decisão deve ser obedecida** por força do disposto no artigo 62-A do Regimento Interno do CARF

Discute acerca da possibilidade de compensação antes do trânsito em julgado das ações que possui.

E. por fim, demanda que a administração pública não aplique entendimento manifestamente inconstitucional.

Sem manifestação da Procuradoria da Fazenda Nacional

É o relatório

VOTO

Conselheiro Marcus Gaudenzi de Faria, Relator:

O Recurso voluntário apresentado é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser parcialmente conhecido.

Do conhecimento Parcial

Consideração inicial que fundamenta o julgamento do acórdão recorrido:

Antes da análise das alegações apresentadas em sede de Manifestação de Inconformidade, cabe registrar que, em sede de defesa, a empresa informa que as compensações efetuadas (Tópico: III – Dos Fatos, fls.173/175), referem-se unicamente as seguintes rubricas:

- 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio acidente);
- adicional de férias de 1/3 (um terço); e
- aviso prévio indenizado e 13 salário proporcional ao aviso prévio indenizado.

Aduz, ainda, as suas informações que o valor exigido no presente processo são originários dos créditos obtidos por decisões judiciais referentes aos seguintes Mandados de Segurança:

- **MS n. 10107-63.2009.401.3900:**
impetrado com o fim do não recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos a seus empregados à título **dos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado**

(antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio acidente), bem como, a título de salário maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço), atualmente referida ação encontra-se sobrestada até o julgamento do paradigma (tema 985 – STF - 1072485); e

• MS n. 0022028-43.2014.401.3900:
impetrado com o fito do não recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas pagas aos seus empregados no que toca as horas-extras, noturno, periculosidade, insalubridade, transferência, aviso prévio indenizado e do 13 do salário proporcional ao aviso prévio indenizado, com trânsito em julgado na data de 14/12/2016.

Trazida tal questão ao processo, entendo necessário segmentar a avaliação dos temas

Das matérias não conhecidas por Renúncia à via administrativa

- 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente),
- a título de férias
- adicional de férias de 1/3 e
- aviso prévio indenizado.

Entende assim, reconhecido tratar-se de pagamento indevido, que lhe seria de direito restituir ou compensar os valores, dado que indevidamente recolhidos.

Neste aspecto, socorro-me dos conhecimentos do conselheiro Gregório Rechmann Junior, que, no recente acórdão 2402-012.969,

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

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. Súmula Carf nº 1

Ocorre que as matérias em destaque, que se resumem – ao fim e ao cabo – à alegação de não incidência / isenção da contribuição previdenciária sobre determinadas verbas salariais, foram levadas ao crivo do poder judiciário pela própria Contribuinte. Tem-se, assim, que a lide objeto do presente processo administrativo em relação aos tópicos do apelo recursal da Contribuinte aqui destacados corresponde exatamente àquela referente à ação judicial interposta pela Recorrente, razão pela qual a decisão proferida na esfera judicial necessariamente espalhará seus efeitos para este processo administrativo fiscal. Não pode a Administração Tributária, por seu contencioso administrativo, imiscuir-se em matéria decidida (ou ser decidida) pelo Poder Judiciário, pois cabe a este tutelar a Administração, e não o inverso

Das preliminares trazidas

Foram apontadas as seguintes Nulidade do Lançamento alegando trânsito em julgado de ação que lhe é favorável, Fundamentação da Decisão e Cerceamento de Defesa, assim enfrentados no voto condutor do acórdão recorrido

9. Alega que o despacho decisório é nulo, pois está eivado de vício em sua constituição e justificativa do crédito tributário, pois o MS n. 0022028-43.2014.401.3900 transitou em julgado em 14/12/2016, além do que deixou de apurar os valores cuja suspensão do recolhimento está amparada pela decisão judicial (art. 59, II c/c o art. 10, III, ambos do Decreto 70.235/72), além do que não se encontra devidamente motivado (arts.2º e 50, ambos da Lei 9.784/99).

9.1. A alegação acima não tem o condão de anular o despacho decisório, não se verificando no caso em tela qualquer hipótese de nulidade:

a) despacho decisório proferido por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa; e

b) despacho decisório sem motivação.

