



Processo nº	10380.722175/2013-21
Recurso	Voluntário
Acórdão nº	2201-011.255 – 2^a Seção de Julgamento / 2^a Câmara / 1^a Turma Ordinária
Sessão de	3 de outubro de 2023
Recorrente	B&Q ENERGIA LTDA
Interessado	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONCOMITÂNCIA DA DISCUSSÃO DE MATÉRIAS NAS ESFERAS JUDICIAL E ADMINISTRATIVA. NÃO CONHECIMENTO. SÚMULA CARF N° 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.

PEDIDO DE JUNTADA POSTERIOR DE PROVAS. INDEFERIMENTO.

Incabível aceitar o pedido de posterior juntada de documentos quando não demonstrado nos autos que havia fato impeditivo à sua apresentação junto com a impugnação.

INDEFERIMENTO DE PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA. SÚMULA CARF N° 163.

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DISCUSSÃO JUDICIAL. SIMULTANEIDADE. SUMULA CARF N° 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.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ARTIGO 151, III DO CTN.

A tempestiva interposição de impugnação ao lançamento tributário, gera efeitos de suspender a exigibilidade do crédito tributário e postergar, consequentemente, o vencimento da obrigação para o término do prazo fixado para o cumprimento da decisão definitiva no âmbito administrativo.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA INFORMADA EM GFIP. NÃO COMPROVAÇÃO DE CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO. GLOSA. LANÇAMENTO FISCAL.

Constatada compensação indevida de contribuição previdenciária informada em GFIP, não tendo havido a comprovação, pelo sujeito passivo, durante o procedimento fiscal, da certeza e liquidez dos créditos por ele aí declarados, não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária e no Código Tributário Nacional CTN, cabível a glosa dos valores indevidamente compensados, pela fiscalização, com o consequente lançamento de ofício das importâncias que deixaram de ser recolhidas em virtude deste procedimento do contribuinte.

INTIMAÇÕES NO ENDEREÇO DO REPRESENTANTE LEGAL (ADVOGADO) DO CONTRIBUINTE. DESCABIMENTO. SÚMULA CARF Nº 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

INTIMAÇÃO PRÉVIA AO PATRONO DO RECORRENTE DA DATA DO JULGAMENTO PARA EFETUAR SUSTENTAÇÃO ORAL. INEXISTÊNCIA DESSA FACULDADE NO REGIMENTO INTERNO DO CARF.

O pedido de intimação prévia da data da sessão de julgamento ao patrono do recorrente para a realização de sustentação oral não encontra amparo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF). As partes ou seus patronos devem acompanhar a publicação da pauta de julgamento no Diário Oficial da União (DOU), com antecedência de 10 dias e no site da internet do CARF, podendo, então, na sessão de julgamento respectiva, efetuar sustentação oral.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer em parte do recurso voluntário, por concomitância com ação judicial, e, na parte conhecida, em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Débora Fófano dos Santos - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Débora Fófano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 430/463) interposto contra decisão no acórdão exarado pela 7^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA) de fls. 411/425, que julgou a impugnação improcedente, mantendo os créditos tributários formalizados nos autos de infração abaixo referidos, lavrados em 06/03/2013 e acompanhados do Relatório Fiscal (fls. 37/52):

- AI – Auto de Infração – DEBCAD nº 51.026.740-8, no montante de R\$ 1.001.196,55, já incluídos juros e multa de mora, referente às contribuições previdenciárias, devidas e não recolhidas em época própria, declaradas em GFIP's, as quais foram objeto de compensações consideradas indevidas e, consequentemente, glosadas pela fiscalização (fls. 02/13 e 14/25) e
- AI – Auto de Infração – DEBCAD nº 51.026.741-6, no montante de R\$ 5.000,00, referente multa por descumprimento de obrigação acessória – CFL 78 (fls. 26/28).

Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fls. 412/417):

Trata-se de processo que agrupa os Autos de Infração (AI) lavrados por descumprimento de obrigações tributárias principais, acessórias e acréscimos legais, sob os seguintes DEBCAD nº: 51.026.740-8 e 51.026.741-6, lavrados em 06/03/2013.

A ação fiscal foi autorizada através do MPF nº 0310100.201201164, iniciada através do Termo de Início de Procedimento Fiscal–TIPF em 22/11/2012 (fls. 247-248) e encerrada em 12/03/2013 com a lavratura Termo de Encerramento de Procedimento Fiscal (TEPF), fls. 252-253.

A tabela abaixo apresenta um resumo dos Autos de Infração que compõem o processo sob julgamento:

DEBCAD Nº	COMPETÊNCIAS	MATÉRIA	CÓDIGO LEVANTAMENTO	VALOR TOTAL
51.026.740-8	01/2010 a 13/2010	Contribuições previdenciárias compensadas indevidamente e declaradas em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP).	CO- Compensação Indevida.	R\$1.001.196,55
51.026.741-6	01/2010 a 13/2010	Obrigação acessória cujo fato gerador é apresentar a empresa GFIP com informações incorretas ou omissas. Código de Fundamentação Legal- CFL 78.		R\$5.000,00

Consta ainda do Relatório Fiscal que:

1- O Auto de Infração 51.026.740-8 refere-se à constituição do crédito tributário relativo às contribuições previdenciárias, devidas e não recolhidas em época própria, declaradas em GFIP, as quais foram objeto de compensações consideradas indevidas e, consequentemente, glosadas pela fiscalização;

2- Os valores compensados pela empresa, objeto de glosa pela auditoria fiscal, referem-se às contribuições previdenciárias parte patronal e às contribuições destinadas ao financiamento da complementação das prestações por acidentes do trabalhador e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) recolhidas pela empresa, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados a título de salário maternidade, auxílio doença e acidente (quinze primeiros dias), férias e 1/3 de férias constitucional, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, adicional de transferência, aviso prévio

indenizado e 13º salário indenizado. A incidência de contribuições previdenciárias sobre tais rubricas foi objeto de discussão judicial pelo contribuinte através dos Mandados de Segurança 001730468.2009.4.05.8100 e 0004495 75.2011.4.05.8100 impetrados junto à Justiça Federal do Ceará em face da União;

3- Nos valores dos "créditos" utilizados nas compensações não foram considerados pelo contribuinte contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração relativa aos quinze primeiros dias consecutivos de afastamento em virtude de doença/acidente e sobre o salário maternidade, conforme planilha apresentada pela empresa;

4 - Durante a ação fiscal, foram analisados os seguintes documentos: Mandados de Segurança nº. 001730468.2009.4.05.8100 e 000449575.2011.4.05.8100 9, folhas de pagamento de empregados (em meio digital), planilha sem meio papel contendo, na interpretação do contribuinte, a memória de cálculo das compensações efetuadas, GFIP, Guias de Recolhimento da Previdência GPS, informações do banco dedados dos órgãos públicos Dataprev, INSS, RFB e CNAS, dentre outros;

5 - Conforme as GFIP do período fiscalizado, o contribuinte compensou contribuições previdenciárias devidas no período de 01/2010, 03/2010 a 10/2010, inclusive 13º salário com recolhimentos de contribuições sociais já efetuados e declarado sem GFIP, que na interpretação do mesmo seriam devidas, conforme os valores constantes na planilha presente neste auto de infração (ANEXO 2 - PLANILHA RUBRICAS CONSIDERADAS NO PROCESSO JUDICIAL);

