



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

Processo nº 10580.721575/2013-62
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-004.009 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de novembro de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente EMPREENDIMENTOS EDUCACIONAIS ANCHIETA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2008

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO DECORRENTE DE DECISÃO JUDICIAL.

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.

Os débitos indevidamente compensados não se confundem com aqueles que deram origem ao suposto direito creditório que lastreou a compensação.

TRIBUTO PREVIDENCIÁRIO. NÃO INCIDÊNCIA. DISCUSSÃO JUDICIAL.

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em rejeitar as preliminares arguídas e, no mérito, negar-lhe provimento. Votou pelas conclusões a Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz.

(assinado digitalmente)

Carlos Henrique de Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Relator.

EDITADO EM: 22/11/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Ana Cecília Lustosa da Cruz, José Alfredo Duarte Filho, Marcelo Milton da Silva Risso, Carlos Alberto do Amaral Azeredo e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim. Ausentes os Conselheiros Dione Jesabel Wasilewski e Daniel Melo Mendes Bezerra.

Relatório

O presente processo trata de Auto de Infração decorrente da glosa de compensação de contribuições previdenciárias identificadas no período de abril a dezembro de 2008, incluindo o 13º salário, que deu origem ao DEBCAD 37.369.047-9, cujo montante lançado, consolidado até fevereiro de 2013, alcançou R\$ 898.316,98, incluindo juros e multa de mora.

No mesmo procedimento, foi exigida multa isolada por inserção de créditos indevidos em Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP, que originou o DEBCAD 51.020.650-6, tratado nos autos do processo 10580.721577/2013-51.

O Relatório Fiscal de fl. 14 a 20 aponta os seguintes motivos para a constituição, de ofício, do crédito tributário:

- que as compensações efetuadas pelo contribuinte, lastreadas em crédito decorrente de valores pagos incidentes sobre **salário maternidade**, foram realizadas com base em créditos inexistentes, já que a ação judicial em que se discutiu a matéria resultou em decisão desfavorável ao contribuinte (item 3.1.2, fl. 14);

- que as compensações efetuadas pelo contribuinte, lastreadas em crédito decorrente de valores pagos incidentes sobre o **adicional de 1/3 de férias**, apesar de sentença favorável proferida nos autos do MS nº 0026478-30.2007.4.01.3300, foram efetuadas indevidamente, já que o provimento judicial condiciona a compensação ao julgamento em definitivo da lide, nos termos do disposto no art. 170-A da Lei 5.172/66 - CTN, (item 3.1.3, fl. 15);

Houve lavratura de Termo de Sujeição Passiva Solidária à empresa Centro Escolar Aquarius Ltda, por restar caracterizada a existência de Grupo Econômico, em razão constatação de direção, controle ou administração exercida pelos mesmos administradores e por serem as empresas interligadas, utilizando, alternada e concomitantemente, os mesmo empregados, possuindo o mesmo objeto social e estrutura organizacional.

Ademais, houve imputação de responsabilização solidária pelo crédito tributário aos sócios administradores.

Ciente do Auto de Infração em 05 de março de 2013, conforme fl. 02, inconformado, o autuado apresentou, tempestivamente, a impugnação de fl. 355 a 393, que assim foi relatada pela Decisão *a quo*:

- Preliminarmente, alega que a autuação é nula de pleno direito porque o período objeto da fiscalização já havia sido fiscalizado. Afirma que em 26/10/2010, através do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0510100.2010.01268-6, foi

iniciado um procedimento de fiscalização referente às contribuições previdenciárias relativas ao período de 06/2006 a 12/2008, cujo encerramento ocorreu no dia 05/12/2011. Destaca que depois de encerrada essa fiscalização, no dia 07/02/2012, o Auditor-Fiscal autuante iniciou nova fiscalização referente ao mesmo tributo e aos mesmos fatos (MPF nº 0510100.2012.00099-5), analisando a mesma documentação do período compreendido entre 04/2008 a 12/2008, o que configura vício formal e implica nulidade da autuação.