9.2. Melhor esclarecendo, o despacho decisório na parte do seu relatório discriminou os CNPJ's, o FPAS 515, os números de controle das GFIP's, código de recolhimento (115), as competências (09/16, 10/16 e 12/16) e os valores de cada compensação, que foram declaradas indevidamente nas GFIP's, em seguida, fundamentou a glosa da compensação (**art.170 e art.170 – A, ambos do CTN c/c o art. 89 da Lei de Custeio**), com análise da documentação fornecida pela empresa.

9.3. E mais, conforme se depreende da documentação constante nos autos e do despacho decisório, transcrito acima parcialmente, a empresa foi intimada a apresentar informações e/ou provas do seu suposto crédito (fls.06/10). Em resposta a referida intimação, a Manifestante informou que os créditos tinham como origem as decisões judiciais proferidas nos autos dos **MS's nº. 10107-63.2009.401.3900 e nº. 0022028-43.2014.401.3900**), conforme se constata nos documentos fornecidos pela contribuinte (fls. 15/141). Frisa-se que durante o procedimento fiscal não se localizou documentação com discriminação dos alegados valores recolhidos indevidamente por competência e verbas correspondentes.

9.4. Vale esclarecer, mais uma vez, que o Mandado de Segurança nº. **10107-63.2009.401.3900 (quinze primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado e adicional de férias de um terço)**, ainda não transitou em julgado, conforme já demonstrado neste voto (itens 8 a 8.3), ou seja, a compensação foi realizada em desacordo com a lei, já que o suposto crédito (verba recolhida indevidamente), não observou ao que determinam os arts. 170 e 170 – A, ambos do CTN.

9.5. Já no que toca o Mandado de Segurança n. 0022028-43.2014.401.3900 (aviso prévio indenizado e o décimo terceiro correspondente), **somente transitou em julgado no dia 14/12/2016, o que nos leva a concluir que o contribuinte iniciou as compensações antes da decisão definitiva** (competências 09 a 10/2016), contrariando o art. 170 – A do CTN, além do que não ficou demonstrado, durante o procedimento fiscal, os valores recolhidos indevidamente antes do trânsito em julgado correspondente a verba considerada pelo Poder Judiciário como não integrante do salário de contribuição (aviso prévio indenizado), o que asseguraria a liquidez e certeza do crédito que a Manifestante alega ter direito (art.170 do CTN).

9.6. Feitas as considerações acima, entende-se que não houve violação aos incisos VII e VIII do art. 2º c/c o §1º do art. 50, ambos da Lei 9.784/99, pois no despacho decisório há indicação dos pressupostos de fato e de direito que o determinaram (compensações realizadas indevidamente em GFIP/inobservâncias aos art. 170 e 170 – A, ambos do CTN c/c o art.89 da lei 8.212/91), sendo dada oportunidade a empresa a apresentar a origem do seu crédito.

9.7. Da mesma forma, no que toca a nulidade suscitada pela empresa (art. 10, III c/c art. 59, II, ambos do Decreto 70.235/72), verifica-se que não há preterição ao direito de defesa da empresa, pois o despacho decisório

encontra-se devidamente fundamentado, com a descrição dos fatos e motivos da glosa da compensação, sendo dada oportunidade a Manifestante de apresentar defesa e documentos que entendesse necessários, que assim o fez (fls. 170/423), contudo, não foram suficientes para demonstrar a legalidade das compensações efetivadas (09/16, 10/16 e 12/16).

9.8. Desta forma, ao contrário do que foi alegado pela empresa, conclui-se que o despacho decisório encontra-se devidamente motivado de forma clara e precisa (fls. 142/155), inexistindo preterição ao direito de defesa da Manifestante, razão pela qual rejeita-se o pedido de nulidade.

Observa-se que os principais argumentos trazidos pelo recorrente já foram enfrentados pelo julgador de piso, sem qualquer reparo deste relator.

No que tange ao pedido para suspensão do julgamento, em decorrência do aguardo da publicação do acórdão de tema repetitivo acerca da modulação de efeitos do 1/3 constitucional de férias, entendo que não assiste razão ao recorrente.

Vejamos: O Despacho Decisório não discute se quaisquer das rubricas que foram objeto de questionamento judicial pelo ora recorrente são ou não base de cálculo(questão de mérito) – para incidência de contribuição previdenciária.

