



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

Processo n° 10580.728297/2013-74
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-004.838 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de janeiro de 2019
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente PEDREIRAS CARANGI LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2012

COMPENSAÇÃO.GLOSA.

Impõe-se a glosa dos valores indevidamente compensados, acrescida de multa de mora e juros de mora, quando ausente a comprovação pelo sujeito passivo da existência do seu direito creditório.

MULTA ISOLADA. AFASTAMENTO

Deve ser afastada a multa isolada imposta quando restar evidenciado que a decisão judicial autoriza a compensação mesmo antes de seu trânsito em julgado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para exonerar a multa isolada lançada em razão da compensação indevida.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiya, Debora Fofano, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão nº 04-34.942 - 3ª Turma da DRJ/CGE, procedente em parte a Manifestação de Inconformidade apresentada pelo sujeito passivo.

Adoto o relatório da decisão de primeira instância pela sua completude e capacidade de elucidação dos fatos:

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 23/09/13, referente ao período de apuração de 01/01/2010 a 31/12/2012 dos seguintes documentos de créditos:

Debcad	fl	Valor Principal	Valor Total	Descrição Débito	Período Débito
51.040.417-003		414.486,81	567.242,52	Obrigação Principal parte Patronal e Terceiros	03/2010 a 06/2012
51.040.418-910		0,00	621.730,25	Multa isolada	04/2010 a 06/2012
51.040.419-715		16.000,00		Obrigação Acessória FL - 78	

DAS VERBAS AUTORIZADAS A COMPENSAR E DA ATUALIZAÇÃO PELA SELIC

As verbas autorizadas a compensar constam inicialmente das planilhas anexadas ao processo anteriormente citados.

Além das planilhas constantes do processo judicial, a empresa apresentou memória de cálculo com data de entrega de 12/07/2012.

Os valores foram conferidos com os resumos das folhas de pagamento disponibilizadas pela empresa. Apesar de autorizado pela ação judicial, a empresa não informou na ação judicial os valores pagos a título de auxílio- doença e auxílio-acidente. Assim, só foram considerados para efeitos da compensação os valores relativos a 1/3 de férias (verbas 016 e 151).

34. As planilhas apresentadas pela empresa referentes às verbas 016 e 151 foram novamente conferidas com o processo judicial, considerando o valor constante da folha de pagamento, quando superior ao valor informado judicialmente.

TABELA

35 No cálculo das contribuições previdenciárias autorizadas a compensar, considerou-se a contribuição patronal de 20%; o adicional do SAT/RAT, com alíquota de 3%, o SAT ajustado pelo

FAP (Fator Acidentário Previdenciário) de 4,41% e atualização das contribuições recolhidas à época pela taxa SELIC. Nesse aspecto, salienta-se o erro de cálculo da planilha apresentada pela empresa e constante do mandato judicial, com adicional do SAT/RAT de 2%, não inclusão do FAP a partir de 01/2010, a inclusão da contribuição para outras entidades e fundos e de juros de mora de 1%, além do cálculo sobre todas as verbas discutidas judicialmente, quando foi autorizada a compensação apenas das verbas auxílio-doença, auxílio-acidente e 1/3 de férias.

A empresa começou a utilizar as compensações a partir da competência 02/2010. Nessa competência, foi identificado que a empresa tinha um valor de R\$ 18.394,44 a ser compensado, devidamente atualizado pela taxa SELIC. Para as competências seguintes, ao saldo do valor a compensar, após a dedução da compensação utilizada pela empresa, foi adicionado os valores recolhidos a título das verbas auxílio-doença, auxílio-acidente e 1/3 de férias do mês anterior, atualizando novamente o saldo pela taxa SELIC do mês anterior (Saldo a compensar).

TABELA

Os valores negativos encontrados na coluna Saldo indica que a empresa se compensou de valores a que não tinha direito. Por esse motivo, os valores relacionados abaixo foram glosados. Estes valores constam do Relatório de Lançamentos anexo a esta auditoria.

TABELA

Pelos valores glosados indevidamente, foi aplicada a multa isolada por compensação indevida, no percentual de 150% sobre os valores glosados, na competência do envio da GFIP onde esses valores foram compensados, de acordo com o § 10 art. 89 da Lei nº 8.212/91, já anteriormente citado:

TABELA

DOS AUTOS DE INFRAÇÃO POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGACAO ACESSÓRIA E DA APLICACAO DA MULTA

Além dos autos de infração por descumprimento de obrigação principal, foi aplicado o auto por descumprimento por obrigação acessória CFL 78, DEBCAD nº 51.040.419-7, no valor de R\$ 16.000,00.

