



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10380.733242/2011-71
ACÓRDÃO	2001-007.108 – 2ª SEÇÃO/1ª TURMA EXTRAORDINÁRIA
SESSÃO DE	20 de agosto de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	APIGUANA MÁQUINAS E FERRAMENTAS LTDA.
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/10/2008

PAF. CONCOMITÂNCIA COM AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL. SÚMULA CARF Nº 1.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Voluntário.

Assinado Digitalmente

Andressa Pegoraro Tomazela – Relatora

Assinado Digitalmente

Honorio Albuquerque de Brito – Presidente

Participaram do presente julgamento os conselheiros Wilsom de Moraes Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Andressa Pegoraro Tomazela (Relatora), Wilderson Botto, Honorio Albuquerque de Brito (Presidente), Raimundo Cassio Goncalves Lima.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de decisão proferida pela 3ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campo Grande, MS, através do acórdão nº 04-38.246, que julgou procedente o lançamento tributário para a cobrança de contribuições previdenciárias que deixaram de ser recolhidas em razão de compensação efetuada pelo contribuinte com base em decisão favorável proferida no Mandado de Segurança nº 2007.81.00.012567-4.

Por bem retratar os fatos ocorridos desde a lavratura do auto de infração até sua impugnação, adoto e reproduzo o relatório da decisão ora recorrida:

Trata-se de processo de Impugnação em face da obrigação tributária relativa a Contribuições Sociais Previdenciárias apurada mediante Auditoria Fiscal que resultou no lançamento de crédito fiscal lavrado na data de 23/12/2011, referente ao período de apuração de 01/01/2008 a 31/12/2008 dos seguintes documentos de créditos:

Debcad	fl	Valor Principal	Valor Total	Período Débito	Lançamento Rubricas	Base de cálculo	FatoGerador OP
37.326.067-9	02	66.913,84	105.148,82	02/2008 a 08/2008	19 Glosa compensação		

Em resumo, segundo o Relatório Fiscal (fl. 22-33), e demais relatórios integrantes e complementares, foram consignados os seguintes pontos acerca do lançamento:

INTRODUÇÃO

1. O presente Relatório é parte integrante do Processo Administrativo Fiscal nº de COMPROT 10380.733.242/2011-71, composto pelo Auto de Infração DEBCAD nº. 37.326.067-9, referente ao descumprimento de obrigação principal (contribuições sociais devidas e não recolhidas em época própria por haverem sido objeto de COMPENSAÇÃO realizada pelo contribuinte - - EXCESSO DE COMPENSAÇÃO).

DOS FATOS E PROCEDIMENTOS ADOTADOS

7. Durante a ação fiscal, foram analisados os seguintes documentos: Livros Contábeis (em contas específicas - por amostragem), Folhas de Pagamento mensais e seus respectivos resumos (em meio papel e magnético), Processo Judicial - MANDADO DE SEGURANÇA - No. 2007.81.00.012567-4 impetrado pelo contribuinte na Justiça Federal (cópias anexas), Planilha (anexa) em meio papel e magnético entregues pelo contribuinte contendo, na interpretação do mesmo, a memória de cálculo das compensações efetuadas pela empresa; Guias de Recolhimento do FGTS e Informação a Previdência Social (GFIP), Guias de Recolhimento da Previdência -

GPS, informações do banco de dados dos órgãos públicos Dataprev, INSS, RFB, dentre outros.

[...] 8.2. Solicitado através dos Termos lavrados a apresentar as devidas explicações e demais provas da existência do "indébito", o contribuinte informou que os valores utilizados nas compensações tiveram origem em questionamento, levado à apreciação da Justiça Federal, sobre a legalidade da incidência de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações pagas nas rubricas abaixo relacionadas:

- Férias;
- Adicional de 1/3 sobre Férias;
- Salário-maternidade;
- Quinze primeiros dias de afastamento do funcionário, quando da concessão do auxílio-doença, quer por doença ordinária, quer em razão de acidente de trabalho.

8.3. A ação judicial se deu através de "MANDADO DE SEGURANÇA, COM PEDIDO DE MEDIDA LIMINAR" impetrado na Justiça Federal no Ceará - JF/CE, em 24/08/2007, sob nº 2007.81.00.012567-4.

DA DECISÃO JUDICIAL QUANTO À INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE AS RUBRICAS "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE"

9.2. A auditoria analisou as decisões proferidas pela Justiça Federal no Ceará (Liminar/Sentença -1º Grau) e pelo Tribunal Regional Federal - TRF da 5ª Região no processo impetrado pelo contribuinte (M.S. 2007.81.00.012567-4) e, da análise da decisão de mérito proferida pelo Juiz da 3ª Vara da Justiça Federal - Seção Judiciária do Ceará (em anexo), ratificada pelo TRF, verifica-se que foi concedida "parcialmente a segurança".

