



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10380.724317/2014-75
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-005.325 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de agosto de 2019
Recorrente ELLO SERVIÇOS DE MÃO DE OBRA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2011 a 21/12/2011

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA

Meras alegações que por si só não afastam a higidez do lançamento que contem todos os elementos fáticos relacionados à sua fundamentação.

COMPENSAÇÃO. ART 66 DA LEI 8.383/91. INOVAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO

Não se conhece de matéria que deixou de ser apreciada na decisão de piso em decorrência da falta de arguição em defesa pela parte interessada. Inteligência dos arts. 16, III e 17 do Decreto 70.235/72.

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 art. 170-A, do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo em vigor. Aplicação súmula 02 do CARF.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

1- - Adoto inicialmente como relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ (e- fls. 177/185) por sua.

1. Integram o processo sob exame os Autos de Infrações (AI's) abaixo discriminados, lavrados pela Auditoria Fiscal contra o sujeito passivo em epígrafe:

1.1. AI DEBCAD 51.043.333-2, lavrado em 03.07.2014, referente à exigência de R\$ 770.018,94, em glosa de compensações indevidas realizadas pela empresa nas competências de 02/2011, 05/2011 a 11/2011 e 13/2011.

1.2. Durante a auditoria foi verificado que embora a fiscalizada tenha sofrido retenções de contribuições previdenciárias dos tomadores de seus serviços, o valor da contribuição compensada declarada excedeu o valor efetivamente retido, devendo por isso tal excesso ser objeto de glosa de compensação indevida, conforme planilhas explicativas anexas.

1.3. Embora a contribuinte tenha apresentado alguns créditos previdenciários nos meses de 04/2011, 05/2011, 06/2011 e 08/2011, tais créditos não foram deduzidos do valor glosado, em razão de não terem sido declarados em GFIP.

1.4. Como a conduta de realizar compensação previdenciária indevida caracteriza, em tese, o crime de sonegação previdenciária, foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais (RFFP).

1.5. Durante a mesma ação fiscal foi aplicado, ainda, o AI DEBCAD 51.043.334-0, no valor de R\$ 4.500,00, referente à multa com Código de fundamentação Legal (CFL) 78, em razão de a empresa ter apresentado GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) com incorreções ao declarar compensação de valores indevidos nas competências de 02/2011, 05/2011 a 11/2011 e 13/2011.

DA IMPUGNAÇÃO

2. Inconformada, a fiscalizada apresentou impugnação (fls. 57/100), trazendo em síntese as seguintes alegações e pedidos:

Da inconsistências lógica dos argumentos para o lançamento realizado

2.1. Ao comparar o fundamento legal utilizado pela auditoria (ofensa ao Art. 89, §§9º e 31, da Lei 8212/91, que trata de compensação indevida) com a narração do fato encontrado durante o procedimento fiscal (apesar de a empresa possuir créditos previdenciários nas competências de 04/2011, 05/2011, 06/2011 e 08/2011, tais créditos não foram deduzidos do lançamento por não terem sido declarados em GFIP), verifica-se que há inconsistência lógica na fundamentação apresentada, pois o contribuinte não pode sofrer glosa de compensação sem que tenha declarado tal compensação.

2.2. Desse modo, da sua simples leitura do Relatório Fiscal percebe-se que o AI lavrado é completamente nulo, devendo ser desconsiderado, uma vez que padece de requisitos fundamentais para sua subsistência.

Do direito à compensação

2.3. A auditoria glosou a compensação realizada nas competências de 02/2011, 05/2011 a 11/2011 e 13/2011 em relação a recolhimentos previdenciários indevidos realizados pela empresa sobre pagamento de férias gozadas e adicional de 1/3, salário-maternidade, décimo-terceiro salário, aviso-prévio, vale-transporte pago em dinheiro, valores pagos à título de plano de saúde, pagamento dos primeiros 15 dias de afastamento por acidente ou doença e demais adicionais, lavrando, ainda, multa por descumprimento de obrigação acessória de apresentar GFIP com omissões/incorrekções de informações, alegando a auditoria que a empresa não comprovou o direito compensatório declarado.