- Ainda em preliminar, afirma que em nenhum momento o autuante afastou a existência dos créditos da empresa e que o procedimento de compensação foi feito pelo instrumento previsto na legislação (GFIP), conforme previsto no art. 44 da IN RFB nº 900. Alega que há divergência no Auto de Infração, pois a autoridade fiscal enquadrou o procedimento do contribuinte como “falso” a fim de aplicar a multa de 150%, mas não analisou o procedimento de compensação em si (homologação ou não homologação) e simplesmente afastou o quantum declarado pelo contribuinte. Afirma que a aplicação do artigo 170-A do CTN em ações de mandado de segurança é uma atecnia, e nesse sentido cita entendimento da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Argumenta que o art. 170-A poderia ser suscitado no máximo para não homologar a compensação realizada, mas não para enquadrar a declaração como falsa. Assevera que a falsidade da declaração ocorre quando a justificativa apresentada para a compensação é uma e o apurado é outro, sendo que no presente caso as justificativas e toda a documentação solicitada foram apresentadas no decorrer da fiscalização e o Relatório Fiscal é muito claro no sentido de que os valores levantados e glosados foram apurados nas GFIP. Diante deste cenário, conclui que os Autos de Infração são nulos de pleno direito, haja vista que o enquadramento legal não foi adotado corretamente.

- Alega que a impugnação suspende a exigibilidade do crédito tributário, o qual só poderá ser considerado definitivamente constituído após o encerramento do processo administrativo fiscal. Afirma que antes disso não se poderá de modo algum atribuir-se ao contribuinte a prática de algum crime fiscal e cita diversas decisões do STF nesse sentido. Por isso, conclui que a Representação Fiscal para Fins Penais deverá ficar no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil até o esgotamento final da via administrativa e, ainda, até o final do prazo para o contribuinte pagar ou parcelar o tributo.

- No mérito, esclarece que as compensações foram efetuadas com utilização dos créditos oriundos dos autos de Mandado de Segurança nº 2007.33.00.0264934, impetrado pela empresa para contestar a incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como sobre os valores pagos a título de salário-maternidade, férias, adicional de férias de 1/3 (terço constitucional) e aviso prévio indenizado. Afirma que, conforme foi indicado no próprio Relatório Fiscal, a

empresa obteve êxito na referida ação, tendo portanto o direito de não mais pagar sobre as verbas discutidas, bem como de compensar os créditos decorrentes dos pagamentos indevidos, na forma declarada nas GFIPs pertinentes ao período em questão.

- Destaca que a empresa cumpriu todas as suas obrigações fiscais, sendo prova disso os diversos documentos que foram apresentados no decorrer da fiscalização (cópias das decisões proferidas nos mandados de segurança, planilhas de memórias de cálculo e GFIPs), os quais demonstraram que a impugnante está adimplente com o fisco previdenciário, pois cumpriu todos os seus deveres principais e instrumentais.

- Discorre sobre a base de cálculo das contribuições previdenciárias, citando o art. 195 da Constituição Federal, o art. 22 da Lei 8.212/91 e também diversos dispositivos da Instrução Normativa RFB nº 971/2009. Destaca que a incidência da contribuição patronal limita-se aos valores pagos aos segurados como retribuição ao trabalho efetivo ou potencial. Afirma que já se tentou, através das Medidas Provisórias 1.523-13 e 1.596-14, ampliar a hipótese tributária para além dos valores pagos como contraprestação de serviços, contudo essa ampliação foi prontamente obstada pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, na ADIN nº 1659-6, e depois acabou sendo expressamente rejeitada quando da conversão da MP em lei. Diante disso, conclui que a exigência de contribuições sobre as importâncias pagas nos primeiros 15 dias de afastamento do empregado por doença ou acidente, sobre os valores pagos a título de férias gozadas e adicional de 1/3 de férias e sobre os valores pagos a título de salário-maternidade constitui inegável ofensa ao princípio da legalidade estrita e ao histórico legislativo e jurisprudencial, pois nas referidas situações é óbvio que o empregado não presta serviços nem fica a disposição da empresa.

- Discorre especificamente sobre a natureza de cada uma das verbas acima mencionadas, visando a demonstrar que as mesmas não têm natureza de contraprestação pelo trabalho e não concretizam a hipótese legal de incidência. Para corroborar sua tese, cita julgados dos Tribunais Regionais Federais e do Superior Tribunal de Justiça. Afirma que o fisco sustenta a exigência da contribuição previdenciária patronal sobre salário-maternidade, férias gozadas e respectivo adicional de 1/3 com o argumento de que esses valores integram o salário-de-contribuição, quando é certo que o salário-de-contribuição é base de cálculo apenas da contribuição devida pelos segurados, e não da contribuição patronal (conforme disposto no art. 20 da Lei 8.212/91). Defende que as peculiaridades do salário de contribuição não podem ser invocadas para justificar a incidência das contribuições a cargo do empregador.