O fundamento do lançamento está explícito no texto do Despacho Decisório:

19. Concluindo, não se pode confirmar as compensações com créditos oriundos de pagamentos realizados indevidamente, pois não foram apresentados documentos comprobatórios ou justificativas que atestem a compensação da contribuição previdenciária com valores oriundos de parcelas que não integram a remuneração, **bem como para que haja aproveitamento de créditos objeto de contestação judicial é mister a comprovação do trânsito em julgado da ação , conforme determina o art. 170-A da Lei 5.172/66 – Código Tributário Nacional.**

O cerne da não confirmação das compensações realizadas em GFIP em como argumento principal o fato de que o recorrente não poderia fazê-lo antes do trânsito em julgado da ação que possuía.

Ou seja, não se debate neste processo se a rubrica 1/3 de férias é ou não tributável. Fosse este o objeto do Despacho, este julgamento deveria ser suspenso, para aguardar a publicação do acórdão vinculado ao Tema 985.

O que está em discussão é o fato de o contribuinte ter realizado compensações em GFIP utilizando-se de créditos que não gozavam de liquidez, posto a decisão judicial que lhes conferiria tal característica não estar transitada em julgado.

Do Mérito

Alega que o artigo 66 da Lei 8383/91 lhe possibilitaria realizar a compensação antes do trânsito em julgado

Traz alegação de Distinção entre a Compensação Prevista no artigo 66 da Lei nº 8.383/91 c/c art. 165 do CTN e a Disposta nos artigos 170 e 170-A do CTN Neste ponto, a Recorrente defende que os tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação — como é o caso da contribuição previdenciária patronal — podem e devem ser compensados pelo contribuinte independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do art. 66, da Lei n. 8.383/91, afastadas as regras infralegais editadas em sentido contrário.

Prossegue aduzindo que, como se não bastasse, a Lei nº 8.383/91, em seu art. 66, trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização.

Na sequência, defende que o art. 170 do Código Tributário — e seu apêndice, o artigo 170-A — deveriam ser reanalisados, sob a ótica do atual CPC

Conclui, assim, que não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170-A do CTN, pois o que está sendo postulado na presente demanda — repita-se — é a compensação no regime do lançamento por homologação (autolancamento), previsto no art. 66 da Lei n. 8.383/91

Vejamos como o Acórdão recorrido responde ao questionamento:

11.1. A empresa, durante o período ação fiscal, não logrou êxito em demonstrar a liquidez e certeza do seu crédito, já que as compensações foram iniciadas antes do trânsito em julgado (09/2016 a 12/2016) e sem a demonstração clara e precisa dos recolhimentos das contribuições previdenciárias que sustenta indevidos, conforme já demonstrado neste voto.

11.2. A compensação das contribuições previdenciária segue as regras previstas no art. 89 da Lei 8.212/91, vejamos:

Lei 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).

(...)

§ 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).

(...)

§ 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).

(grifos nossos)

11.5. Sendo assim, cabe registrar, mais uma vez, que em sede de defesa, a Manifestante não nega que as verbas que alega ter recolhido indevidamente, ainda, se encontram em discussão judicial (MS 10107-63.2009.401.3900), ou então, que iniciou a compensação antes do trânsito em julgado, **14/12/2016** (MS 0022028-43.2014.401.3900), contrariando, portanto, o art. 170 – A do CTN. E mais, não há nos autos comprovação que as verbas que sustenta como crédito utilizado para a compensação foram realmente recolhidas aos cofres públicos, logo, não há liquidez e certeza, exigência prevista no art. 170 do CTN.

Ora, tanto o Despacho Decisório quanto o acórdão trazem, de forma nítida a legislação de regência sobre o tema, não sendo permitida uma interpretação acerca do que a Lei traz com literalidade e simplicidade.

Impacta destacar que o controle contábil das compensações, tratado na Lei 8383/91 em hipótese alguma eximiu o contribuinte de observar os dispositivos mencionados na Lei Orgânica da Previdência Social e os determinados pelo CTN

DA APLICAÇÃO DO RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA REPETITIVO - ART. 1036 DO CPC.