(...) 9.3. Assim, a referida decisão judicial afastou a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos apenas a título de "ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS" e dos "Quinze primeiros dias de afastamento do funcionário, quando da concessão do auxílio-doença" e do "Auxílio-acidente" (sic). Não incluiu, portanto, as rubricas "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE". Estas últimas foram consideradas de natureza salarial, cabível, portanto, a incidência da contribuição previdenciária.

(...) 9.4. Em que pese a decisão judicial garantir apenas parcialmente a segurança do pedido ao contribuinte, verificou-se nas planilhas contendo a memória de cálculo das compensações efetuadas disponibilizadas pelo mesmo, que foram utilizadas como "crédito" para compensações contribuições recolhidas que incidiram sobre as rubricas "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE".

9.5. *Tal fato demonstra que os valores considerados como “créditos” a serem compensados foram calculados de modo a incluir como “crédito” contribuições sociais legalmente devidas não passíveis de compensação, assim também reconhecidas pelo Poder Judiciário;*

DAS COMPENSAÇÕES REALIZADAS ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO JUDICIAL

9.6. *Após análise da ação impetrada pelo contribuinte e, em que pese haver decisão de mérito (Sentença/Acórdão), até a presente data, não ocorreu o trânsito em julgado da decisão judicial. Apesar do Tribunal Regional Federal - TRF da 5ª Região ter ratificado a decisão inicial, negado provimento aos Embargos e as APELAÇÕES interpostas pelas partes (Procuradoria da Fazenda Nacional - PFN e contribuinte), conforme Acórdão (cópias em anexo), o processo encontra-se atualmente (19/12/2011) sobrestado, em face de Recurso Extraordinário (Doc.anexo) interposto pela Fazenda Nacional.*

9.7. *Conforme o art. 170-A do CTN, a inoccorrência do trânsito em julgado impediria a compensação dos tributos, objeto de questionamento na esfera jurídica,*

DA PRESCRIÇÃO SOBRE AS RUBRICAS "ADICIONAL DE 1/3 SOBRE FÉRIAS" E "QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO QUANDO DA CONCESSÃO DO AUXÍLIO-DOENÇA"

9.10. *Conforme a planilha (anexa) disponibilizada pelo contribuinte contendo a memória de cálculo das compensações efetuadas, os valores referentes aos recolhimentos de contribuições consideradas indevidas e utilizados nas compensações efetuadas no período fiscalizado retroagiram aos fatos geradores ocorridos na competência 02/1997 em diante.*

9.11. *Em relação às contribuições incidentes sobre as rubricas albergadas pela segurança da decisão judicial: "Adicional de 1/3 sobre Férias" e "Quinze primeiros dias de afastamento do funcionário, quando da concessão do auxílio-doença", cuja exigibilidade encontra-se suspensa, a auditoria entende que houve erro do contribuinte ao incluir fatos geradores ocorridos na competência 02/1997;*

9.12. *Como determinado na sentença (in verbis):*

"III. DISPOSITIVO

36. *Ante exposto, revendo a decisão anteriormente proferida em sede liminar, concedo parcialmente a segurança requestada para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue o(a)s Impetrante(s) a recolher(em) a contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo impetrante relativas ao auxílio acidente, ao terço de férias e aos 15 primeiros dias consecutivos de afastamento dos trabalhadores em virtude de doença ou acidente (antes da*

obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), assegurando-se, ainda, o direito à compensação dos valores indevidamente recolhidos, corrigidos pela Taxa SELIC a partir de cada recolhimento indevido, com outros valores devidos a título da própria contribuição previdenciária, ressalvada a prescrição nos seguintes termos:

a) relativamente aos pagamentos efetuados antes da vigência da LC nº 118/2005, em 09.06.2005, a prescrição do direito de pleitear a restituição/compensação de tributo sujeito a lançamento por homologação, em não havendo homologação expressa do recolhimento pelo Fisco, só ocorrerá após o transcurso do prazo de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, contados da data em que se deu a homologação tácita ("tese dos cinco mais cinco"), limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar do advento da lei nova; "

9.13. Ora, conforme o item "a" da Sentença acima, tendo sido a ação impetrada em 24/08/2007, o contribuinte teria o direito de compensar-se de recolhimentos pagos relativos a fatos geradores ocorridos a partir de 08/1997, estando prescrito o direito à compensação dos valores recolhidos relativos a fatos geradores ocorridos na competência 02/1997;

DA PRESCRIÇÃO SOBRE AS RUBRICAS "FÉRIAS" E "SALÁRIO-MATERNIDADE"

9.14. Sobre as rubricas "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE", o juiz as entendeu como passíveis de incidência de contribuições previdenciárias. Logo, não é necessário tecer maiores considerações sobre a impossibilidade de o contribuinte realizar compensações com base nas respectivas contribuições recolhidas;

9.15. Contudo, conforme as planilhas entregues, verifica-se que o contribuinte contrariou o dispositivo jurídico e utilizou como "crédito" nas compensações os valores recolhidos referentes às contribuições incidentes sobre tais rubricas, retroagido a fatos geradores incorridos na competência 02/1997 em diante.