6- O contribuinte impetrhou Mandados de Segurança nº. 0017304 68.2009.4.05.8100 e 000449575.2011.4.05.8100 9 (ANEXO 1 - MANDADO DE SEGURANÇA), com pedido de liminar, junto à Justiça Federal, para apreciação sobre a legalidade da incidência de contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas nas rubricas salário maternidade, auxílio doença e acidente (quinze primeiros dias), férias e um terço de férias constitucional, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade prévio indenizado, 13º salário indenizado e ainda requereu o direito a efetuar compensação dos valores recolhidos a tais títulos, independentemente de autorização ou processo administrativo;

7- A auditoria realizou consultas aos sites eletrônicos da Justiça Federal no Ceará, do Tribunal Regional Federal - TRF da 5^a Região, do Superior Tribunal de Justiça - STJ e do Supremo Tribunal Federal - STF sobre os referidos processos impetrados pelo contribuinte e, em que pese haver decisões de mérito em 1^a e 2^a Instâncias, até a presente data, não ocorreu o trânsito em julgado da decisão judicial, visto existir Recurso Especial e Recurso Extraordinário interposto pela PFN e pelo próprio contribuinte, admitido pelo TRF e encaminhado para o STJ e STF, conforme o histórico dos processos judiciais (ANEXO 3 - HISTÓRICO DE EVENTOS DO PROCESSO);

8- Conforme o art. 170-A do CTN, tal fato impede a compensação dos tributos, objeto de questionamento na esfera jurídica. O contribuinte, contudo, alegando estar questionando judicialmente o direito, entendeu que poderia realizar as compensações conforme os termos da petição inicial presente neste auto de infração (ANEXO 1 - MANDADO DE SEGURANÇA). Assim, as GFIP com compensações foram enviadas nas competências de 01/2010, 03/2010 a 10/2010, inclusive 13º salário e reduziram os valores das contribuições previdenciárias a serem recolhidas pelo contribuinte;

9- Da análise da decisão de mérito do Juízo de 1^a Instância, proferida pelo Juiz da 2^a Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Ceará no Mandado de Segurança nº. 001730468.2009.4.05.8100 (ANEXO 4 - DECISÕES 1^a INSTÂNCIA MS 200981000173045), no qual a empresa requer a inexigibilidade tributária da contribuição previdenciária patronal incidente sobre os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados por auxílio acidente ou auxílio doença, bem como a título de salário maternidade, férias e adicional de férias (um terço). Na decisão verifica-se, que foi concedida "parcialmente a segurança", declarando a inexigibilidade da contribuição previdenciária patronal incidente sobre a verba paga ao segurado empregado no decorrer dos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença ou sobre os valores pagos a título de auxílio acidente, férias indenizadas e respectivo

adicional de um terço constitucional. Os valores relativos às rubricas Salário Maternidade e Férias Gozadas não foram reconhecidos na decisão judicial em favor do contribuinte;

10- O magistrado também decidiu que o contribuinte poderia compensar-se de tais valores, contudo deveriam ser observadas as limitações previstas no artigo 39, § 4º da Lei 9.250/1995 e artigo 170-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela LC N°104/2011;

11- Posteriormente, após a apreciação da ação pelo TRF da 5^a Região, foi prolatado acórdão (ANEXO 5 - DECISÕES DE 2^a INSTÂNCIA MS 200981000173045) que manteve a decisão de 1^a Instância e ainda reconheceu a prescrição quinquenal da pretensão de pleitear a restituição/compensação dos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.2005), prazo a ser contado da data do recolhimento indevido. Quanto aos pagamentos anteriores a LC 118/2005, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior (cinco mais cinco), limitado, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da novel lei complementar. Dispôs sobre o direito do impetrante de compensar os valores recolhidos indevidamente, contudo observando as limitações previstas no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela LC n° 104/2011;

12- Em que pese esta última decisão judicial garantir apenas parcialmente a segurança do pedido ao contribuinte relativo às rubricas pagas aos segurados empregados no decorrer dos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença ou sobre os valores pagos a título de auxílio acidente, férias indenizadas e um terço de férias constitucional, foi verificado nas planilhas disponibilizadas pelo mesmo, contendo a memória de cálculo das compensações efetuadas, que foram utilizadas as contribuições sobre as férias gozadas não contempladas na decisão. Tais fatos demonstram que os valores compensados por competência foram calculados de modo a incluir contribuições sociais devidas não passíveis de compensação, assim reconhecidas pelo Poder Judiciário até o presente momento;

13- Da análise da decisão de mérito do Juízo de 1^a Instância, proferida pelo Juiz da 2^a Vara da Justiça Federal, Seção Judiciária do Ceará no Mandado de Segurança n.º 000449575.2011.4.05.8100 9 (ANEXO 7 - DECISÕES 1^a INSTÂNCIA MS 000449575201140581009), no qual a empresa requer a inexigibilidade tributária da contribuição previdenciária patronal incidente sobre horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade, adicional de transferência e o aviso prévio indenizado e a respectiva parcelado 13 salário, verifica-se que foi concedida "parcialmente a segurança", declarando a inexigibilidade da contribuição previdenciária patronal incidente sobre a verba paga ao segurado empregado a título de aviso prévio indenizado. As demais rubricas não foram reconhecidas na decisão judicial em favor do contribuinte. O magistrado também decidiu que o contribuinte poderia compensar-se de tais valores, contudo deveriam ser observadas as limitações previstas no 170-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela LC N° 104/2011 e Instrução Normativa RFB n° 900/2008;

14- Posteriormente, após a apreciação da ação pelo TRF da 5^a Região, foi prolatado acórdão (ANEXO 8 - DECISÕES 2^a INSTÂNCIA MS 000449575201140581009) onde se constata que foi mantida a decisão de 1^a Instância e ainda reconheceu a prescrição quinquenal da pretensão de pleitear a restituição/compensação dos pagamentos efetuados a partir da vigência da Lei Complementar 118/2005 (09.06.2005), prazo a ser contado da data do recolhimento indevido. Quanto aos pagamentos anteriores a LC 118/2005, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior (cinco mais cinco), limitado, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da novel lei complementar. Dispôs sobre o direito do impetrante de compensar os valores recolhidos indevidamente, contudo observando as limitações previstas no artigo 170-A do Código Tributário Nacional, acrescido pela LC N° 104/2011;

15- Após solicitação contida nos Termos de Intimação Fiscal 0001, com ciência em 13 de dezembro de 2012 e 0002, com ciência em 07 de fevereiro de 2013, o contribuinte

apresentou planilhas (ANEXO 2 - PLANILHA RUBRICAS CONSIDERADAS NO PROCESSO JUDICIAL) deste auto de infração que representariam a memória de cálculo das compensações efetuadas. Tais planilhas referem-se aos valores, por competência, das bases de cálculo das rubricas objeto de discussão judicial, contribuições patronais sobre tais rubricas e o valor total atualizado pelos juros SELIC, contudo não discriminou quais competências referiam-se os valores compensados sem GFIP;