- Afirma que a compensação facultada pelo art. 66 da Lei 8.383/91 ocorre no âmbito do lançamento por homologação e independe de autorização da Administração Pública, cuja participação na operação cinge-se à posterior revisão, com a possível homologação ou com o lançamento em razão da discordância total ou parcial com a compensação realizada. Assevera que essa hipótese não se confunde com a modalidade

de compensação prevista nos artigos 170 e 170-A do Código Tributário Nacional, que cuida da compensação realizada diretamente pelos agentes fiscais, a pedido do contribuinte, extinguindo crédito tributário já constituído, nos termos do art. 156, II, do CTN. Anota que a distinção entre esses regimes de compensação tem sido destacada pelo Superior Tribunal de Justiça e, por fim, conclui que a Administração não pode vincular o procedimento de compensação efetuado pelo contribuinte ao trânsito em julgado da decisão judicial.

- Alega que a apresentação de GFIP é apenas uma obrigação acessória do contribuinte, que não substitui a constituição do crédito tributário por meio do lançamento, ato administrativo vinculado e obrigatório atribuído de maneira privativa à autoridade fiscal (art. 142 do CTN). Afirma que é função do sujeito ativo da obrigação tributária, em caso de averiguação de ausência de pagamento ou de compensações indevidas, proceder ao lançamento de ofício e notificar o sujeito passivo. Argumenta que o contribuinte, ao informar em GFIP a suspensão de pagamento com fundamento em processos judiciais, não pratica nenhum ato tendente a constituir o crédito tributário, e portanto não há razão para que o Fisco proceda à inscrição em dívida ativa e à respectiva cobrança de seus créditos.

- Contesta a multa aplicada no Auto de Infração DEBCAD nº 51.020.6506, afirmando que se a obrigação principal é indevida também não há que se falar em multa acessória. Além disso, alega que a multa aplicada é flagrantemente inconstitucional, porque viola os princípios do não-confisco, da capacidade contributiva, da isonomia, da proporcionalidade, da razoabilidade e da moralidade.

Ao final, com base nesses argumentos, a empresa pediu que seja dado provimento à impugnação e que seja julgado improcedente o Auto de Infração. Requereu também a intimação do seu patrono para a realização da oportuna sustentação oral por ocasião do julgamento da impugnação.

Debruçada sobre os argumentos expressos na impugnação, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Curitiba/PR, por unanimidade de votos, concluiu pela sua improcedência, mantendo integralmente o crédito tributário lançado. As conclusões do Julgador de 1ª instância podem ser assim resumidas:

Preliminares

Período objeto da fiscalização

O fato de o período fiscalizado já ter sido objeto de fiscalização anterior não acarreta nenhum vício no crédito tributário. Inexiste previsão legal de “homologação” de fatos analisados e não glosados em fiscalizações anteriores. Ao contrário, em virtude da indisponibilidade do interesse público e tendo em vista o caráter vinculado e obrigatório da atividade administrativa de lançamento, a Fiscalização pode e deve constituir o crédito tributário correspondente a todas as

infrações que porventura sejam apuradas, desde que não tenha decorrido o prazo decadencial (Código Tributário Nacional, artigos 142 e 149).

Questões relativas à análise da compensação

(...) O fato de a compensação ter sido feita através do instrumento previsto na legislação (GFIP) não impede que a fiscalização desconsidere esse procedimento e constitua o crédito tributário daí decorrente. Aliás, em nenhum momento a autoridade fiscal afirmou que o motivo da glosa da compensação teria sido a inadequação do instrumento utilizado. A descrição dos fatos e fundamentos jurídicos constantes do Relatório Fiscal deixa claro que o motivo da glosa foi a inexistência dos créditos informados em GFIP pela empresa autuada.

Ao contrário do que afirma a impugnante, a fiscalização afastou sim a existência e validade dos créditos da empresa. Isso foi feito de forma expressa nos itens 3.1.1 a 3.1.6: (...)