DA PLANILHA CONTENDO A "MEMÓRIA DE CÁLCULO DAS COMPENSAÇÕES EFETUADAS"

10. Solicitado através dos Termos citados, o contribuinte apresentou a planilha "TABELA DE CRÉDITO -CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AUXÍLIO DOENÇA, ACIDENTE, SALÁRIO MATERNIDADE, FÉRIAS E 1/3 DAS FÉRIAS (cópia anexa), que representa a memória de cálculo das compensações efetuadas pelo contribuinte, contendo as seguintes informações: I) Mês base; II) UFIR do mês; III) Valores a título Salário maternidade; IV) Valores de Férias; V) Valores referentes 1/3 férias; VI) Total de base de calculo; VII) Tributos Recolhidos; VIII) UFIR atual; IX) Valor atualizado; X) Taxa de Juros; XI) Valor dos juros e XII) Valor total.

11. Apesar de no título da planilha ser citado "AUXÍLIO DOENÇA, ACIDENTE" (sic), os valores relativos às rubricas "Quinze primeiros dias de afastamento do funcionário,

quando da concessão do auxílio-doença" e do "Auxílio-acidente" não constam nas planilhas, não tendo sido, portanto, objeto de compensação. 13. Da análise da planilha apresentada pelo contribuinte pode-se verificar: a) valores mensais referentes a salário maternidade, férias e 1/3 de férias - "créditos" originários dos "indébitos"; b) base de cálculo total considerada (somatório mensal de salário maternidade, férias e 1/3 de férias; c) as competências onde ocorreram os "indébitos"; e d) os acréscimos dos juros adotados que não correspondem ao previsto na legislação que trata da compensação de contribuições previdenciárias.

DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO ENTRE AS COMPETÊNCIAS ONDE OCORRERAM OS "INDÉBITOS" E AS COMPENSAÇÕES EFETUADAS

13.1. Na planilha acima citada apresentada pelo contribuinte não consta relação entre as COMPETÊNCIAS INICIAL E FINAL em que foram efetuados os recolhimentos "indevidos" (contribuições que deram origem à compensação efetuada) e as correspondentes competências onde foram compensados tais valores em GFIP;

13.2. A demonstração de tal relação se faz necessária, visto ser obrigatória a sua informação em GFIP, conforme o previsto nos manuais: MANUAL DA GFIP PARA USUÁRIOS DO SEFIP 7, Aprovado pela IN INSS/DC nº 107, de 22/04/2004, com as alterações da IN MPS/SRP nº 01, de 25/11/2004, e MANUAL DA GFIP/SEFIP PARA USUÁRIOS DO SEFIP 8, aprovado pela Instrução Normativa MPS/SRP 09/2005 DA APLICAÇÃO DA ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

13.3. A auditoria verificou que houve atualização monetária - aplicação da UFIR - dos valores relativos às contribuições previdenciárias recolhidas e consideradas indevidas pelo contribuinte incidentes sobre fatos geradores ocorridos entre 02/1997 a 07/2007;

(...) 13.5. Além do que, há que se evidenciar que o contribuinte não obedeceu ao determinado na própria Decisão Judicial proferida (cópia anexa), abaixo transcrita:

"DO DIREITO À COMPENSAÇÃO

35. Devem, todavia, ser obedecidos os limites percentuais para a compensação, em cada competência, "ex vi" do art. 89 da Lei nº 8.212/1991, alterado pelas Leis nºs 9.032 e 9.129, ambas de 1995, corrigindo-se os valores a serem compensados pela Taxa SELIC, a ser aplicada a partir de 01.01.1996, após a edição da Lei nº 9.250/1995, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real.

36. A compensação deverá obedecer aos parâmetros traçados pelos arts. 170 e 170-A do CTN, eis que esses dispositivos detêm presunção de constitucionalidade, não

sendo relevante a distinção entre as modalidades de compensação referidas pelo(a)(s) Impetrante na petição inicial."

DOS ERROS NA DECLARAÇÃO EM GFIP

14. Verificou-se nas GFIP's da empresa que os valores informados no campo "VALOR SOLICITADO" para compensação são iguais ao do campo "VALOR COMPENSADO" (efetivamente abatido em documento de arrecadação da Previdência - GPS) sem informação no campo "VALOR A COMPENSAR". Isso apesar de haver saldo passível de compensação nas competências seguintes.