16- Verificou-se, ainda, que as planilhas de compensações apresentadas, não guardam relação entre as competências e respectivos valores originários do suposto crédito e as correspondentes competências onde foram compensados em GFIP. De fato, vê-se que nas GFIP declaradas, (ANEXO 6 - GFIP COM INFORMAÇÕES DE COMPENSAÇÕES), os "VALORES SOLICITADOS" para compensação são iguais aos "VALORES COMPENSADOS" (efetivamente abatidos em documento de arrecadação da Previdência GPS) sem referência a "VALORES A COMPENSAR";

17- Já no preenchimento das COMPETÊNCIAS INICIAL E FINAL, onde deveria ser informado o período (competência inicial e competência final) em que foram efetuados os pagamentos ou recolhimentos "indevidos" (contribuições que deram origem à compensação efetuada), foi, erroneamente, informada como inicial e final a própria competência em que houve a compensação;

18- Além de não terem sido autorizadas as compensações dos valores discutidos judicialmente, as informações prestadas em GFIP, as quais foram extraídas das planilhas (ANEXO 2 - PLANILHA RUBRICAS CONSIDERADAS NO PROCESSO JUDICIAL) não se ajustam ao previsto nos seguintes manuais da GFIP: MANUAL DA GFIP PARA USUÁRIOS DO SEFIP 7, aprovado pela IN INSS/DC n.º107, de 22/04/2004, com as alterações da IN MPS/SRP n.º 01, de 25/11/2004, e MANUAL DA GFIP/SEFIP PARA USUÁRIOS DO SEFIP 8, aprovado pela Instrução Normativa MPS/SRP09/2005;

19- Assim, de todo o exposto, a auditoria fiscal entende que as planilhas apresentadas não representam o correto cálculo das compensações efetuadas, e que estas foram realizadas em desconformidade ao previsto na legislação vigente, sendo, portanto, consideradas indevidas e objeto de glosa nesta ação fiscal;

20- Desta forma, a empresa compensou-se indevidamente por não ter aguardado o trânsito em julgado em relação às verbas reconhecidas no Mandado de Segurança como também por ter compensado contribuições incidentes sobre verba salarial cujo direito não foi reconhecido judicialmente, como é o caso das rubricas salário maternidade, férias gozadas, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional de transferência;

21- Para se verificar o cumprimento das obrigações acessórias pelo contribuinte, solicitou-se, através do Termo de Início de Procedimento Fiscal TIPF, com ciência do contribuinte em 22/11/2012, folhas de pagamento de todos os segurados da empresa (empregados, contribuintes individuais e trabalhadores avulsos), GFIP, GPS, Processos Judiciais movidos contra a União e outros documentos relacionados ao cumprimento de obrigações acessórias;

22- Ocorre que nas GFIP encaminhadas pelo contribuinte não poderiam constar as compensações realizadas pela empresa, pelo fato desta não poder naquele momento compensar-se dos valores discutidos judicialmente, conforme legislação acima referenciada;

23- Diante do exposto, a auditoria fiscal conclui que as GFIP, com informações relativas ao período de compensação efetuado pelo contribuinte, nas competências de 01/2010, 03/2010 a 10/2010, inclusive 13º salário, foram informadas com erros nos campos "VALOR SOLICITADO", "VALOR COMPENSADO", "PERÍODO INICIAL DA COMPENSAÇÃO" e "PERÍODO FINAL DA COMPENSAÇÃO";

24- O contribuinte infringiu o previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei n.º 9.528, de 10.12.97 e redação da MP n. 449, de 03.12.2008,

convertida na Lei n.º 11.941, de 27.05.2009, tendo em vista que declarou GFIP com erros nos campos "VALOR SOLICITADO", "VALOR COMPENSADO", "PERÍODO INICIAL DA COMPENSAÇÃO" e "PERÍODO FINAL DA COMPENSAÇÃO", os quais guardam relação com as contribuições previdenciárias compensadas indevidamente pelo contribuinte;

25- Para todas as competências a auditoria fiscal aplicou a multa mínima de R\$500,00, em face dos valores apurados na planilha anexa a este auto de infração, serem inferiores ao valor estabelecido no inciso II do parágrafo 3º do Art. 32-A da Medida Provisória n. 449, de 04.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009;

26- A Planilha constante deste auto de infração discrimina, para cada competência, os campos missos e incorretos da GFIP e o valor da multa aplicada. (ANEXO 9 - PLANILHA CÁLCULO D MULTA). Assim, o valor total do Auto de Infração, somadas todas as competências, importa em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).

(...)

Da Impugnação

O contribuinte foi cientificado pessoalmente dos lançamentos em 12/03/2013 (fls. 02, 14 e 26) e apresentou impugnação em 05/04/2013 (fls. 261/287), acompanhada de documentos (fls. 288/405), com os seguintes argumentos, consoante resumo no acórdão (fls. 417/420):

(...)

O Autuado foi cientificado dos lançamentos pessoalmente em 12 de março de 2013, conforme assinaturas apostas na folhas de rosto dos AI que compõem o presente processo. Em 5 de abril de 2013, apresenta impugnação, alegando, em síntese, o que se relata a seguir.

Quanto ao **DEBCAD 51.026.741-6** (AI de obrigação acessória CFL 78) afirma que procedeu ao pagamento da multa exigida em 28/03/2013, com redução de 50%, de acordo com documentação anexa (fls. 256-259).

Dos fatos. Nos termos do Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração, as compensações efetuadas pela Impugnante não foram realizadas conforme o previsto na legislação vigente, sendo, portanto, consideradas indevidas e objeto de glosa na ação fiscal. Vê-se que houve claro equívoco na autuação em tela, uma vez que foram proferidas decisões liminares, sentença e acórdão favoráveis a ora Impugnante, nos autos dos processos nº 001730468.2009.4.05.8100 e nº 000449575.2011.4.05.8100 o que por si só suspende a exigência do crédito indevidamente exigido por meio deste auto de infração. Contrariando as decisões judiciais já proferidas favoráveis à Impugnante, foi lavrado o referido auto de infração, numa tentativa do fisco de compelir o Contribuinte/Impugnante ao pagamento de tributo inexistente, como se a Impugnante tivesse agido da forma mais absurda possível, e pior, como se não tivesse nenhuma base legal e judicial para suas declarações o que, diga-se de passagem, não ocorreu, já que as declarações da Impugnante estão legalmente e judicialmente embasadas, como ficará demonstrado. Alegando não haver nenhum impedimento legal ou jurídico para a exigibilidade dos créditos tributários em questão, a autoridade fiscal propôs formalização de processo administrativo para cobrança de débitos com exigibilidade suspensa, originando o auto de infração supra mencionado, exigindo da Impugnante pagamento de tributos por ora indevido. Ocorre que, apesar de existir em decisões judiciais cujo entendimento resta pacificado, bem como o direito à compensação dos valores pagos a maior (direito legalmente reconhecido), o fisco federal procedeu à cobrança, agindo de forma contraria aos princípios comezinhas do Direito e à jurisprudência pátria. Ademais, a suspensão da exigibilidade dos tributos em questão, em favor da Impugnante, está previsto no Código Tributário Nacional. Assim, infundada é a decisão que não homologou qualquer suspensão ou compensação declarada pela Impugnante. Com efeito a autuação ora combatida foi efetuada em

desrespeito à Constituição Federal e legislação atinente, conforme ficará amplamente demonstrado na presente Impugnação.