Conseqüentemente, também se mostra equivocada a alegação de que a fiscalização não teria analisado “o procedimento de compensação em si”. O trecho do Relatório Fiscal acima citado deixa claro que as compensações foram devidamente analisadas, tendo a fiscalização concluído que a mesma foi feita em desacordo com o art. 170-A do Código Tributário Nacional. (...)

Portanto, entendo que as preliminares de nulidade devem ser rejeitadas. O Auto de Infração está devidamente motivado e não possui nenhum vício que possa acarretar a nulidade dos Autos de Infração. (...)

Representação Fiscal para Fins Penais

Por fim, no que tange às alegações relativas à Representação Fiscal para Fins Penais, é necessário esclarecer que se trata de matéria que está fora do âmbito de atribuições das Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ.

Mérito

Compensação indevida

(...) Em consulta ao site do Tribunal Regional Federal da 1ª Região (www.trf1.jus.br) e às cópias de decisões judiciais anexadas no presente processo, é possível verificar que a empresa teve decisão parcialmente favorável na primeira e na segunda instância.

O pedido da autora foi julgado improcedente em relação ao salário-maternidade e procedente em relação ao adicional de um terço de férias. Contudo essas decisões não transitaram em julgado, pois a Fazenda Nacional interpôs recurso especial, o qual se encontra sobrestado aguardando julgamento de recurso representativo da controvérsia no Superior Tribunal de Justiça (sistemática dos recursos repetitivos).

(...) Portanto, o simples fato de o processo judicial movido pela empresa autuada ainda estar em andamento já é suficiente para evidenciar que o procedimento de compensação efetuado está em

desacordo com a lei, pois foi efetuado antes do trânsito em julgado da decisão judicial relativa às contribuições discutidas, o que configura afronta direta ao artigo 170-A do Código Tributário Nacional.

A autuada alega que a limitação do artigo 170-A do CTN não seria aplicável aos tributos discutidos por meio de mandado de segurança, nem às compensações efetuadas na sistemática do lançamento por homologação (com base no art. 66 da Lei nº 8.383/91).

Contudo, essa alegação não tem como prosperar, pois o condicionamento da compensação ao trânsito em julgado da decisão, previsto no artigo 170-A do CTN, aplica-se a toda e qualquer modalidade de compensação e a todo e qualquer tipo de ação judicial.

(...) Portanto, a glosa das compensações efetuadas pela empresa nas competências do período de 04/2008 a 13/2008 está correta e a exigência constante do Auto de Infração DEBCAD nº 37.369.0479 deve ser mantida integralmente.

Questionamentos relativos às contribuições incidentes sobre algumas rubricas da folha de pagamento Matérias discutidas em juízo pela empresa autuada – Renúncia ao contencioso administrativo

Com relação às alegações expendidas pelo contribuinte com o intuito demonstrar a ilegalidade/inconstitucionalidade das contribuições previdenciárias incidentes sobre algumas rubricas de sua folha de pagamento (tais como os valores pagos no primeiros 15 dias de afastamento do segurado por doença-acidente, salário-maternidade, férias e respectivo adicional de 1/3), cabe esclarecer que se trata de matérias que estão sendo discutidas pelo contribuinte no bojo do Mandado de Segurança nº 002647830.2007.4.01.3300 (numeração antiga 2007.33.00.0264934)

O Decreto nº 7.574, de 29/09/2011, que regulamenta o processo de determinação e exigência de créditos tributários da União, estabelece que a propositura de ação judicial importa em renúncia ou desistência da instância administrativa:(...).

Alegação de necessidade de lançamento

O contribuinte alega que a apresentação de GFIP não substitui o lançamento tributário, de forma que seria necessária a atuação da fiscalização para constituição do crédito tributário.

(...) E foi justamente isso que aconteceu no presente caso. A autoridade fiscal iniciou um procedimento fiscal contra o contribuinte, intimou-o para apresentar documentos e esclarecimentos, analisou os elementos apresentados e, ao final, efetuou os lançamentos, consubstanciados nos Autos de Infração nºs 37.369.0479 e 51.020.6506.

Portanto, o questionamento da empresa não tem sentido.

Questionamentos relativos à multa constante do Auto de Infração DEBCAD nº 51.020.6506

(...) Esse Auto de Infração é objeto de outro processo administrativo fiscal, o de nº 10580.721577/201351.