15. Já no preenchimento das COMPETÊNCIAS INICIAL E FINAL, onde deveria ser informado o período (competência inicial e competência final) em que foram efetuados os recolhimentos "indevidos" (contribuições que deram origem à compensação efetuada), estas em nada guardam relação com as competências de origem do crédito, mas sim com o próprio período em que houve a compensação;

16. Tais informações declaradas em GFIP não se ajustam ao previsto nos manuais da GFIP: MANUAL DA GFIP PARA USUÁRIOS DO SEFIP 7, Aprovado pela IN INSS/DC nº 107, de 22/04/2004, com as alterações da IN MPS/SRP nº 01, de 25/11/2004, e MANUAL DA GFIP/SEFIP PARA USUÁRIOS DO SEFIP 8, aprovado pela Instrução Normativa MPS/SRP 09/2005.

17. Assim, de todo o exposto, a fiscalização entende que as planilhas apresentadas encontram-se eivadas de erros, não representando o cálculo legalmente previsto para a determinação dos valores a serem compensados, e que todas as compensações efetuadas no período foram realizadas em desconformidade ao previsto na legislação vigente, bem com, em desacordo com as Decisões Judiciais (Liminar/Sentença/ Acórdão) proferidas, sendo, portanto, consideradas indevidas e objeto de glosa nesta ação fiscal.

AUTO DE INFRAÇÃO - DEBCAD Nº 37.326.067-9

DA GLOSA DAS COMPENSAÇÕES

18. Conforme os fatos acima constatados, a fiscalização considerou indevidas as compensações realizadas pelo contribuinte e, por conseguinte, as mesmas foram objeto de glosa. Consequentemente, as contribuições previdenciárias devidas e não recolhidas por haverem sido "compensadas" no período fiscalizado foram objeto de constituição de crédito nesta ação fiscal.

DO CRÉDITO COM EXIGIBILIDADE IMEDIATA

19. Para efeito de levantamento do crédito previdenciário, devemos considerar a decisão do juízo de 1º Grau que afastou a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos apenas a título de "ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS", sobre os "Quinze primeiros dias de afastamento do funcionário,

quando da concessão do auxílio-doença" e de "AUXÍLIO-ACIDENTE" (sic), mas que não incluiu as rubricas "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE". Estas últimas foram consideradas de natureza salarial, cabível, portanto, a incidência da contribuição previdenciária,

20. Os valores dos "créditos" utilizados nas compensações, objeto de glosa neste Auto, tiveram origem nos recolhimentos das contribuições sociais incidentes sobre pagamentos a segurados empregados nas rubricas "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE".

21. Diante do exposto, até a presente data, o crédito previdenciário relativo à glosa de tais compensações, constituído através deste Auto de Infração (DEBCAD 37.326.067-9), NÃO SE ENCONTRA COM A EXIGIBILIDADE SUSPensa.

DO PROCEDIMENTO ADOTADO PARA DISCRIMINAR OS CRÉDITOS

26. Tendo como base as informações constantes na planilha (TABELA DE CRÉDITO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AUXÍLIO DOENÇA, ACIDENTE, SALÁRIO MATERNIDADE, FÉRIAS E 1/3 DAS FÉRIAS) e nos documentos (folha de pagamento, recibo de pagamento de férias, rescisões de contrato de trabalhos, e outros) apresentadas pelo contribuinte, foram elaborados os anexos abaixo que demonstram detalhadamente, por competência e por estabelecimento: I) Valores compensados em GFIP pela empresa; II) O cálculo dos valores originários de recolhimento de contribuições incidentes sobre pagamentos a segurados empregados na rubrica "Adicional de 1/3 sobre Férias"; III) Diferenças entre valor compensado e valores compensáveis; IV) Levantamentos utilizados para os lançamentos dos créditos previdenciários (glosa de compensação).

ANEXO I - "VALORES COMPENSADOS PELA EMPRESA EM GFIP"

ANEXO II - CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O "ADICIONAL DE 1/3 SOBRE FÉRIAS"

ANEXO III - DIFERENÇA ENTRE OS VALORES COMPENSADOS EM GFIP E OS VALORES COMPENSÁVEIS COM BASE EM DECISÃO JUDICIAL RELATIVOS ÀS CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE O "ADICIONAL DE 1/3 SOBRE FÉRIAS" (EXIGIBILIDADE SUSPensa)

ANEXO IV - PLANILHA LEVANTAMENTOS

DOS JUROS APLICADOS

27.1. Os juros aplicados aos valores recolhidos relativos às contribuições sobre o "Adicional de 1/3 sobre as Férias" foram os determinados na Sentença de 1º Grau, abaixo transcrita:

"DO DIREITO À COMPENSAÇÃO

35. Devem, todavia, ser obedecidos os limites percentuais para a compensação, em cada competência, "ex vi" do art. 89 da Lei nº 8.212/1991, alterado pelas Leis nºs 9.032 e 9.129, ambas de 1995, corrigindo-se os valores a serem compensados pela Taxa SELIC, a ser aplicada a partir de 01.01.1996, após a edição da Lei nº 9.250/1995, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice, seja de atualização monetária, seja de juros, porque inclui, a um só tempo, o índice de inflação do período e a taxa de juros real."