No levantamento MI foi aplicada a multa de mora de 20% sobre o valor indevidamente compensado atualizado pela taxa de juros SELIC. No levantamento MI a multa aplicada foi de 150%. Ressalte que a competência do fato gerador do levantamento MI é a do mês da declaração enviada e não necessariamente à competência do fato gerador, conforme documentos comprobatórios anexos a esta auditoria.

Nestes Autos de Infração por descumprimento de obrigação principal relativo às glosas de compensação e multa isolada estão relacionados os itens de pagamento 19 (glosa compensação) e 39 (multa isolada).

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

57 Em função da origem dos créditos tributários serão confeccionadas Representações Fiscais para Fins Penais ao Ministério Público Federal, pelo crime de falsificação de documento público, tipificado pelo Decreto Lei nº 2.848/40:

Decreto Lei 2.848/40 - Código Penal - Falsificação de documento público - "Art. 297 - Falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro:

DA SUJEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA

61 Foi formalizado o Termo de Sujeição Passiva Solidária nº 01, conforme o inciso II do artigo 135 do Código Tributário Nacional, Lei nº 5.172, de 25/10/66:

Houve aperfeiçoamento do presente lançamento mediante a cientificação do sujeito passivo, realizada por meio Pessoal (Diretor) em 23/09/13 (fl. 03,10, 15).

IMPUGNAÇÃO

O sujeito passivo apresentou Impugnação (fl. 693 - 713), na data de 23/09/13, com a juntada de documentos comprobatórios e alegação cujos pontos relevantes para apreciação do litígio são os seguintes:

DOS FATOS.

No exercício de suas atividades encontram-se as IMPETRANTES sujeitas à enorme gama de tributos, sendo que a autoridade IMPETRADA lhes exige o recolhimento de contribuição social previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como, a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço).

Todavia, sendo tais valores - conforme restará amplamente comprovado, com esteio, inclusive em PACÍFICA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES - pagos em circunstâncias em que não há, indubitavelmente, prestação de serviço, tem-se que não configurada, por consequência, a hipótese de incidência prevista no inciso I do artigo 22, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1.991.

Assim, têm as IMPETRANTES o direito líquido e certo de não mais serem compelidas ao recolhimento da contribuição social previdenciária incidente - à margem do princípio constitucional da legalidade tributária - sobre os valores v em debate, bem

como, de efetuar a compensação das respectivas quantias pretéritas indevidamente pagas.

DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO.

2.1 DA NÃO-INCIDÊNCIA. INOCORRÊNCIA DO FATO GERADOR

No estudo da teoria geral do direito tributário, é ponto pacífico que o nascimento da obrigação tributária surge com a ocorrência do fato gerador. Nesses termos, e de acordo com o art. 114, caput, do CTN, a existência de relação jurídico-tributária entre sujeito passivo e sujeito ativo só se legitima mediante a ocorrência fática de uma situação hipotética normativa.

Ou seja, não importa a denominação que se dê ao pagamento (“qualquer que seia a sua forma”, se salário, prêmio, bonificação, “gorjetas”, “ganhos habituais ” ou outros termos que sejam adotados). : O que importa é que estas “remunerações ” sejam pagãs em decorrência de TRABALHO PRESTADO:

Nesse norte, assim se manifestou novamente, acerca do salário-maternidade, a Colenda 02a Turma do Egrégio TRF 05a Região:

Ora, conforme já afirmado anteriormente, o trabalhador doente, . acidentado, gestante ou em gozo de férias , NÃO ESTÁ, OBIAMENTE, PRESTANDO NENHUM TRABALHO.

E foi mais além o legislador infra-constitucional: delimitou o trabalho a ser retribuído aos “serviços efetivamente prestados” ou “pelo tempo (que o empregado ou trabalhador avulso permanecer) à disposição do empregador ou tomador de serviços ”.

Mais uma vez, quem se encontra afastado ou em férias NÃO ESTA PRESTANDO NENHUM SERVIÇO - NEM DE MODO EFETIVO, NEM DE MODO POTENCIAL.

Note-se que pretérita tentativa de se ampliar a hipótese de incidência em tela para além dos valores pagos em decorrência de contraprestação de serviços - pretendendo-se incluir, através .da Medida Provisória nº 1.596-14, de 10 de novembro de 1.997, até mesmo parcelas indenizatórias, rescisórias e abonos de qualquer natureza - foi prontamente obstada à unanimidade pelo Pleno do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL que suspendeu, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.659-6. o então modificado § 2o do artigo 22 da Lei nº 8.212/91, alteração esta que restou expressamente rejeitada quando da conversão da MP em tela na Lei nº 9.528, de 10 de dezembro de 1.997.