Do Direito. Da suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de férias gozadas. Cumpre destacar que, conquanto seja a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça majoritariamente contrária à tese defendida pela Impugnante, recente decisão da Primeira Turma (publicada em 10 de fevereiro de 2012), de relatoria do eminente Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, reabriu a discussão sobre a inexigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre verbas que não são devida sem razão da contraprestação em serviços, como o salário maternidade e as férias gozadas. Correto o raciocínio do eminente Ministro, seguido à unanimidade por seus colegas na Primeira Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Embora tenham a Lei n.º 8.212/1991 e a Consolidação das Leis do Trabalho conferido "natureza salarial" às verbas pagas a título de salário-maternidade e férias gozadas, tal alcunha não lhes subsume à hipótese tributária da contribuição previdenciária patronal. Isso porque o fundamento constitucional de incidência (artigo 195, inciso I, alínea "a") e o suporte legal conferido pela Lei n.º 8.212/1991 não deixam dúvidas quanto à necessidade de que os valores sejam pagos aos empregados e avulsos como consequência da estrita contraprestação em serviços laborais. Nesse sentido, dados os questionamentos dos Tribunais Superiores sobre a matéria e diante da recentíssima decisão da Primeira Turma do STJ, que concordou com a tese da Impugnante, temos que a jurisprudência sobre a exigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre as férias gozadas não é mais pacífica em favor da União Federal. Diante disso, vemos que resta suspensa a exigibilidade da contribuição previdenciária patronal sobre as férias gozadas. Por esse motivo, e graças à interposição do Recurso Especial ao STJ, a Impugnante procedeu ao preenchimento dessa informação em suas GFIP. Dessa forma, pede que seja assegurado o direito da Impugnante de não ser compelida ao indevido recolhimento da contribuição previdenciária patronal incidente sobre os valores indevidamente pagos a título de férias até o transito em julgado da ação judicial de n.º 001730468.2009.4.05.8100 (nº antigo: 2009.81.00.0173045).

Da não incidência da contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 de férias. Ocorre que em inegável ofensa ao princípio da legalidade estrita (CF, 150, inciso I), bem como ao histórico legislativo e jurisprudencial, exige o fisco federal o recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração por serviços prestados, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador *in abstracto*: i) importâncias pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado; ii) valores pagos a título de salário maternidade; iii) importâncias pagas a título de férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço). Todavia, são todas circunstâncias em que o empregado (acidentado, doente, gestante ou em gozo de férias) não está, obviamente, prestando serviços nem se encontra à disposição da empresa. E assim age o fisco federal por exegese, absolutamente equivocado dos dispositivos legais em tela, agindo com abusiva confusão entre os institutos e conceitos em debate. No que tange adicional constitucional de 1/3 de férias, o fisco federal também faz indevida equiparação entre a contribuição patronal e a contribuição dos empregados. Ressalte-se que salário de contribuição é a base de cálculo da contribuição devida pelos segurados, não a base de cálculo da contribuição patronal, conforme o disposto no artigo 20 da Lei n.º 8.212/91. Como se não bastasse, esta indevida exigência é sustentada pelo fisco federal em dispositivos infralegais, contidos no art. 52 da IN RFB 971/09. Assim, inadmissível, ilegal e inconstitucional são os dispositivos da Instrução Normativa que extrapolam a hipótese tributária, ocorrendo indubitável desrespeito ao princípio da legalidade. No que se refere ao adicional constitucional de 1/3 de férias, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também é pacífica quanto a não incidência da contribuição previdenciária patronal. Transcreve jurisprudência. Ademais, conforme já amplamente exposto, a hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como sua base de cálculo refere-se apenas e tão somente aos valores pagos, destinados a retribuir um trabalho feito ou potencial, não havendo, em hipótese alguma, que se invocar o salário

de contribuição, este atinente à contribuição dos trabalhadores. A lavratura do presente Auto de Infração implica em flagrante desobediência à decisão judicial proferida em favor do Impugnante nos autos da ação judicial de n.º 001730468.2009.4.05.8100.

Da não incidência da contribuição social previdenciária incidente sobre parcelas indenizatórias. No que tange às verbas indenizatórias novamente se equivoca o Fisco Federal, realizando indevida equiparação entre a contribuição patronal e a contribuição dos empregados. Ocorre que é exigido da Impugnante o recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre parcelas indenizatórias, quais sejam os adicionais: i)sobre as horas extras (mínimo de 50%); ii) noturno (mínimo de 20%); iii) de periculosidade (30%); iv) de insalubridade (de 10% a 40%); v) de transferência (mínimo de 25%). Ora, todos estes valores destinam-se, de forma indubitável, a indenizar os trabalhadores que se encontram laborando em situações anormais, além da jornada padrão, no período noturno, em condições perigosas ou insalubres, e, ainda, em localidade diversa da contratada. Do mesmo modo há previsão constitucional e legal no que tange ao caráter reparatório do aviso prévio indenizado. Ora, é desnecessário maior esforço retórico para consignar que todos estes pagamentos são destinados a indenizar o trabalhador, pagamentos estes que não se inserem na hipótese de incidência prevista no artigo 22,inciso I, da Lei n.º 8.212/91.Ora, a hipótese de incidência, insista-se, é o pagamento de remunerações devidas em razão de trabalho prestado, efetiva ou potencialmente, não o pagamento de indenizações! No que se refere ao aviso prévio indenizado, por seu turno, a situação é de clareza ainda mais ímpar: sequer há remuneração por trabalho prestado, posto que trabalho algum, nem de modo efetivo, nem de modo potencial, é prestado pelo funcionário que foi demitido e recebe suas verbas com o perdão da redundância indenizatórias! E não há que se eventualmente alegara revogação da alínea f do inciso V do § 9º do artigo 214 do Decreto n.º 3.048/99, operada pelo Decreto n.º 6.727/09. Conforme já colocado, desta revogação valeu-se a Impugnante para também exigir a contribuição previdenciária patronal sobre o aviso prévio indenizado e respectiva parcela correspondente do 13º salário proporcional. Tal postura inconstitucional e ilegal materializa-se na Solução de Consulta RFB n.º 54, de 11 de março de 2009. Na verdade, há muito que a jurisprudência afasta a pretensa incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, conforme se pode observar na Súmula 79 do Tribunal Federal de Recursos. De fato, o posicionamento acerca da não incidência da contribuição em comento sobre as parcelas indenizatórias também foi consagrado pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal. Pretendeu-se, através das Medidas Provisórias 1.523-13 e 1.596-14, ampliar hipótese tributária em debate, de modo a se abranger todos os quaisquer valores pagos pela empresa aos trabalhadores, inclusive verbas indenizatórias e rescisórias. Ocorre que a ampliação referida já sob a égide do artigo 195, inciso I, da CF, foi prontamente obstada à unanimidade pelo Pleno da Suprema Corte nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.659-6. Finalmente, curial ressaltar-se que o firme posicionamento de nossos Tribunais Superiores acerca da não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre verbas indenizatórias tem sido serenamente mantido, de acordo com a recente decisão proferida pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5^a Região. Transcreve decisão. Dessa forma, a pretensa exigência da contribuição social previdenciária sobre as verbas indenizatórias implica inegável ofensa ao princípio constitucional da legalidade tributária. Conforme ressaltado, a lavratura do presente Auto de Infração implica em flagrante desobediência à decisão judicial proferida em favor da Impugnante nos autos da ação judicial de n.º 0004495-75.2011.4.05.8100.