29. Os valores das compensações glosadas foram levantados em papéis de trabalho denominados:

- "CM - COMPENSAÇÃO INDEVIDA EXIG. SUS." - Onde constam os valores compensados em GFIP, referentes aos "indébitos" originários de recolhimento de contribuições incidentes sobre pagamentos a segurados empregados na rubrica "Adicional de 1/3 sobre Férias". (EXIGIBILIDADE SUSPENSA até o trânsito em julgado da ação judicial).
- "CP - COMPENSAÇÃO INDEVIDA" - Que traz o EXCESSO DE COMPENSAÇÃO (realizada indevidamente com base nas rubricas férias e salário-maternidade). Portanto, os valores compensados declarados em GFIP's subtraídos dos "indébitos" originários de recolhimento de contribuições incidentes sobre pagamentos a segurados empregados na rubrica "Adicional de 1/3 sobre Férias". Houve aperfeiçoamento do presente lançamento mediante a cientificação do sujeito passivo, realizada por meio Pessoal em 23/12/2011 (fl. 02).

IMPUGNAÇÃO

O sujeito passivo apresentou Impugnação (fl. 224-246), na data de 23/01/2012, com a juntada de documentos comprobatórios e alegação cujos pontos relevantes para apreciação do litígio são os seguintes:

1. DOS FATOS

Nos termos do Relatório Fiscal anexo ao Auto de Infração, tais compensações efetuadas pelo Impugnante não foram realizadas conforme o previsto na legislação vigente, sendo, portanto, consideradas indevidas e objeto de glosa na ação fiscal. [...] Contrariando a decisão judicial, foi lavrado Auto de Infração numa tentativa do fisco de compelir o Contribuinte/Impugnante ao pagamento de tributo inexigível, como se o Impugnante não tivesse nenhuma base legal e judicial para suas declarações — o que, diga-se de passagem - não ocorreu, uma vez que as declarações do Impugnante estão como já demonstrado, embasadas legal e judicialmente. Resta, portanto, evidente que o Impugnante por ter decisão judicial favorável em discussão no referido mandamus, não deveria sofrer fiscalização e nem ser submetido ao pagamento de suposta Infração, uma vez que tais decisões são vinculadas ao fisco federal, de modo que, se este vier a cobrar tributos da

Impugnante, deverá tal cobrança ser considerada inexigível, por consequência lógica.

2. DA NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE FÉRIAS

Ocorre que em inegável ofensa ao princípio da legalidade estrita (CF, 150, inc. 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 (antes da eventual obtenção do auxílio doença ou auxílio-acidente); 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 às férias gozadas e seu respectivo adicional constitucional de 1/3 (terço) de férias, o fisco federal também faz indevida equiparação entre a contribuição patronal e a contribuição dos empregados. E nesse contexto, exige a contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a tais títulos sob o argumento de que estão excluídas do salário-de-contribuição apenas as férias indenizadas e o respectivo terço constitucional. Ressalte-se que salário-de-contribuição - repita-se - é a base de cálculo da contribuição devida pelos SEGURADOS, não a base de cálculo da contribuição patronal, conforme previsto no já transcrito artigo 20 da Lei n.º 8.212/91. Como se não bastasse, esta indevida exigência é sustentada pelo fisco federal em dispositivos infra-legais, contidos na citada IN RFB 971/09. [...] Assim, INADMISSÍVEL, ILEGAL e INCONSTITUCIONAL são os dispositivos de Instrução Normativa que extrapolem a hipótese tributária, ocorrendo indubitável desrespeito ao princípio da legalidade. Na verdade, de acordo com o exposto, a hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como, sua base de cálculo, diz respeito exclusivamente aos valores pagos, destinados a retribuir um trabalho feito ou potencial - o que não é o caso dos funcionários em gozo de férias - não havendo, mais uma vez, que se invocar peculiaridades do salário-de-contribuição, atinente à contribuição dos trabalhadores. No que se refere ao adicional constitucional de 1/3 (terço) de férias, a jurisprudência dos Tribunais Superiores também é pacífica quanto a não incidência da contribuição previdenciária patronal.