2.4. Ocorre, entretanto, que mesmo antes do lançamento realizado, diante da exigência previdenciária sobre as citadas rubricas, com o fim de evitar retaliação de seu direito compensatório pelo fisco, a contribuinte impetrou Ações de Mandado de Segurança junto à Justiça Federal no Estado do Ceará (0006343-34.2010.4.05.8100, 0007518-63.2010.4.05.8100, 0006429-68.2011.4.05.8100 e 0007651-08.2010.4.05.8100).

2.5. No trâmite de tais processos foram preferidas decisões com eficácia e validade imediatas favoráveis à empresa, cujo direito a exercer a compensação do indébito foi reconhecido desde o momento da publicação de tais decisões, pois os recursos judiciais manejados pela Fazenda Nacional nesses processos, de acordo com o Art. 497, do CPC, não suspendem a execução de tais decisões, restando inexigível o crédito lançado.

2.6. A própria auditoria reconhece a existência do referido crédito no valor de R\$ 249.429,73 em favor da empresa, o qual não foi compensado ou abatido das contribuições lançadas em razão de a auditoria entender que não houve a declaração desses valores em GFIP, o que não é verdade, conforme comprovam os protocolos de envio de GFIP disponibilizados à fiscalização durante a auditoria.

2.7. No entanto, deve ser ressaltado que a empresa tem o direito de realizar a compensação de tais valores, conforme já se manifestou o STJ na jurisprudência colacionada e conforme as próprias decisões proferidas nas ações judiciais interpostas pela empresa, com fulcro no art. 66 da Lei 8383/91, c/c art. 74, da Lei 9430/96.

2.8. Ainda sobre esse tema, tece ao final a impugnante extensa argumentação sobre a não incidência previdenciária sobre as citadas verbas, apontando, inclusive fundamentos constitucionais, legais, jurisprudenciais, doutrinários e administrativos a cerca da matéria.

Do pedido de desmembramento do processo

2.9. Em razão de desejar impugnar apenas parte do crédito, a contribuinte requereu o desmembramento do valor lançado, de forma a manter no presente feito apenas a obrigação principal no montante de R\$ 249.429,73 (com juros e multa a serem oportunamente calculados), transferindo-se para outro processo administrativo o restante do crédito lançado, com o fim de oportunamente parcelar tal valor pelo REFIS.

Do pedido

2.10. Requer a empresa que (1) a sua impugnação seja recebida e reconhecida como tempestiva, de forma a atribuir efeito suspensivo quanto ao crédito debatido; (2) seja reconhecido o seu direito de produção de todos os meios de prova, especialmente por perícia e juntada posterior de documentos em razão de fatos novos ou que não puderam ser anexados com a impugnação; (3) seja acolhida a preliminar de nulidade do AI em

razão das inconsistências apontadas; (4) seja desmembrado o processo em virtude de desejar impugnar apenas R\$ 249.429,73 do total débito lançado, sendo garantido ao final o direito de compensação pleiteado.

2.1. Requer a impugnante, por fim, a total improcedência do lançamento, uma vez que carece de elementos que lhe deem sustentação quanto à sua validade absoluta.

DO DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO

3. Pelo fato de desejar impugnar apenas parte do crédito lançado, o contribuinte requereu expressamente o desmembramento do presente processo, de forma que foi mantido no feito sob exame, como matéria impugnada, apenas o valor de R\$ 249.429,73, em obrigação previdenciária principal referente à competência 11/2011 (fls. 168/171), transferindo-se o restante do crédito não impugnado para o PAF 10380-731.045/2014-60 (fls. 172/175), para fins de parcelamento.

02- A impugnação do contribuinte foi julgada improcedente de acordo com decisão da DRJ abaixo ementada:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/02/2011 a 21/12/2011

PROCESSO ADMINISTRATIVO. EXIGIBILIDADE SUSPensa.

A apresentação de impugnação tempestiva suspende a exigibilidade do crédito tributário até o encerramento da fase administrativa.

PEDIDO DE PARCELAMENTO. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER.

O pedido de parcelamento do débito configura perda de interesse processual, implicando a inadmissibilidade da impugnação.