O recorrente considera imprescindível esclarecer-se que a não-incidência da contribuição previdenciária patronal sobre tais verbas resta inequívoca, seja diante da análise da hipótese de incidência aplicável ao caso, seja diante do assentado no julgamento do RESP no 1.230.957/RS, apreciado sob a sistemática do artigo 1.036, sendo afetado pelo julgamento do REX 1.072/485/PR **que aguarda a publicação do acórdão para confirmação da modulação dos efeitos e cujo decisão deve ser obedecida** por força do disposto no artigo 62-A do Regimento Interno do CARF

Neste item em particular, a manifestação do recorrente traz o argumento de enfrenta. **Aguarda-se a publicação de acórdão, o que, de per se, afastaria a questão do debate, não fosse a Ordem para a suspensão dos Julgamentos que versam sobre o tema.**

O acórdão recorrido, nos tópicos de seu item 14, enfrentou o tema da aplicabilidade, analisando desta forma em relação ao caso concreto:

14. Argumenta que não há incidência da contribuição previdenciária patronal sobre as verbas pagas ao empregado acidentado, doente, em aviso prévio indenizado/ parcela do 13º salário da respectiva verba, pois não existe prestação de serviço, conforme assentado no julgamento do REsp nº 1.230.957/RS (sistemática do art. 1.036 do CPC), com vinculação a todos os Tribunais de Segunda Instância, bem como juízos de primeiro grau, a RFB, a Procuradoria da Fazenda Nacional e do CARF (Parecer PGFN/CDA/CRJ/N. 396/2013, art. 19, V da Lei 10.522/02 e art. 62-A do Regimento Interno do CARF).

14.1. O argumento acima não tem o condão de validar as compensações realizadas pela empresa em desacordo com o art. 170 e o art. 170 – A, ambos do CTN c/c o art. 89 da Lei 8.212/91, pelas razões que se passa a expor. Registra-se que não se desconhece a decisão, citada pela Manifestante, do Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.230.957-RS, na sistemática do recurso repetitivo, conforme entendimento da Nota PGFN/CRJ nº 640/2014, vejamos:

Nota PGFN/CRJ nº 640/2014

(...)

A presente manifestação consubstancia-se em Nota Explicativa, elaborada com o intuito de delimitar o conteúdo do Recurso Especial (RESP) nº 1.230.957/RS, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), na forma do art. 543-C do CPC, em atendimento ao preconizado na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01, de 12 de fevereiro de 2014.

2. Com efeito, a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014 previu, dentre outros aspectos, que seriam elaboradas, por parte da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), Notas Explicativas acerca dos julgamentos de matérias desfavoráveis à Fazenda Nacional, na sistemática prevista nos arts. 543-B e 543-C do Código de Processo Civil (CPC). Tais manifestações têm o intuito de delimitar a matéria decidida e prestar esclarecimentos e/ou orientações à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

3. É relevante mencionar que a Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014 foi editada para dar cumprimento ao disposto nos §§ 4º, 5º e 7º do art. 19, da Lei nº 10.522/2002, os quais preveem a vinculação da RFB, após expressa manifestação da PGFN, às decisões judiciais desfavoráveis à Fazenda Nacional proferidas em Recursos Extraordinários com Repercussão Geral (STF) ou em Recursos Especiais Repetitivos (STJ), nos casos em que os Procuradores da Fazenda Nacional estejam autorizados a não apresentar contestação e nem a interpor recursos. Ademais, as Notas Explicativas têm como finalidade subsidiar a aplicação, por parte RFB, do Parecer PGFN/CDA nº 2025/2011, o qual, vale registrar, foi um dos fundamentos da edição da referida Portaria Conjunta.

(...)

5. No presente caso, conforme se verá mais adiante, não obstante o RESP nº 1.230.957/RS ter sido parcialmente desfavorável à Fazenda Nacional, não é possível a inclusão dos temas na lista a que se refere o inciso V do art. 1º da Portaria nº 294/2010, em razão de se vislumbrar a possibilidade de reversão do entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Desse modo, a presente Nota Explicativa, além de delimitar o que ficou decidido no RESP nº 1.230.957/RS, tem apenas como intuito cumprir o disposto no art. 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014, informando à RFB a não inclusão de temas em lista de dispensa de contestar e recorrer.

6. Os recursos especiais existentes nos autos do RESP 1.230.957/RS, submetidos ao rito do art. 543-C do CPC, tratavam, em essência, da incidência de contribuição previdenciária, a cargo da empresa, no contexto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), sobre as seguintes verbas: a) terço constitucional de férias; b) salário-maternidade; c) salário-maternidade; d) aviso prévio indenizado; e) importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

7. Decidiu-se pela incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas atinentes ao salário-maternidade e ao salário-paternidade. Quanto à incidência da contribuição sobre as demais verbas, prevaleceu entendimento desfavorável à Fazenda Nacional. Em face de tal posicionamento desfavorável, importa fazer algumas considerações para cada uma das exações, tendo em vista que se entende pela continuidade de impugnação das decisões que apliquem o entendimento do STJ firmado em desfavor à Fazenda Nacional.