[...] 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 - o que não é o caso das férias, não havendo, em hipótese alguma, que se invocar o salário-de-contribuição, este atinente à contribuição dos trabalhadores. Portanto, de rigor pede seja assegurado o direito líquido e certo da Impugnante de não ser compelido ao indevido recolhimento da contribuição previdenciária patronal incidente sobre férias. Por todo o exposto, tem-se que os pagamentos a título de gozo de férias NÃO SE ENQUADRAM NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA, aqui em análise. Dessa forma, a pretensa exigência da contribuição social previdenciária sobre os respectivos valores IMPLICA INEGÁVEL OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA (CF, art. 150, inc. I). Por fim, conforme acima ressaltado, a lavratura do presente Auto de Infração implica em flagrante desobediência à decisão judicial proferida em favor do Impugnante nos autos do Mandado de Segurança nº 0012567- 90.2007.4.05.8100 (nº antigo: 2007.81.00.012567-4).

3. DA NÃO UTILIZAÇÃO DA RUBRICA SALÁRIO-MATERNIDADE

Ocorre Nobre Julgador, que ao fazer tal exigência incorreu o fiscal autuante em erro, uma vez que, a Impugnante fez apenas um levantamento dos valores recolhidos indevidamente a título de salário maternidade, porém, não utilizou tal crédito, em razão de ter a seu dispor um crédito maior a título de férias e seu adicional constitucional de 1/3. Ressalte-se, que mesmo que tivesse a Impugnante utilizado na compensação o valor levantado a título de salário-maternidade, este também não é devido, pelos motivos a seguir expostos. No que tange ao salário-maternidade, se equivoca o Fisco Federal, quando indevidamente faz equiparação entre a contribuição patronal e a contribuição dos empregados. Ocorre que tais tributos são absolutamente distintos, tendo, cada qual, distintas competências tributárias, hipóteses de incidência, fatos geradores, bases de cálculo e alíquotas. Todavia se exige a contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos a título de salário-maternidade pelo Impugnante a suas funcionárias gestantes ao argumento - pasmem - de que estes integram o salário-de-contribuição. [...] Assim, ABSOLUTAMENTE ILEGAL e INCONSTITUCIONAL é a pretensa exigência de contribuição previdenciária devidas pelas empresas sobre os valores pagos a título de salário-maternidade. Nesse ponto, de acordo com o raciocínio já desenvolvido anteriormente, também pouco importa a denominação que se dê a este pagamento (até mesmo "salário"), sendo, ainda, indiferente a natureza que se lhe queira atribuir (indenizatória, etc). Nesse sentido, se manifestou a Colenda Segunda Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da Quinta Região. [...] Porém, não pode dispositivo de Instrução Normativa extrapolar a hipótese tributária, sob pena de nova e flagrante ofensa ao princípio da legalidade. Ademais, conforme já amplamente exposto, a hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como, sua base de cálculo, referemse apenas e tão somente aos valores pagos, destinados a retribuir um trabalho feito ou potencial - o que não é o

caso da gestante em gozo de licença maternidade - não havendo, em hipótese alguma, que se invocar o salário-decontribuição, sendo este atinente à contribuição dos trabalhadores. Portanto, de rigor seja assegurado o direito líquido e certo do Impugnante de não ser compelido ao indevido recolhimento da contribuição previdenciária patronal sobre os valores pagos sob a égide de salário-maternidade. Por todo o exposto, tem-se que os pagamentos a título de salário maternidade NÃO SE ENQUADRAM NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA em análise. Dessa forma, a pretensa exigência da contribuição social previdenciária sobre os respectivos valores, ainda que utilizados tivessem sido, IMPLICA INEGÁVEL OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA (CF, art. 150, inc. I). Por fim, conforme ressaltado em linhas anteriores, a lavratura do presente auto de infração implica em flagrante desobediência à decisão judicial proferida em favor do Impugnante.

4. DA DISTINÇÃO ENTRE A COMPENSAÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 66 DA LEI N.º 8.383/91 E A DISPOSTA NOS ARTIGOS 170 E 170-A DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL

Como não bastassem os argumentos até aqui expendidos, possui a Impugnante o direito de efetuar a compensação dos valores indevidamente pagos, independentemente de autorização ou processo administrativo. Isto porque o direito de efetuar a compensação pelo auto-lançamento - de acordo com o artigo 66 da Lei n.º 8.383/91 - já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça. [...] Nesse contexto, fez-se necessário socorro ao Judiciário apenas para que a Impugnante não sofresse indevidas retaliações por parte do Fisco Federal, o que é, em síntese, o objetivo primordial da presente Impugnação Administrativa, sendo, portanto, equivocada eventual argumentação no sentido de que não teria a Impugnante embasamento legal para efetuar tais compensações. [...] Desse modo, não há que se eventualmente condicionar a compensação em referência ao trânsito em julgado do processo, afastando-se a aplicação do artigo 170-A do Código Tributário Nacional, bem como a de instruções normativas nesse sentido. Portanto, não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170-A do CTN, pois o que foi postulado na ação judicial - repita-se - foi a compensação no regime do lançamento por homologação (autolançamento), previsto no art. 66 da Lei n.º 8.383/91. Assim, a Lei n.º 8.383/91, em seu artigo 66, trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização. O artigo 170 do Código Tributário - e seu apêndice, o artigo 170-A - cuidam de outra modalidade de compensação, realizada diretamente pelos agentes fiscais a pedido do contribuinte, e que extingue o crédito tributário (já constituído, portanto), nos termos do artigo 156, II, do CTN. [...] Assim, ainda que não se concorde com as razões acima apresentadas, o que se não pode admitir é que a restrição prevista no art. 170-A do Código Tributário Nacional seja tolerável

no caso concreto. [...] Desse modo, 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.