Da legalidade da compensação. Por ter recolhido indevidamente a contribuição previdenciária é que a Impugnante buscou amparo legal e judicial para efetuar compensações do que foi indevidamente pago, direito este reconhecido em decisão judicial. Assim, com fulcro no artigo 66 da Lei n.º 8.383/91, combinado com o artigo 74 da Lei n.º 9.430/96, preceituam que deve o contribuinte proceder à compensação independentemente de autorização administrativa ou judicial dos respectivos valores recolhidos nos últimos dez anos (e eventualmente no curso da demanda), com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições

administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, tendo-se em vista a integração promovida pela Lei n.º 11.457, de 16 de março de 2007 (DOU de 19.03.2007), inclusive com os então administrados pelas extintas Secretariada Receita Federal e Secretaria da Receita Previdenciária.

Dos processos judiciais. A Impugnante ajuizou a ação judicial de n.º 001730468.2009.4.05.8100 originário da 2ª Vara Federal em Fortaleza/CE, atualmente em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região. No entanto, houve claro equívoco na cobrança, uma vez que foram proferidas decisões favoráveis a ora Impugnante. Também nos autos do processo n.º 000449575.2011.4.05.8100, originário da 7ª Vara Federal em Fortaleza/CE, atualmente em trâmite perante o Tribunal Regional Federal da 5ª Região, foram proferidas decisões favoráveis a Impugnante. Dessa forma, tem-se que os procedimentos realizados e devidamente declarados pelo Impugnante foram lastreados em decisões dos Tribunais Superiores, cuja permissão legal à compensação dos valores recolhidos indevidamente, continuam em vigor, não havendo razão para a não homologação das declarações feitas pelo Impugnante. Por fim, reitera-se que a suspensão da exigibilidade dos tributos em questão, em favor da Impugnante, tem previsão judicial, bem como previsão legal no próprio Código Tributário Nacional.

Do pedido. Diante do exposto, protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, notadamente a juntada posterior de documentos, e especialmente pela realização de perícia técnica, meio de prova idôneo e hábil para comprovar todas as afirmações feitas nessa Impugnação. Assim, requer-se que seja recebida a presente Impugnação Administrativa, visto que tempestiva, atribuindo-lhe efeito suspensivo, para que, em seguida, seja decretada a total improcedência dos auto de infração DEBCAD n.º 51.026.740-8 ora impugnado em todos os seus termos.

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação da impugnação, a 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Salvador (BA), em sessão de 19 de novembro de 2013, no acórdão n.º 15-34.092, julgou a impugnação improcedente (fls. 411/425), conforme ementa abaixo reproduzida (fls. 411/412):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA À VIA ADMINISTRATIVA. JULGAMENTO DA MATÉRIA DIFERENCIADA.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa renúncia ao contencioso. Entretanto, se na impugnação houver matéria distinta da constante do processo judicial, o julgamento limitar-se-á à matéria diferenciada.

COMPENSAÇÃO TRIBUTÁRIA. AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. 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.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

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

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Indefere-se o pedido de perícia quando não preenchidos os requisitos previstos no Decreto n.º 70.235, de 1972. Ademais, há de se indeferir o pedido de prova pericial ou diligência quando se mostram desnecessários e protelatórios. Estando presentes nos autos os elementos para a formação da convicção do julgador, tal pretensão não pode ser acatada.

PROVA DOCUMENTAL. MOMENTO DE APRESENTAÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão em 12/05/2014 (AR de fl. 428) e, em 03/06/2014, interpôs recurso voluntário (fls. 430/463), acompanhado de documentos (fls. 464/484), com os argumentos sintetizados nos tópicos abaixo:

1. DA TEMPESTIVIDADE RECURSAL
2. RESUMO FÁTICO
3. DAS PRELIMINARES
 - 3.1. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.
 - 3.2. DA INEXISTÊNCIA DE CONCOMITÂNCIA ENTRE O PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL E O PROCESSO JUDICIAL. MATÉRIAS DISTINTAS.
4. DO MÉRITO
 - 4.1 DA LEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 66 DA LEI N.º 8.383/91. INAPLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN.
 - 4.2. DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA.
5. DAS VERBAS EM DEBATE
 - 5.1. DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE OS VALORES PAGOS A TÍTULO DE FÉRIAS GOZADAS.
 - 5.2. DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS
 - 5.3. DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE
6. DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL CONSOLIDADO ACERCA DAS VERBAS EM DEBATE
 - 6.1 DO ENTENDIMENTO SOBRE FÉRIAS E SALÁRIO MATERNIDADE
 - 6.2 DO JULGAMENTO EM RECURSO REPETITIVO
7. DOS PEDIDOS

Por todo o que foi exposto, requer-se, com base no artigos 25, inciso II e 33 do Decreto n.º 70.235/72, artigo 50, inciso XXXIV, alínea "a" e inciso LV, da Constituição Federal, no artigo 151, inciso III, do Código Tributário Nacional:

- a) Seja o presente recurso voluntário recebido, suspendo-se (sic) a exigibilidade dos supostos débitos aqui discutidos.
- b) seja o presente recurso acolhido e provido em todos seus termos, para anular os lançamentos confrontados, materializados pelo Autos de Infração acima mencionados, sendo, por conseguinte, fulminado, todo e qualquer apontamento em nome do recorrente que decorra do indevido crédito tributário.
- c) outrossim, requer seja a representação fiscal para fins penais mantida no âmbito desta Secretaria da Receita Federal do Brasil até final esgotamento dá via

administrativa, eventual constituição definitiva do , crédito tributam e, ainda, após esgotado prazo para o contribuinte pagar e/ou parcelar o tributo.

d) requer a intimação do Recorrente, na pessoa de seu representante legal infra assinado para oportunamente SUSTENTAÇÃO ORAL, quando do julgamento do presente Recurso;

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora.

É o relatório.

Voto

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Inicialmente convém deixar consignado que em razão do pagamento da multa exigida no **DEBCAD 51.026.741-6** (AI de obrigação acessória CFL 78), permanece em litígio nos presentes autos apenas o lançamento referente ao **DEBCAD 51.026.740-8**.

PRELIMINARES

Nulidade do Acórdão por Cerceamento do Direito de Defesa. Negativa Imotivada de Produção de Prova - Perícia Contábil e Juntada Posterior de Prova.

O Recorrente sustenta a nulidade do Acórdão sob o fundamento de cerceamento do direito de defesa ante a negativa imotivada de realização de diligência nos moldes do Decreto nº 70.235 de 1972.

Afirma que tal situação caracteriza-se em afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Sobre o pedido formulado, convém reproduzir o seguinte excerto da decisão recorrida (fls. 423/425):

(...)

Pedido de perícia contábil.