Portanto, todas as alegações relacionadas a esse crédito tributário serão apreciadas apenas naquele processo (...)

Requerimentos finais – intimação a respeito da data de julgamento e sustentação oral

Quanto ao pedido de intimação a respeito da data de julgamento e de realização de sustentação oral, é necessário esclarecer que tais medidas não se mostram cabíveis na primeira instância do processo administrativo fiscal, por falta de previsão legal.

(...)

Ante todo o exposto, voto no sentido de considerar improcedente a impugnação, mantendo integralmente o Auto de Infração DEBCAD nº 37.369.047-9.

Ciente do Acórdão do Julgamento em 1ª Instância, em 22 de setembro de 2014 (fl. 447), ainda inconformado, o contribuinte apresentou o recurso voluntário de fl. 449 a 470, em que pleiteou a improcedência total do débito ora sob análise, lastreando suas razões a partir dos seguintes tópicos:

I - Preliminarmente - matéria em recurso repetitivo - revisão e/ou retificação de lançamento - necessidade - regimento interno - lei 10.522/02;

I.I - Preliminar - Período de apuração foi objeto de fiscalização no MPF 0510100.2010.01.01268-6;

II - Da tempestividade e do efeito suspensivo;

IV - Do Mérito

IV.I - Do vício (insanável) da autuação em razão da ausência de correlação lógica entre os valores lançados e a base de cálculo utilizada para apuração dos supostos créditos tributários;

IV.II - Da compensação Prevista no art. 66 da lei nº 8.383/91;

IV.III - Da indevida exigência de contribuição previdenciária sobre valores objeto do Mandado Segurança apresentado (15 primeiros dias de afastamento, salário-maternidade, das férias e do terço constitucional);

IV.IV - Da necessidade de conversão do julgamento em diligência.

É o relatório necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo Relator

Por ser tempestivo e por preencher as demais condições de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

PRELIMINARES

Matéria em recurso repetitivo - Revisão e/ou retificação de lançamento - necessidade - regimento interno CARF - Lei 10.522/02.

Alega o recorrente que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STJ e STF em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista nos art. 543 B e C do Código de Processo Civil, devem ser reproduzidas pelos Conselheiros do CARF.

Afirma que, no caso em tela, a matéria discutida - não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre algumas verbas e multa confiscatória está sendo ou já foi analisada pelo STF e STJ, com repercussão geral reconhecida, o que demandaria a devolução dos presentes autos à 1ª instância para que a turma julgadora reproduzisse nos autos a decisão proferida, em particular no REsp 1.230.957, que teria sido eleito como Recurso Representativo da Controvérsia, tendo restado consolidado entendimento quanto à não incidência da contribuição previdenciária patronal sobre o pagamento dos primeiros 15 dias de afastamento de licença médica, do terço de férias e do aviso prévio.

Elencadas as razões recursais, é claro que equivoca-se o contribuinte. Não se discute nos autos a procedência ou não de indébitos tributários decorrentes de pagamentos indevidos ou a maior de contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas objeto de discussão judicial.

O que se tem é que a autuação decorre da não observação pelo contribuinte das limitações impostas pela legislação para exercício da prerrogativa de compensar débitos pendentes de pagamento mediante compensação com utilização de créditos decorrentes de decisão judicial.

Ou seja, a autuação não avaliou a procedência do suposto crédito apontado pelo contribuinte, terminando o procedimento de ofício em momento anterior à apuração do eventual direito creditório e à verificação de sua suficiência para extinguir a totalidade dos débitos compensados.

A competência desta Corte é a de julgar recursos de ofício e voluntário de decisão de 1ª instância, bem como os recursos de natureza especial, que versem sobre a aplicação da legislação referente a tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (art. 1º do RICARF).

Desta forma, os limites de atuação deste Colegiado estão na verificação dos atos administrativos praticados no processo de exigência tributária, em particular para aferição de sua procedência e compatibilidade com a legislação.

A lide instaurada no presente caso versa sobre a não homologação de uma compensação tributária lastreada em crédito decorrente de decisão judicial que, à época, não havia transitado em julgado, o que afronta diretamente previsão legal contida no Código Tributário Nacional:

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 LC nº 104, de 2001)

Pelo comando legal acima, claro está que a compensação, no caso de crédito decorrente de decisão judicial, somente pode ser levada a termo após o seu trânsito em julgado.