5. DO PROCESSO JUDICIAL

A Impugnante ajuizou Mandado de Segurança n.º 0012567- 90.2007.4.05.8100 (nº antigo: 2007.81.00.012567-4), originário da 3ª Vara Federal em Fortaleza - Seção Judiciária do Ceará, atualmente sobrestado no Tribunal Regional Federal da 5ª Região, aguardando julgamento de Recurso perante o Supremo Tribunal Federal. No entanto, houve claro equívoco na cobrança, uma vez que foi proferida decisão favorável ao ora Impugnante, nos autos do supra mencionado processo.

6. DA APLICAÇÃO INDEVIDA DA MULTA

Ainda segundo a Secretaria da Receita Federal do Brasil, o valor da multa e juros aplicados até aqui são equivalentes a cerca de 60% do valor principal considerado devido pela mesma. No entanto, a Secretaria da Receita Federal do Brasil não indicou a base legal utilizada para a aplicação da multa e seu percentual. Ora Nobre Julgador, está claro que a cobrança ora combatida não pode prosperar e padece do vício insanável de ilegalidade. Com efeito, é nula a multa lançada sem fundamento legal ou com fundamento em dispositivos normativos que não prevêem infração alguma, e nem sequer a correlata sanção. Noutras palavras, a cobrança foi lançada sem respaldo fático e igualmente, sem respaldo legal, não podendo, portanto, prosperar. Ademais, ainda que houvesse substrato legal para a multa lavrada, trata-se de multa escorchant e injusta, uma vez que indevida.

6.1. DOS PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE E AS MULTAS FISCAIS

O ato administrativo que aplicou a penalidade (multa exorbitante) também ofendeu os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. O princípio da razoabilidade tem sua base de formação nos Estados Unidos, tendo sua acepção ligada à razoabilidade que a lei deve ter e sua relação com a moralidade e a continência do fundamento da edição da norma com a solidariedade, segurança jurídica, ordem e principalmente a justiça. [...] Na análise deste princípio aplicado a multas fiscais, vislumbramos que uma lei que estabeleça uma multa elevada para combater a sonegação fiscal deve ser graduada em percentual proporcional ao seu objetivo de punir e reprimir o ato ilícito. Dessa forma, constatado que o princípio da razoabilidade das leis aplicase às normas que impõem penalidades fiscais, ficou claro que o ato administrativo que aplicou a multa, extrapolou as balizas constitucionais.

PEDIDO

Diante do exposto, protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, notadamente 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 do auto de infração DEBCAD nº 37.326.067-9 ora impugnado em todos os seus termos.

A DRJ negou provimento à Impugnação do contribuinte, ora Recorrente, em acórdão assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

AÇÃO JUDICIAL. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

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.

CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEPÓSITOS JUDICIAIS. EXIGIBILIDADE SUSPensa. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PREVENÇÃO DE DECADÊNCIA

Cabível o lançamento de ofício destinado a prevenir a decadência do crédito tributário cuja exigibilidade houver sido suspensa em razão de decisões judiciais não transitada em julgado.

COMPENSAÇÃO

Somente é cabível, nas condições e sob as garantias que a Lei estipular, a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

ACRÉSCIMOS LEGAIS

Os acréscimos legais devidos por força de lei, tem aplicação obrigatória com base no princípio da presunção de legalidade e constitucionalidade das leis e da vinculação do ato administrativo do lançamento.