No que se refere ao pedido de perícia contábil, vale destacar que o Decreto nº 70.235, de 1972 prevê que o pedido de perícia ou diligência deve estar de acordo com o inciso IV do artigo 16, considerando-se não formulado o pedido sem estes requisitos, a teor do § 1º do mesmo artigo, abaixo transcrito:

Art.16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (**Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9/12/93**)

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 8.748, de 9/12/93)

A realização de perícia pressupõe que o fato a ser provado necessite de conhecimento técnico especializado, fora do campo de atuação do julgador, o que não é o caso dos presentes autos. Isto posto, indefiro o pedido de perícia, por não ter sido efetuado de acordo com as disposições específicas do Decreto n.º 70.235, acima mencionadas, bem como por inexistirem fatos cuja comprovação exija conhecimentos técnicos especializados.

Ademais, há de se indeferir pedidos de diligência ou perícia quando estes se mostram desnecessários e protelatórios. Assim, constando dos autos todos os elementos necessários à convicção do julgador, não se justifica tal pretensão.

Juntada ulterior de documentos. Impossibilidade. Preclusão temporal.

Quanto ao pedido de juntada posterior de documentos não será acolhido. No Processo Administrativo Fiscal a impugnação deve vir acompanhada da prova documental das alegações. O Decreto n.º 70.235, de 1972, limitou o momento para a apresentação de provas, dispondo que a prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

Art.16

(...)

§ 4º. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

A preclusão temporal para a apresentação de provas foi ressalvada apenas nas situações previstas nas alíneas acima transcritas.

(...)

Da reprodução acima extraí-se que a autoridade julgadora de primeira instância considerou prescindível a realização de diligência ou perícia requerida pelo contribuinte, considerando que os documentos trazidos e colacionados aos autos seriam suficientes para o julgamento do litígio. Aliás, nesse sentido, dispõem os artigos 18 e 29 do referido Decreto n.º 70.235 de 1972, abaixo transcritos:

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine.(Redação dada pela Lei n.º 8.748, de 1993)

(...)

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Assim, ao contrário do que foi alegado pelo contribuinte, houve sim motivação pelo indeferimento da diligência solicitada, sendo este baseado no próprio Decreto n.º 70.235 de 1972, que facilita ao julgador indeferi-las, quando considerá-las prescindíveis à solução do litígio instaurado.

Ademais, nos termos da Súmula CARF nº 163, abaixo reproduzida, de observância obrigatória por parte de seus membros, nos termos do artigo 72 do RICARF¹, não se configura cerceamento de defesa o indeferimento fundamentado de requerimento de diligência:

Súmula CARF nº 163

Aprovada pelo Pleno em sessão de 06/08/2021 – vigência em 16/08/2021

O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Em vista dessas considerações, por não haver qualquer nulidade a ser reconhecida, não devem ser acolhidos os argumentos do Recorrente neste tópico.

Da Inexistência de Concomitância entre o Processo Administrativo Fiscal e o Processo Judicial. Matérias Distintas.

Aduz o Recorrente ser equivocado o tratamento da matéria referente à concomitância de ações.

Informa que no processo judicial, anterior ao administrativo, discute-se a não incidência de contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos aos segurados empregados da Autora nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento por motivo de doença (antes da obtenção do auxílio-doença), a título de férias e seu adicional constitucional de 1/3 (um terço), bem como sobre o salário-maternidade. Ao final, pede a restituição do que foi recolhido indevidamente.

Relata que no processo administrativo, por outro lado, discute-se uma autuação específica sobre a empresa (Auto de Infração DEBCAD N° 51.026.740-8 e 51.026.741-6), onde se cobra um crédito tributário, desconsiderando a compensação realizada pela empresa.

Afirma que, em razão da matéria discutida no processo judicial ser completamente diferente da abordada na instância administrativa, afasta-se, por completo, a incidência da referida Súmula, tornando-se necessário o reconhecimento da NULIDADE do Acórdão recorrido, devolvendo-se o processo ao julgamento de primeira instância para conhecer da Impugnação ao Auto de Infração do contribuinte, em todos os seus termos, dando total provimento ao mesmo, pelas razões expostas.

Inicialmente convém reproduzir os fundamentos da decisão recorrida acerca da matéria (fls. 421/422):

(...)

Ação Judicial. Renúncia à via administrativa quanto à discussão acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre as matérias discutidas nas ações judiciais a saber: férias e seu terço constitucional, os primeiros quinze dias do auxílio doença ou acidente, salário maternidade, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, insalubridade e de transferência, aviso prévio indenizado e 13º salário indenizado. Conhecimento da impugnação apenas quanto à matéria diferenciada.

¹ PORTARIA MF N° 343, DE 09 DE JUNHO DE 2015. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) e dá outras providências.

Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Conforme se verifica dos autos, a B & Q Energia Ltda está discutindo judicialmente, por via mandamental, a incidência de contribuição previdenciária sobre algumas rubricas, a saber: os primeiros 15 dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados, salário maternidade, férias e o terço constitucional de férias, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, insalubridade e de transferência, aviso prévio indenizado e 13º salário indenizado.

O Princípio da Inafastabilidade do Controle Jurisdicional, tal como concebido no texto constitucional vigente (art.5º, XXXV), faz do processo administrativo uma faculdade concedida ao cidadão, que dela se utilizará ou não, podendo abandoná-la em qualquer fase do seu desenvolvimento. Em contrapartida, ao optar pela via judicial, forçosamente estará renunciando ao julgamento de seu pleito na esfera administrativa, conforme se demonstrará a seguir.

A respeito de propositura de ação judicial e suas consequências no processo administrativo fiscal, vejam alguns dispositivos legais:

Lei 8.213, de 1991.

Art. 126. Das decisões do Instituto Nacional do Seguro Social INSS nos processos de interesse dos beneficiários e dos contribuintes da Seguridade Social caberá recurso para o Conselho de Recursos da Previdência Social, conforme dispuzer o Regulamento. (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 1997).

....

§ 3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto. (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98).

Lei nº 6.830, de 1980.

Art.38 A discussão judicial da Dívida Ativada Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Parágrafo Único A propositura, pelo contribuinte, da ação revista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

O Ato Declaratório Normativo da Coordenação Geral do Sistema de Tributação (COSIT), nº 3, publicado no D.O.U. de 15 de fevereiro de 1996, normatizou a questão:

- a) propositura pelo contribuinte, contra a Fazenda, de ação judicial – por qualquer modalidade processual – antes ou posteriormente à autuação, com o mesmo objeto, importa a renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso interposto;
- b) consequentemente, quando diferentes os objetos do processo judicial e do processo administrativo, este terá prosseguimento normal no que se relaciona à matéria diferenciada (p.ex., aspectos formais do lançamento, base de cálculo, etc.);
- c) no caso da letra "a", a autoridade dirigente do órgão onde se encontra o processo não conhecerá de eventual petição do contribuinte, proferindo decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida, se for o caso, encaminhando o processo para a cobrança do débito, ressalvada a eventual aplicação do disposto no art. 149 do CTN;
- d) na hipótese da alínea anterior, não se verificando a ressalva ali contida, proceder-se-á a inscrição em dívida ativa, deixando-se a Fazenda, para aguardar o pronunciamento judicial, somente quando demonstrada a ocorrência do disposto

nos incisos II (depósito do montante integral do débito) ou IV (concessão de medida liminar em mandado de segurança), do art. 151, do CNT;

e) é irrelevante, na espécie, que o processo tenha sido extinto, no Judiciário, sem julgamento do mérito (art. 267 do CPC). (Original sem grifos).