Além disso, a compensação promovida por iniciativa do próprio sujeito passivo ocorre instantaneamente, no exato momento de sua efetivação, extinguindo o crédito tributário sob condição resolutória de posterior procedimento de homologação, sendo também indiscutível que, em se tratando de contribuições previdenciárias, somente pode alcançar débitos posteriores ao surgimento do crédito.

A Autoridade Administrativa apenas homologa ou não o procedimento efetuado pelo sujeito passivo e, para tanto, verifica sua correção no momento em que seus efeitos são alcançados, ou seja, no momento da compensação.

Além da verificação do cumprimento das exigências impostas pela legislação, se estes forem plenamente atendidos, o Fisco quantifica o indébito e avalia sua eventual suficiência em relação ao débito que se pretendeu extinguir.

No caso ora sob análise, não tendo sido identificada, no momento da homologação, a ocorrência do trânsito em julgado do provimento judicial, não se chegou às fases seguintes do procedimento fiscal (quantificação do crédito e cotejo com o débito).

Assim, reconhecer a correção do procedimento de compensação por conta do trânsito em julgado superveniente, importaria assumir o risco de afirmar que o crédito foi suficiente à extinção do débito, o que pode resultar em prejuízo ao Erário, além de configurar decisão que se assemelha à compensação de ofício, cuja competência é da unidade responsável pela administração do tributo e não do julgador de 2ª instância.

Portanto, o julgamento do REsp citado não empresta seus efeitos ao presente processo, mas pode e deve ser considerado pelo contribuinte para quantificar o seu direito creditório e promover a compensação em momento posterior ao trânsito em julgado do provimento judicial.

Situação diferente seria se o presente tratasse de cobrança de tributo lançado sobre as verbas consideradas pelo judiciário fora do campo de incidência do tributo previdenciário. Neste caso, não haveria dúvidas sobre a improcedência do lançamento. Contudo, como se viu, a imputação fiscal decorre de compensação indevida de débitos apurados sobre rubricas que não se confundem com as verbas em litígio judicial.

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Período de apuração foi objeto de fiscalização no MPF 051010.2010.01.01268-6

Sustenta o recorrente a nulidade da autuação, basicamente por entender que todo e qualquer fato gerador compreendido no período teria sido homologado pelo Fisco, em razão de ter sido fiscalizada em procedimento anterior, no mesmo período.

Não assiste razão ao recorrente. A possibilidade de novo procedimento de fiscalização em face de determinado contribuinte decorre da vinculação à lei da atividade de

lançamento. Identificado fato que configure infração à legislação tributária é dever do fisco promover o lançamento de ofício, independentemente de ter ou não incluído o contribuinte em programa de fiscalização anterior.

Ainda que o contribuinte fosse fiscalizado e autuado no mesmo período e sobre o mesmo tributo, não estaria a salvo de, dentro do prazo decadencial, ser objeto de novo procedimento fiscal, é o que se conclui pelos termos do Decreto 7.574/2011, que regulamenta o processo de determinação e de exigência de créditos tributários da União:

Art. 41. Quando, em exames posteriores, diligências ou perícias realizados no curso do processo, forem verificadas incorreções, omissões ou inexatidões, de que resultem agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, será efetuado lançamento complementar por meio da lavratura de auto de infração complementar ou de emissão de notificação de lançamento complementar, específicos em relação à matéria modificada (Decreto no 70.235, de 1972, art. 18, § 3º, com a redação dada pela Lei no 8.748, de 1993, art. 1º). Ver tópico (4 documentos)

Assim, rejeito a preliminar suscitada.

Da tempestividade e do efeito suspensivo.

A tempestividade do recurso já foi declarada no início do presente voto, resultando, por consequência, na suspensão do crédito tributário até que exaurido o trâmite administrativo previsto na legislação.

Assim, nada a prover neste tema.

Da necessidade de conversão do julgamento em diligência

Embora seja a última matéria suscitada no recurso, por seu caráter preliminar de mérito, antecipo sua análise.

O recorrente pleiteia a conversão do julgamento em diligência com o fim de verificar:

- se no Auto de Infração está sendo cobrada parcela indevida da contribuição previdenciária relativa aos 15 primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado ou incidente sobre 1/3 de férias;

- se os créditos tomados e cuja compensação restou glosada referem-se aos valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado ou incidente sobre 1/3 de férias.