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 art. 170-A, do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. ARGUIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de ato normativo em vigor.

PRODUÇÃO DE PROVAS. APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as situações elencadas no art. 57, §4º do Decreto nº 7.574/2011.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

03 - Houve a interposição de recurso voluntário pelo contribuinte às fls. 193/244 refutando os termos da decisão e piso.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso, Relator.

04 – Conheço do recurso por estarem presentes as condições de admissibilidade.

05 – De acordo com as informações alhures do relatório da decisão de piso, a matéria *sub judice* está adstrita apenas à competência de 11/2011. Portanto, passo a analisar o presente recurso na ordem de suas alegações independentemente de versarem sobre o mérito ou como preliminar, posto que assim foi organizada a peça recursal.

DA GLOSA RELATIVA A CRÉDITOS ORIUNDOS DE PAGAMENTOS INDEVIDOS A TÍTULO DE TERÇO DE FÉRIAS E AUXÍLIOS ACIDENTE E DOENÇA – QUANTIA A SER DESCONSIDERADA NO AUTO DE INFRAÇÃO

6 – Tal alegação está sendo inovada no presente caso, contudo, pelo contexto entendo que deve ser analisada em conjunto com a matéria de compensação. Alega em síntese o contribuinte de forma não concatenada que há necessidade de uma nova fiscalização para análise do crédito que foi utilizado na compensação.

7 – Contudo, não merece reforma a decisão de piso por conta que tal argumento está totalmente dissociado do quanto levantado pela fiscalização e fundamento do lançamento que às fls. 11 item 4 do relatório fiscal é clara no sentido de que houve compensação de valores maiores que os retidos, sendo que tal assunto em nenhum momento em defesa e no recurso foi questionado pelo contribuinte. Portanto, nada a prover nesse sentido.

DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO – INCONSISTÊNCIA DE SEUS ARGUMENTOS

8 – Argumenta o contribuinte nesse tópico que há nulidade total do lançamento pelo fato da fiscalização ter se equivocado na justificativa na medida em que não é possível a fiscalização alegar que o contribuinte efetuou a compensação e posteriormente que não a declarou.

9 – Ao contrário do quanto alegado o presente lançamento não traz nenhum dos vícios ora alegados pelo contribuinte, sendo que o relatório fiscal é claro no sentido de destacar que houve a análise das competências 02,05,06,07,08,09,10,11,e 13º salário de 2011 cujos créditos declarados em GFIP foram analisados e que o contribuinte trouxe posteriormente uma planilha contendo alguns créditos de contribuições previdenciárias de abril, maio, junho e agosto de 2011 mas que não foram declarados em GFIP e exportados em meio digital e portanto não foram computados na ação fiscal.

10 – Deve ser levado em consideração, conforme narrado anteriormente, que o contribuinte reconheceu parte dos créditos oriundo desse lançamento ao pedir o desmembramento do processo para parcelamento e portanto, questionado apenas o mês de novembro de 2011, que está fora do âmbito de tais valores.

11 - Portanto, agiu de forma correta o r. *decisum* vergastado ao entender pela falta de interesse processual do contribuinte que apenas manteve os mesmos argumentos em seu recurso sem trazer nenhum outro ponto de discordância em face da decisão de piso e portanto afastou suas alegações.

DA LEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO PREVISTA NO ART. 66 DA LEI Nº 8.383/91. INAPLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN

12 – Nesse tópico argumenta o contribuinte que é pacífico no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça a utilização do art. 66 da Lei 8.383/91 para a compensação tributária, devendo no presente caso ser afastado a utilização dos arts. 170 e 170-A do CTN.

13 – Contudo nesse tópico não conheço da matéria na medida em que há inovação do contribuinte e preclusa tal matéria não debatida pela decisão de piso objeto de recurso, na forma do arts. 16, III e 17¹ do Decreto 70.235/72.

¹ Art. 16. A impugnação mencionará:

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA

14 – Tal tópico é meramente informativo e em nada auxilia na mudança do quanto decidido pela instância a quo pois tais fatos inclusive tiveram que ser verificados pelo relator da DRJ quando da análise da defesa e que bem enfrentou tais temas.