Neste diapasão, concluo que a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento, que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa renúncia ao contencioso. Entretanto, se na impugnação houver matéria distinta da constante do processo judicial, o julgamento limitar-se-á à matéria diferenciada.

As argumentações de mérito acerca da não incidência de contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados, salário maternidade, férias e o terço constitucional de férias, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, insalubridade e de transferência, aviso prévio indenizado e 13º salário indenizado, constantes na peça de impugnação foram também veiculadas nas ações judiciais, conforme cotejo com as petições iniciais das ações judiciais, fls. 53-100, juntadas aos autos pela Fiscalização e, portanto, não serão discutidas neste decisório.

Isso posto, voto no sentido de NÃO CONHECER da Impugnação no que se refere apenas à matéria idêntica veiculada nas ações judiciais, passando a discorrer sobre as matérias diversas nos tópicos seguintes.

(...)

Constata-se da reprodução acima não merecer qualquer reparo a decisão recorrida neste ponto, uma vez que, verificada a coincidência de objeto, partes e causa de pedir, a opção pela discussão judicial demonstra que o contribuinte abdicou integralmente da lide administrativa, conforme prevê o artigo 87 do Decreto nº 7.574 de 2011², direcionando o litígio ao Poder Judiciário, a quem cabe dar a última palavra sobre a questão levada a sua apreciação.

A situação em tela é uma questão sobre a qual este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou uniforme e reiteradamente, tendo emitido Súmula de observância obrigatória, nos termos do artigo 72 de seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 343, de 09 de junho de 2015, cujo conteúdo transcreve-se abaixo:

Súmula CARF nº 1

Aprovada pelo Pleno em 2006

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. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

² DECRETO N° 7.574, DE 29 DE SETEMBRO DE 2011. Regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União, o processo de consulta relativo à interpretação da legislação tributária e aduaneira, à classificação fiscal de mercadorias, à classificação de serviços, intangíveis e de outras operações que produzam variações no patrimônio e de outros processos que especifica, sobre matérias administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pelo Decreto nº 8.853, de 2016)

Art. 87. A existência ou propositura, pelo sujeito passivo, de ação judicial com o mesmo objeto do lançamento importa em renúncia ou em desistência ao litígio nas instâncias administrativas (Lei nº 6.830, de 1980, art. 38, parágrafo único).

Parágrafo único. O curso do processo administrativo, quando houver matéria distinta da constante do processo judicial, terá prosseguimento em relação à matéria diferenciada.

Do exposto, nada a prover neste item.

MÉRITO

Da Legalidade da Compensação Prevista no Artigo 66 da Lei nº 8.383 de 1991. Inaplicabilidade do Artigo 170-A do CTN. Da Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário. Mandado de Segurança.

O Recorrente afirma que não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170-A do CTN, pois o que foi postulado na ação judicial foi a compensação no regime do lançamento por homologação (autolançamento), previsto no artigo 66 da Lei nº 8.383 de 1991.

Alega que não há que se eventualmente condicionar a compensação em debate ao trânsito em julgado do feito, afastando-se a aplicação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, bem como a de instruções normativas nesse sentido.

Relata que os débitos em discussão encontram-se com exigibilidade suspensa, nos termos do artigo 151, V do Código Tributário Nacional³.

Afirma que a suspensão da exigibilidade dos tributos em questão, em favor do impugnante, tem previsão judicial, conforme decisões, bem como previsão legal no próprio Código Tributário Nacional.

As hipóteses de compensação de contribuições previdenciárias são aquelas elencadas no artigo 89 da Lei nº 8.212 de 1991:

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas *a*, *b* e *c* do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Havendo disposições específicas na legislação previdenciária que trata de compensação deste tributo, estas prevalecem sobre outras disposições legais gerais que tratam da matéria, como é o caso da Lei nº 8.383 de 1991⁴, de forma que não prospera o argumento de que essa Lei permite a compensação a critério do contribuinte; além disso, ao contrário do que entende o Recorrente, o dispositivo legal citado não traz a permissão reclamada, conforme se observa da reprodução abaixo:

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

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

³ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

IV — A concessão de medida liminar em mandado de segurança.

(...)

⁴ LEI NO 8.383, DE 30 DE DEZEMBRO DE 1991. Institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências.

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

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

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

Nota-se que, da mesma forma que dispõe o artigo 89 da Lei nº 8.212 de 1991, o dispositivo reclamado deixa claro que somente podem ser objeto de compensação os pagamentos ou recolhimentos indevidos ou maior que o devido.

No caso concreto, diante da ausência de decisão definitiva de mérito nas ações judiciais propostas pelo sujeito passivo, não há que se falar em pagamento indevido ou a maior. É certo que somente após a conclusão de tais ações é que os valores recolhidos podem ser considerados indevidos (ou não) para que possam ser objeto de compensação (ou não).

A decisão recorrida deve ser mantida pelos seus próprios fundamentos, cujo excerto reproduzimos a seguir, utilizando-os como razão de decidir (fls. 422/423):

(...)

Compensação. Ação judicial. Trânsito em julgado da decisão.

Trata o Auto de Infração DEBCAD 51.026.740-8 da glosa de compensação de contribuição previdenciária declarada em GFIP e escudada nos Mandados de Segurança nº 001730468.2009.4.05.8100 e 000449575.2011.4.05.81009.

Em consulta ao sítio do TRF 5^a Região, constatei que os processos ainda não transitaram em julgado. O primeiro foi enviado eletronicamente ao STJ em 08/04/2013 e o segundo foi sobrestado por repercussão geral em 21/03/2013.

O Relatório Fiscal faz uma análise minuciosa das ações judiciais e suas decisões de primeira e segunda instância, inclusive junta aos autos extratos e decisões do TRF da 5^a Região, fls. 116-169.

Ocorre que o contribuinte procedeu à compensação antes do trânsito em julgado da decisão judicial, prática vedada pelo art. 170-A do Código Tributário Nacional. Assim, o direito da Impugnante escudado pela ação judicial ainda não foi definitivamente julgado pela Justiça, sendo, portanto, indevida a compensação declarada em GFIP nas competências referidas. Inclusive os próprios Acórdãos prolatados nos MS fazem referência ao art 170-A do CTN.

Quanto à argumentação de que a compensação foi respaldada no art. 66 da Lei nº 8.383/91, registro que o próprio contribuinte informou que as compensações declaradas em GFIP diziam respeito às ações judiciais acima referidas. Ora, se as compensações são vinculadas às ações judiciais e estas ainda não transitaram em julgado, resta claro que a compensação não atende ao quanto estabelecido no Código Tributário Nacional.

O artigo 170-A, redigido de forma cristalina foi concebido para aqueles contribuintes que buscam o Judiciário para efetivar compensações, como é o caso dos autos. As próprias decisões judiciais determinam o aguardo do transito em julgado para a efetiva compensação.

É a cautela que informa este dispositivo do CTN, a fim de evitar um certo açodamento dos contribuintes, pois condiciona a efetiva compensação dos créditos ao trânsito em julgado das decisões judiciais. É preciso, portanto, aguardar o resultado da pretensão levada à apreciação do Poder Judiciário, para então proceder-se à compensação pleiteada nos limites delineados pela decisão judicial final.