VALIDADE DO LANÇAMENTO FISCAL

O auto de infração lavrado pela fiscalização é válida e eficaz, se lavrada com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

DILAÇÃO PROBATÓRIA

Em regra, a prova documental deve ser apresentada juntamente com a impugnação, sob pena de preclusão, com exceção, apenas das hipóteses do § 4º, do art. 16 do Decreto n.º 70.235/1972.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a decisão, o Recorrente interpôs Recurso Voluntário, no qual alega o seguinte:

- (i) que não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias e sobre os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento do empregado por doença, conforme decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no Resp nº 1.230.957, sob sistemática dos recursos repetitivos
- (ii) que não incide contribuições previdenciárias sobre férias gozadas e sobre salário-maternidade; e
- (iii) que a multa foi aplicada indevidamente.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Andressa Pegoraro Tomazela**, Relatora

De início, importante mencionar que, apesar de o contribuinte alegar ter compensado contribuições previdenciárias relativas a férias gozadas, a terço constitucional de férias, aos primeiros 15 (quinze) dias de afastamento por doença e a salário maternidade, a fiscalização aponta que no Auto de Infração ora questionado apenas “créditos” relativos a férias gozadas e a salário maternidade é que foram compensados, conforme trecho abaixo:

20. Os valores dos "créditos" utilizados nas compensações, objeto de glosa neste Auto, tiveram origem nos recolhimentos das contribuições sociais incidentes sobre pagamentos a segurados empregados nas rubricas "FÉRIAS" e "SALÁRIO-MATERNIDADE".

Sobre o tema, o Recorrente alegou existir Mandado de Segurança, sob o n.º. 2007.81.00.012567-4, que objetivava a declaração de inexigibilidade de Contribuições Previdenciárias sobre férias gozadas, terço constitucional de férias, primeiros 15 (quinze) dias de afastamento por doença e salário maternidade, tramitando no Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Em razão de decisão favorável obtida pelo Recorrente no âmbito judicial, compensou as contribuições previdenciárias, objeto da discussão administrativa.

Conforme decidido pela DRJ, na hipótese de concomitância entre processo administrativo fiscal e processo judicial com o mesmo objeto, há a prevalência do processo judicial e consequente renúncia da discussão administrativa. Nesse sentido é o PARECER NORMATIVO

COSIT Nº 7/2014), que no âmbito administrativo tem aplicabilidade vinculante, no seguinte sentido:

A propositura pelo contribuinte de ação judicial de qualquer espécie contra a Fazenda Pública com o mesmo objeto do processo administrativo fiscal implica renúncia às instâncias administrativas, ou desistência de eventual recurso de qualquer espécie interposto. Quando contenha objeto mais abrangente do que o judicial, o processo administrativo fiscal deve ter seguimento em relação à parte que não esteja sendo discutida judicialmente. A renúncia tácita às instâncias administrativas não impede que a Fazenda Pública dê prosseguimento normal a seus procedimentos, devendo proferir decisão formal, declaratória da definitividade da exigência discutida ou da decisão recorrida.

Nessa mesma linha é a Súmula CARF nº 1: “Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.”

Por essa razão, não conheço o Recurso Voluntário do Recorrente. Para a matéria em discussão neste processo administrativo, deve ser aplicado o que se decidiu no âmbito judiciário.

Apesar da decisão judicial favorável obtida pelo Recorrente, não há que se confundir suspensão da exigibilidade das contribuições previdenciárias com impossibilidade do seu lançamento. A autoridade administrativa não está impedida de fiscalizar e lançar o crédito tributário, pois essa suspensão refere-se ao crédito e não à possibilidade de a autoridade fiscal efetuar o lançamento, estando suspensos tão-somente os atos executórios de cobrança. Mais que uma possibilidade, o lançamento é atividade obrigatória e vinculada da autoridade fiscal, determinada pelo art. 142 do CTN. Nessa linha é a Súmula CARF nº 48: “A suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de medida judicial não impede a lavratura de auto de infração”.

No entanto, não deve ser aplicada a multa de ofício quando verificada a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas os juros de mora incidem sobre o crédito com exigibilidade suspensa, conforme Súmulas CARF nº 17, 50 e 5 abaixo transcritas:

Súmula CARF nº 17: Não cabe a exigência de multa de ofício nos lançamentos efetuados para prevenir a decadência, quando a exigibilidade estiver suspensa na forma dos incisos IV ou V do art. 151 do CTN e a suspensão do débito tenha ocorrido antes do início de qualquer procedimento de ofício a ele relativo.

Súmula CARF nº 50 – É cabível a exigência de multa de ofício se a decisão judicial que suspendia a exigibilidade do crédito tributário perdeu os efeitos antes da lavratura do auto de infração.

Súmula CARF nº 5 – São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral.

Por fim, importante mencionar que o Recorrente compensou as contribuições previdenciárias com base em decisão judicial favorável, mas sem trânsito em julgado, contrariando o artigo 170-A do Código Tributário Nacional. Veja-se:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

Assim, o Recorrente apenas poderia compensar as contribuições previdenciárias após o trânsito em julgado do Mandado de Segurança. De qualquer forma, como o Recurso Voluntário ora analisado não foi conhecido em razão da concomitância entre o processo administrativo e a ação judicial, será aplicado o que se decidiu no âmbito judiciário.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por NÃO CONHECER do presente recurso, em razão da concomitância da discussão processual nas esferas administrativa e judicial.

Assinado Digitalmente

Andressa Pegoraro Tomazela