Quinze primeiros dias de afastamento do trabalho do segurado anteriores ao auxílio-doença:

8- O STJ entendeu que não haveria incidência de contribuição previdenciária no período dos quinze primeiros dias de afastamento do trabalho do segurado anteriores ao auxílio-doença. Conforme se depreende do voto do Ministro Mauro Campbell, relator do RESP nº 1.230.957/RS, entendeu-se que, não obstante, nesse período, haja pagamento pelo empregador, a importância não se destinaria a remunerar

o trabalho e, dessa forma, não se enquadraria na hipótese de incidência da exação, a qual exige que se trate de verba de natureza remuneratória.

9- *Em relação a este ponto, não se irá incluir o tema em lista de dispensa de contestar e recorrer, uma vez que ainda não está definida, no âmbito do STF, a questão da repercussão geral da matéria. Com efeito, o Plenário Virtual da Corte, no Recurso Extraordinário (RE) nº 611.505/SC, da relatoria do Ministro Ayres Britto, teria rejeitado a repercussão geral da matéria, considerando que ela estaria restrita à análise de norma infraconstitucional. Ocorre que a União (Fazenda Nacional), nos autos do referido recurso, manifestou sua irresignação em face de tal decisão, ante o fato de não ter sido atingido, no julgamento do leading case apontado, o quórum constitucional previsto no art. 102, §3º, da Constituição Federal, de 08 (oito) Ministros exigido para se decretar a inexistência de repercussão geral de temas constitucionais.*

10- *Assim, em que pese o STJ, no Recurso Especial nº 1.230.957/RS, julgado na forma do art. 543-C do CPC, tenha assentado que não haveria incidência de contribuição previdenciária sobre o afastamento dos quinze primeiros dias, por considerar que se trataria de verba de natureza indenizatória, não é possível a inclusão da matéria na lista prevista no inciso V do art. 1º da Portaria PGFN nº 294/2010.*

Aviso Prévio Indenizado

11. *De acordo com o STJ, no RESP nº 1.230.957/RS, ao aviso prévio indenizado não seria possível conferir caráter remuneratório, porque consistiria em meio de reparação de um dano e não para retribuição do trabalho. Todavia, pendente, no STF, o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 565.160/SC, com repercussão geral reconhecida, cuja decisão poderá reverter o entendimento do STJ.*

12. *Isso porque, no referido recurso extraordinário, é possível que se aborde a questão da natureza do salário-de-contribuição, na discussão do alcance da expressão folha de salários contida no art. 195, I, da CF/88, considerado o instituto abrangente da remuneração e, a depender das conclusões de tal julgado, pode-se superar o entendimento do STJ. Salienta-se, inclusive, que a alegação da União (Fazenda Nacional), no RESP 1.230.957/RS, envolvia o conceito do salário-de-contribuição, com base no instituto da remuneração e da previsão contida no art. 201, § 11 da Constituição Federal.*

13. *É relevante, ainda, mencionar que eventual decisão no RE nº 593.068/SC, também com repercussão geral reconhecida, embora verse sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração de servidores públicos vinculados ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS), também pode ter impacto na decisão do STJ acerca do aviso prévio indenizado. Constatam-se, inclusive, decisões do STF no sentido ora afirmado.*

14. *Nesse contexto, não é possível a inclusão da matéria na lista prevista no inciso V do art. 1º da Portaria PGFN nº 294/2010.*

14.3. *Cumpramos ressaltar que as decisões reiteradas dos Tribunais, ainda quando sejam proferidas na sistemática dos recursos extraordinários com repercussão geral (STF) ou dos recursos especiais repetitivos (STJ), não vinculam, o entendimento da Administração Tributária Federal. A vinculação somente pode*

ocorrer quando houver manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, tendo em vista o disposto no art. 19, IV e V, da Lei nº 10.522/02 e na Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1/14, art. 3º.

14.4. Assim, apesar do desfecho desfavorável à Fazenda Pública, até o presente momento, por falta de manifestação da PGFN, nos moldes previstos no art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e consequente emissão de Nota Explicativa, a RFB não se encontra vinculada à decisão judicial proferida no Recurso Especial nº 1.230.957/RS, no tocante à rubrica “quinze primeiros dias de afastamento do trabalhador por incapacidade”.