Ade Mais, a Fiscalização constatou que há inclusão de verbas não respaldadas pelas ações judiciais, ao analisar as planilhas fornecidas pela Impugnante dos valores compensados:

Assim, de todo o exposto, a auditoria fiscal entende que as planilhas apresentadas não representam o correto cálculo das compensações efetuadas, e que estas foram realizadas em desconformidade ao previsto na legislação vigente, sendo, portanto, consideradas indevidas e objeto de glosa nesta ação fiscal.

Desta forma, a empresa compensou-se indevidamente por não ter aguardado o trânsito em julgado em relação às verbas reconhecidas no Mandado de Segurança como também por ter compensado contribuições incidentes sobre verba salarial cujo direito não foi reconhecido judicialmente, como é o caso das rubricas salário maternidade, férias gozadas, horas extras, adicional noturno, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional de transferência.

GN

Assim, agiu corretamente a Fiscalização quando efetuou a glosa dos valores que foram compensados de forma indevida.

(...)

No que diz respeito à suspensão de exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 56 do Decreto nº 70.235 de 1972⁵, a tempestiva interposição de impugnação ao lançamento tributário, gera efeitos de suspender a exigibilidade do crédito tributário e postergar, consequentemente, o vencimento da obrigação para o término do prazo fixado para o cumprimento da decisão definitiva no âmbito administrativo.

Deste modo, as reclamações e recursos apresentados nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo suspendem a exigibilidade do crédito tributário em litígio, consoante artigo 151, III do CTN combinado com o artigo 33 do referido Decreto nº 70.235 de 1972.

Em conclusão, havendo ações judiciais pendentes de decisão definitiva não há autorização para que se proceda à compensação.

Da não Incidência da Contribuição Previdenciária Patronal sobre: Valores Pagos a Título de Férias Gozadas, Adicional de 1/3 de Férias e Salário Maternidade.

Inicialmente convém ressaltar que em razão de tais matérias terem sido submetidas ao crivo do poder judiciário, as mesmas não serão conhecidas, a teor do que foi narrado anteriormente em sede de Preliminar.

Além disso, o caso em apreço não se refere ao lançamento de contribuição patronal incidente sobre as referidas verbas, cuja análise pelo STF e STJ acerca da não incidência da referida contribuição nos recursos extraordinários: RE 1.072.485/PR⁶ e RE

⁵ DECRETO N.º 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências.

Art. 56. Cabe recurso voluntário, com efeito suspensivo, de decisão de primeira instância, dentro de trinta dias contados da ciência. (Vide Lei nº 9.430, de 1996)

⁶ Tema 985 - Natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal.

Leading Case: RE 1072485

576.967/PR⁷, respectivamente, cuja repercussão geral (artigo 543-B) e submissão a sistemática dos recursos (artigo 543 — C) já foram reconhecidas, mas tão somente a glosa de compensações efetuadas pelo contribuinte sem o amparo legal para tal, uma vez que a decisão judicial nos autos do Mandado de Segurança condicionou a compensação das contribuições previdenciárias, após o trânsito em julgado, nos termos do artigo 170-A do CTN.

Em virtude do exposto, por tais decisões não possuírem definitividade, tendo em vista que ainda não se operou o trânsito em julgado, os eventuais recolhimentos de contribuições incidentes sobre o aviso prévio indenizado, salário maternidade, terço constitucional de férias e quinze primeiros dias que antecedem o auxílio doença não podem ser considerados indevidos, pois não estão revestidos de liquidez e certeza.

Portanto, não devem ser acolhidos os argumentos do Recorrente.

Representação Fiscal para Fins Penais

O Recorrente requer seja a representação fiscal para fins penais mantida no âmbito desta Secretaria da Receita Federal do Brasil até final esgotamento da via administrativa, eventual constituição definitiva do crédito tributário e, ainda, após esgotado prazo para o contribuinte pagar e/ou parcelar o tributo.

O tema não comporta maiores discussões, sendo objeto da Súmula CARF nº 28, de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 28

Aprovada pelo Pleno em 08/12/2009

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 383, de 12/07/2010, DOU de 14/07/2010).

Do Pedido de Ciência do Patrono e Sustentação Oral

Quanto à demanda acerca da ciência do patrono do contribuinte, os incisos I, II e III do artigo 23 do Decreto nº 70.235 de 1972 disciplinam integralmente a matéria, configurando as modalidades de intimação, atribuindo ao fisco a discricionariedade de escolher qualquer uma delas.

Descrição: Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos arts. 97, 103-A, 150, § 6º, 194, 195, inc. I, al. a e 201, caput e § 11, da Constituição da República, a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal.

Tese: É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias. Em decisão monocrática, o Ministro André Mendonça "decretou a suspensão, em todo o território nacional, dos feitos judiciais e administrativos pendentes, individuais ou coletivos, que versem sobre a questão presente no Tema nº 985 do ementário da Repercussão Geral, nos termos do art. 1.035, § 5º, do CPC."

DECISÃO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. SISTEMÁTICA DA REPERCUSSÃO GERAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PATRONAL. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. NATUREZA JURÍDICA. FATO SUPERVENIENTE. COMPETÊNCIA DO SUCESSOR DO MINISTRO RELATOR ORIGINÁRIO: ADPF N° 342/DF E ACO N° 2.463/DF, DE MINHA RELATORIA. ART. 1.035, § 5º, DO CPC. SUSPENSÃO NACIONAL DOS PROCESSOS JUDICIAIS E ADMINISTRATIVOS REFERENTES AO TEMA RG N° 985: DEFERIMENTO.

⁷ **EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM REPERCUSSÃO GERAL. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA “PATRONAL” SOBRE O SALÁRIO - MATERNIDADE. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO, OMISSÃO E OBSCURIDADE.**
Acórdão transitado em julgado em 02/06/2021.

Nesse sentido, o § 3º estipula que os meios de intimação previstos nos incisos do caput do artigo 23 não estão sujeitos a ordem de preferência. De tais regras, conclui-se pela inexistência de intimação postal na figura do procurador do sujeito passivo. Assim, a intimação via postal, no endereço de seu advogado, não acarretaria qualquer efeito jurídico de intimação, pois estaria em desconformidade com o artigo 23, inciso II e §§ 3º e 4º, do Decreto n.º 70.235 de 1972.

Ademais a matéria já se encontra sumulada no âmbito do CARF, sendo portanto de observância obrigatória por parte deste colegiado, nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 110**Aprovada pelo Pleno em 03/09/2018**

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.(**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

O pedido de intimação prévia da data da sessão de julgamento ao patrono do Recorrente para a realização de sustentação oral não encontra amparo no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (RICARF), que regulamenta o julgamento em segunda instância e na instância especial do contencioso administrativo fiscal federal, na forma do artigo 37 do Decreto nº 70.235 de 1972, na redação dada pela Lei nº 11.941 de 2009.

As partes ou seus patronos devem acompanhar a publicação da pauta de julgamento no Diário Oficial da União (DOU), com antecedência de 10 (dez) dias e no site da internet do CARF, podendo, então, na sessão de julgamento respectiva, efetuar sustentação oral.

Conclusão

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em não conhecer em parte do recurso voluntário, em razão da concomitância de instâncias e na parte conhecida em negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Débora Fófano dos Santos