Completamente desnecessária a diligência pleiteada, seja em razão do motivo que levou à glosa das compensações (inexistência de trânsito em julgado do provimento judicial), seja em razão da Autoridade Fiscal não ter chegado à fase de avaliação do mérito do crédito pleiteado. Ademais, os valores cobrados decorrem da própria informação prestada pelo contribuinte em GFIP, razão pela qual, ainda que já ciente do provimento judicial, caso tenha calculado o montante declarado sobre as verbas que discute judicialmente, deverá considerar

tal equívoco no momento de apurar o crédito passível de restituição e compensação, naturalmente nos limites da legislação e das conclusões do judiciário.

Assim, indefiro pedido de conversão do julgamento em diligência.

MÉRITO

Antes de adentrar às questões de mérito, o contribuinte faz um breve relato dos fatos que cercam a presente lide administrativa, afirmando que a decisão recorrida teria se equivocado ao entender que inexistia crédito, já que haveria a necessidade da decisão judicial transitar em julgado.

Está correta a decisão recorrida. A utilização de direito creditório pelos contribuintes demanda a convicção de sua liquidez e certeza, sendo certo que, enquanto não transitado em julgado o provimento judicial que tenha reconhecido um indébito tributário, não há que se falar em liquidez e certeza do crédito. Daí a espírito do art. 170-A do CTN já citado alhures.

Do vício (insanável) da autuação em razão da ausência de correlação lógica entre os valores lançados e a base de cálculo utilizada para apuração dos supostos créditos tributários.

Alega o recorrente que a autoridade fiscal não considerou os argumentos e documentos apresentados pela parte recorrente, principalmente os contábeis, que, supostamente, comprovam a regularidade da empresa perante o Fisco. O Agente Fiscal não observou, ainda, o entendimento judicial e o entendimento deste Conselho em relação às rubricas que estão sendo cobradas, bem como o procedimento realizado pelo contribuinte.

Afirma que os valores compensados decorrem de contribuições incidentes sobre os 15 primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como a título de salário-maternidade, férias, adicional de 1/3 e outras.

Sustenta que sendo tais valores pagos indevidamente, conforme demonstrado em ações mandamentais e decisões proferidas em sede de recurso repetitivo, não pode ser a recorrente compelida ao pagamento da contribuição à margem da legislação tributária sobre os valores em debate, bem como efetuar a compensação das respectivas quantias pretéritas indevidamente pagas.

Aduz que teria obtido decisão favorável em sede de Mandado de Segurança, que poderia ser executada imediatamente, sem a necessidade de trânsito em julgado.

Resumidos os argumentos do recurso sobre o tema, como já expresse acima, não houve qualquer manifestação da Autoridade Fiscal sobre o mérito do direito creditório que o contribuinte entende devido. O que se identificou foi que suposto direito teria sido utilizado antes do trânsito em julgado da decisão judicial em que se funda.

Os precedentes judiciais ou administrativos juntados no curso do procedimento fiscal não podem ser avaliados pelo Auditor-Fiscal considerando sua convicção pessoal sobre o tema, exclusivamente por este exercer atividade plenamente vinculada e, em particular, em razão da discussão judicial sobre a regularidade ou não da incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas em comento, o que, considerando a supremacia da decisão judicial sobre a administrativa, impõe que seja acatado os exatos termos do provimento judicial.

Não merece prosperar a tese da defesa de que, por se tratar de ação mandamental, poderia executar a decisão exarada em sede de Mandado de Segurança independentemente de trânsito em julgado. Senão, vejamos o que decidiu o Magistrado, em 28 de fevereiro de 2008 (fl. 235):

Do exposto, CONCEDO PARCIALMENTE A SEGURANÇA pleiteada para:

a) declarar a inexistência de relação jurídica entre a Impetrante e a autoridade coatora que a obrigue ao pagamento da contribuição previdenciária incidente tão somente sobre o auxílio doença pago diretamente por ela aos seus empregados (quinze primeiros dias de afastamento dos empregados doente ou acidentados), bem como do adicional de férias (1/3);

b) assegurar à Impetrante o direito de compensar, sem a incidência dos artigos 3º e 4º da LC 118/2005 e IN nº 600/2005, e, após o trânsito em julgado, na forma do art. 74 da Lei 9.430/96 e da IN 210/2012, os valores recolhidos a título das referidas contribuições incidentes sobre o auxílio doença pago diretamente por ela aos seus empregados, bem como do adicional de férias (1/3), com as parcelas vincendas de quaisquer tributos ou contribuições sob administração da Secretaria da Receita Federal do Brasil, facultando-se à Administração a conferência das quantias, atualizando seus créditos pela Selic.