14.5. Por outro lado, quanto ao aviso-prévio indenizado, em virtude de a Suprema Corte entender inexistente a repercussão geral sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado, por se tratar de matéria infraconstitucional, e da pouca chance de os recursos extraordinários impetrados pela PGFN prosperarem, foi emitida a Nota PGFN/CRJ nº 485/2016, reconsiderando o entendimento anterior da Nota PGFN/CRJ nº 640/2014, e estabelecendo a dispensa de os procuradores contestarem/recurrerem quando a matéria for unicamente a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado:

Nota PGFN/CRJ/Nº 485/2016

“(…)

22. *Assim, constatada a inviabilidade, ainda que momentânea, de recurso extraordinário, sobretudo com base nas normas institucionais ora vigentes e considerando-se o julgamento do RESP nº 1.230.957/RS, sob a sistemática dos recursos repetitivos, é de se reconsiderar a orientação contida na Nota PGFN/CRJ nº 640/2014 e na Nota PGFN/CASTF nº 1153/2014, no sentido de que os recursos que versem sobre aviso prévio indenizado deveriam continuar sendo objeto de contestação/recurso pela PGFN, esteja tal parcela sendo questionada isolada ou conjuntamente com outras verbas.*

23. *Com efeito, vale mencionar que, caso se constate posterior modificação do entendimento jurisprudencial do STF a permitir que se conclua pela viabilidade recursal, novas orientações podem ser expendidas quanto ao tema. Demais disso, cumpre mencionar que diante de eventual mudança de entendimento do STF, especialmente em decorrência do julgamento dos temas 20 e 163 de repercussão geral, que possibilite a superação do entendimento quanto à impossibilidade de incidência de contribuição previdenciária sobre a parcela recebida a título de aviso prévio indenizado, vislumbra-se a aplicação do Parecer PGFN/CRJ nº 492/2011 prospectivamente. Além disso, cogita-se uma eventual possibilidade – a ser analisada oportunamente – de ajuizamento de ação rescisória, na forma do art. 525, §1º, III e §§ 12 a 15 c/c art. 535, III, §§5º a 8º, do CPC1.*

24. *Desse modo, para as situações futuras, até que se verifiquem mudanças no panorama delineado na presente Nota quanto ao entendimento do STF, recomenda-se que os Procuradores da Fazenda Nacional não apresentem contestação ou recurso quando questionada a incidência de contribuição*

14.6. Foi, entretanto, feita a ressalva de que o entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp 1.230.957/RS, não abrange o reflexo do aviso prévio indenizado no 13º salário (gratificação natalina), por possuir natureza remuneratória, consoante precedentes dessa Corte Superior.

14.7. A referida Nota PGFN/CRJ nº 485/2016, de 30/05/2016, foi aprovada em 02/06/2016, e encaminhada à Secretaria da Receita Federal do Brasil para os fins da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014, em especial o §9º do art. 3º:

Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014

Art. 3º Na hipótese de decisão desfavorável à Fazenda Nacional, proferida na forma prevista nos arts. 543-B e 543-C do CPC, a PGFN informará à RFB, por meio de Nota Explicativa, sobre a inclusão ou não da matéria na lista de dispensa de contestar e recorrer, para fins de aplicação do disposto nos §§ 4º, 5º e 7º do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e nos Pareceres PGFN/CDA nº 2.025, de 27 de outubro de 2011, e PGFN/CDA/CRJ nº 396, de 11 de março de 2013.

(...)

§ 3º A vinculação das atividades da RFB aos entendimentos desfavoráveis proferidos sob a sistemática dos arts. 543-B e 543-C do CPC ocorrerá a partir da ciência da manifestação a que se refere o caput.

14.8. Veio então a Solução de Consulta nº 362 – Cosit, de 10/08/2017 que dispôs no seguinte sentido:

“(…)

*11.6. Assim, nos termos da NOTA PGFN/CRJ/Nº 485/2016, de 30 de maio de 2016 (aprovada em 2 de junho de 2016), e com esteio no artigo 19, inciso V, parágrafos 4º, 5º e 7º da Lei n.º 10.522, de 2002, e no artigo 3º, parágrafo 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 1, de 2014, a partir da ciência da RFB à manifestação da referida NOTA, **o aviso prévio indenizado deixa de integrar a base de cálculo para fins de incidência das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de salários.(…)**”*

(grifos e negritos nossos)

14.9. E na esteira deste entendimento, a IN 925/2009 foi alterada pela IN 1.730/2017, em 15/10/2017:

“(…)

Art. 6º As pessoas jurídicas ou os contribuintes equiparados que efetuarem rescisão de contrato de trabalho de seus empregados e pagarem aviso prévio indenizado, deverão preencher o SEFIP da seguinte forma:

(...)