15 – O contribuinte alega os questionamentos judiciais das incidências mencionadas, contudo, não se está questionando no lançamento a incidência ou não de tais contribuições mas sim da glosa de compensação sobre valores retidos a maior do que informados pelo contribuinte, portanto, a alusão a tais discussões judiciais em nada muda os fundamentos de manutenção da decisão de piso.

DA IRREGULARIDADE PRATICADA PELO AUDITOR FISCAL AO NÃO ACEITAR A COMPENSAÇÃO DOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS

16 – Nesse tópico nada a prover, na medida em que acertada a decisão de piso no qual adoto como razões de decidir, *verbis*:

“9. A impugnante alega, também, que a fiscalização glosou compensações de contribuições previdenciárias recolhidas indevidamente sobre diversas rubricas salariais pagas nas competências de 02/2011, 05/2011 a 11/2011 e 13/2011, em desrespeito a decisões judiciais proferidas em Ações de Mandado de Segurança propostos pela empresa junto à Justiça Federal no Estado do Ceará (0006343-34.2010.4.05.8100, 0007518-63.2010.4.05.8100, 0006429-68.2011.4.05.8100 e 0007651-08.2010.4.05.8100) pelas quais a justiça autorizou desde logo a contribuinte a efetuar o procedimento compensatório em apreço, uma vez que as decisões proferidas têm eficácia e validade imediatas e os recursos judiciais interpostos pela Fazenda não têm o condão de suspender a execução de tais decisões, fundamentos esses que, juntamente com a jurisprudência colacionada, demonstram a inexigibilidade do crédito lançado.

9.1. Sobre tais alegações, em que pese a impugnante não ter anexado as alegadas decisões exaradas nas mencionadas Ações de Mandado de Segurança, pesquisando o sítio eletrônico do TRF5 na Internet (<http://www.trf5.jus.br/> - telas abaixo) as decisões judiciais apontadas pela empresa não só não impedem o Fisco de realizar o lançamento em apreço como expressamente proíbem a empresa de realizar o procedimento compensatório debatido, enquanto não transitado em julgado as ações propostas, cujo trâmite, inclusive, encontra-se sobrestado, aguardando pronunciamento definitivo do STF a respeito do Recurso Extraordinário 565160-SC, mediante repercussão geral, nos termos do Art. 543-B, do Código de Processo Civil.

(...) omissis

9.2. Vale observar, também, que, conforme alertado nas decisões judiciais nos citados processos, o Art. 170-A do Código Tributário Nacional (CTN) proíbe que se realize compensação mediante aproveitamento de tributo objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, como ocorreu no caso em apreço, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

9.3. Portanto, o procedimento compensatório realizado pela contribuinte não tem respaldo na legislação e nem na ações judiciais impetradas, fato que justifica a glosa efetuada pela auditoria.”

DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE OS VALORES PAGOS A TÍTULO DE FÉRIAS GOZADAS, BEM COMO DO DIREITO A COMPENSAÇÃO AUTORIZADO PELO JUDICIÁRIO. DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO MATERNIDADE DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE PLANOS DE SAÚDE DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS VALORES DECORRENTES DO VALE TRANSPORTE PAGO EM DINHEIRO DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL SOBRE DÉCIMO TERCEIRO (13º) SALÁRIO (GRATIFICAÇÃO NATALINA) DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE O DÉCIMO TERCEIRO SALÁRIO PROPORCIONAL AO AVISO PRÉVIO INDENIZADO DO ENTENDIMENTO SOBRE FÉRIAS E SALÁRIO MATERNIDADE DO JULGAMENTO EM RECURSO REPETITIVO

17 – Os temas acima indicados em recurso voluntário em face na essência de tratarem de matérias relacionadas a incidências tributárias questionadas judicialmente e que tem por fundamento a constitucionalidade, em síntese não as conheço aplicando ao caso os termos da Súmula CARF nº 02².

Conclusão

18 - Diante do exposto, conheço do recurso para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO na forma da fundamentação.

(documento assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso

² Súmula CARF nº 2

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