Portanto, a execução imediata do provimento judicial não afastaria a necessidade de aguardar o seu trânsito em julgado e indica, sem a menor sombra de dúvidas que o recorrente, a despeito de ter pleno conhecimento dos limites do que lhe foi concedido judicialmente, ousou, já a partir do mês 04/2008, a valer-se do crédito ainda precário para reduzir, mediante compensação, o tributo que deveria recolher (fl. 258 e ss).

Por fim, frise-se que os valores que se exigem no presente processo não são relativos a cobrança do tributo previdenciário sobre as verbas discutidas judicialmente, mas são as contribuições regulares calculadas pelo recorrente e, indevidamente, compensadas antes do trânsito em julgado do provimento judicial que lhe deu amparo. Sendo certo que o crédito decorrente do provimento judicial poderá ainda ser pelo contribuinte utilizado, desde que sempre observando as limitações impostas pela legislação e pelo próprio provimento judicial.

Assim, nego provimento ao recurso no presente tema.

Da compensação prevista no art. 66 da Lei 8.383/91

Alega o recorrente que, ao contrário do que decidiu a Delegacia de Julgamento, não haveria vedação ao aproveitamento do tributo objeto de contestação judicial antes do trânsito em julgado, já que o procedimento realizado teria fundamento no art. 66 da Lei 8.383/91, nas decisões judiciais e no entendimento deste Conselho.

Desnecessárias maiores considerações sobre essa questão, pois, como se viu no tema anterior, a necessidade de aguardar o trânsito em julgado está estampada no corpo do provimento judicial, cuja observância é obrigatória administrativamente, em razão da supremacia da decisão judicial sobre a administrativa.

Ainda assim, não identifico como afastar o teor do provimento judicial e do art. 170-A do Código Tributário Nacional em razão do que prevê o art. 66 da lei 8.383/94, que assim dispõe:

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 subsequente.

§ 1º A compensação só poderá ser efetuada entre tributos, contribuições e receitas da mesma espécie.

§ 2º É facultado ao contribuinte optar pelo pedido de restituição.

§ 3º A compensação ou restituição será efetuada pelo valor do tributo ou contribuição ou receita corrigido monetariamente com base na variação da UFIR.

§ 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.

Ora, ainda que a compensação seja efetuada pelo próprio interessado, como também ocorre em relação a quaisquer outros tributos administrados pela Receita Federal do Brasil, é certo que a utilização de tal instituto não poderá se dar sem observação do que prevê o Código Tributário Nacional, que, ressalte-se, é quem relaciona a compensação como hipótese de extinção do crédito tributário (art. 156, inciso II), configurando norma geral em matéria triturária, recepcionado pela atual Constituição Federal com status de lei complementar, cujo conteúdo orienta o exercício da tributação por todos os entes tributantes.

Assim, nada a prover neste tema.

Da indevida exigência da contribuição previdenciária sobre valores objeto do mandado de segurança (primeiros 15 dias de afastamento dos funcionários doentes ou acidentados; salário maternidade; férias e do 1/3 Constitucional)

Embora o contribuinte tenha tratado de forma segregada cada rubrica especificada no título, deixo de tratar dos temas, seja em razão da discussão não se mostrar útil à lide em tela, já que a autuação decorre da não observação da limitação do art. 170-A do CTN, seja em razão de que os argumentos objetivam demonstrar a não incidência do tributo previdenciário sobre tais verbas, no que se confunde com a discussão levada ao crivo do judiciário, o que impõe reconhecer a renúncia à instância administrativa, nos termos da Súmula Carf nº 01.

Conclusão

Por tudo que consta nos autos, bem assim em razão das razões e fundamentos legais acima expressos, nego provimento ao recurso voluntário.

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Relator

Processo nº 10580.721575/2013-62
Acórdão n.º **2201-004.009**

S2-C2T1
Fl. 686