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas neste artigo: (Redação dada pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1730, de 15 de agosto de 2017)

I - até a competência maio de 2016, a GPS gerada pelo Sefip deverá ser desprezada, e os valores efetivamente devidos, incluindo as contribuições incidentes sobre o aviso prévio indenizado e sobre o 13º (décimo terceiro) salário

correspondente ao aviso prévio indenizado, devem ser recolhidos mediante GPS, preenchida manualmente, observado o disposto no art. 7º;(Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1730, de 15 de agosto de 2017)

II - a partir da competência junho de 2016, não deverá ser computado na base de cálculo das contribuições previdenciárias, exceto na base de cálculo das contribuições incidentes sobre o 13º (décimo terceiro) salário, pelo valor correspondente a 1/12 (um doze avos) do valor do aviso prévio indenizado. (Incluído(a) pelo(a) Instrução Normativa RFB nº 1730, de 15 de agosto de 2017) (grifei)

14.10. Feitas as ponderações acima, resta clara a incidência das contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado até a competência maio de 2016, cabendo destacar, ainda, que a correspondente parcela do 13º salário tem caráter remuneratório, conforme já decidido pelo Superior Tribunal de Justiça, fato salientado na Nota PGFN/CRJ nº 485/2016.

14.11. Entretanto, especificamente com relação ao caso concreto, no que toca o possível crédito referente ao aviso prévio indenizado (09/2016 a 12/20016), entende-se que a Manifestante não demonstrou com provas idôneas a existência de recolhimentos de contribuições previdenciárias referentes a citada verba, conforme já fundamentado neste voto, limitando-se apenas a juntar planilha com resumo geral dos supostos créditos, fls. 423, bem como decisão judicial transitada em julgado em 14/12/2016, data esta posterior ao início da compensação, 09/2016 (vide itens 10 a 11.5 e 12.3 a 12.4, deste voto).

Diante do acima exposto, não ficou comprovado nos autos a liquidez e a certeza do alegado crédito recolhido indevidamente(art. 170 do CTN), **como também, observância a determinação referente ao trânsito em julgado (art. 170 – A do CTN)**

Neste item , é essencial destacar que a liquidez e certeza do crédito, correlacionada diretamente ao trânsito em julgado é o cerne do Despacho Decisório.

Assim, entendo, não é outro o motivo do litigio senão a Compensação realizada antes do trânsito em julgado de qualquer das ações que o contribuinte possuía.

E, neste contexto, acompanho argumentos trazidos nos seguintes julgados deste Conselho

COMPENSAÇÃO. INDÉBITO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL. COMPENSAÇÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judícia (AC 2002-008.420 de 21/05/2024)

COMPENSAÇÃO. POSSIBILIDADE APENAS APÓS O TRANSITO EM JULGADO DA AÇÃO JUDICIAL.

Nos termos do art. 170-A do CTN, 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 e ainda nos termos do art. 89 da Lei n.º 8.212, de 1991, a possibilidade de compensação de contribuições previdenciárias restringe-se aos casos de pagamento ou recolhimento indevidos. **Uma vez proposta ação judicial pelo sujeito passivo, na qual se discute a incidência de contribuições previdenciárias sobre determinadas rubricas, eventual recolhimento indevido ou a maior operar-se-á apenas quando do trânsito em Julgado da referida ação.** (AC 2202-010.592 de 02/04/2024)

Trago ainda, desta Turma, com outra composição

APROVEITAMENTO DE TRIBUTO DISCUTIDO JUDICIALMENTE. NECESSIDADE DE TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. 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.(AC 2402-012.458 de 06/02/2024)

Conclusão

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do Recurso Voluntário interposto, não conhecendo da matéria objeto de ação judicial com mesma temática, afastando as preliminares suscitadas e, no mérito, negar-lhe provimento

Assinado Digitalmente

Marcus Gaudenzi de Faria