A questão, s.mj., é de clareza ímpar: os pagamentos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título de salário maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço), NÃO SE ENQUADRAM

NA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA em análise, sendo que a pretensa exigência da contribuição social previdenciária sobre os respectivos valores IMPLICA INEGÁVEL OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA LEGALIDADE TRIBUTÁRIA (CF. art. 150. inc. IV)

Assim, não tendo tais pagamentos sido eleitos pelo legislador infra-constitucional - repita-se - como hipótese de incidência da contribuição social previdenciária devida pelas empresas, NÃO HÁ RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA QUE LEGITIME A COBRANÇA DESTA, devendo ser assegurado às IMPETRANTES o direito líquido e certo de não mais serem compelidas a tal recolhimento indevido.

2.2. DA COMPENSAÇÃO.

2.2.1. DO DIREITO.

Por terem recolhido a contribuição previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, e a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço), certo é que efetuaram as IMPETRANTES pagamentos indevidos de tributos.

Assim, têm o direito líquido e certo - forte no artigo 66 da Lei nº 8.383/91, combinado com o artigo 74 da Lei nº 9.430/1964 - de proceder à compensação -independentemente de autorização administrativa ou judicial - dos respectivos valores - recolhidos nos últimos dez anos (e eventualmente no curso da demanda)

com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - tendo-se em vista a integração promovida pela Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007 (DOU.de 19.03.2007) -/inclusive com os então administrados pelas extintas Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Receita Previdenciária, em especial com as contribuições arrecadadas : ao INSS, além das incidentes sobre as folhas de pagamento de salários.

Oportuno destacar-se que, na esteira da Súmula nº 213 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, o presente remédio constitucional é via plenamente adequada para os fins em tela.

2.2.2. DO DIREITO À PROTEÇÃO JUDICIAL CONTRA APLICABILIDADE DO ART. 170-A DO CTN.

Possuem as IMPETRANTES o direito de efetuar a escrituração ou, compensação dos valores indevidamente pagos, de imediato, independentemente de autorização judicial ou processo administrativo.

Isto porque o direito de efetuar a compensação pelo auto-lançamento - de acordo com o artigo 66 da Lei nº 8.383/91 - já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento

dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 78.301-BA:

Após essa decisão, ficou assentado que os tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação - como é o caso das contribuições previdenciárias

podem e devem ser compensados pelo sujeito passivo independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do art. 66 da Lei nº 8.383/91, afastadas as regras infralegais editadas em sentido contrário.

O que se deseja, por outro lado, é que seja assegurada a devida proteção judicial contra a aplicabilidade do art. 170-A do Código Tributário Nacional.

E justamente a indeclinável prestação jurisdicional (CF, art. 5o, XXXV) que IRA GARANTIR O EXERCÍCIO DA COMPENSAÇÃO, sendo inadmissível, conforme sustenta com louvor Hugo de Brito Machado Segundo, que o Fisco exija imediatamente seus créditos, mas ao mesmo tempo protele o pagamento de seus débitos:

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 Código Tributário Nacional, bem como a de instruções normativas nesse sentido.

2.2.3 DA NÃO APLICAÇÃO DA INSTRUÇÃO NORMATIVA SRF Nº 900, DE 30.12.2008 (DOU DE 31.12.2008).

No mesmo norte das alegações supra desenvolvidas, não se pode admitir a aplicação da IN SRF nº 900/08, que, além de pretensamente condicionar a compensação ao reconhecimento dos créditos por decisão judicial transitada em julgado (art. 34, § 3o, d), ainda chega às raias de determinar que haja um prévio processo administrativo de habilitação de crédito (art 34, § lo e art. 39, lo). Desse modo, deve ser afastada de plano a pretensa incidência da Instrução Normativa supra - assim como de quaisquer outras que pretendam restringir o direito à compensação através do regime de auto-lançamento sujeito à posterior verificação -sob pena de negativa de vigência ao artigo 16 da Lei nº 11.116/05 e 66 da Lei nº 8.383/91.

DO PRAZO DECENAL PARA COMPENSAÇÃO E DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/05.

A Lei Complementar nº 118, de 09 de fevereiro de 2005, visando a alterar o prazo prescricional para restituição de tributos, dispôs, em seus arts. 3º e 4º que:

Ocorre que o STJ, em recente acórdão proferido pela Corte Especial, publicado no DJde 27.08.2007, decidiu o seguinte:

Assim, os referidos dispositivos são flagrantemente inconstitucionais, posto ofenderem:

o princípio da segurança jurídica (CR, art. 5º, XXXVI), uma vez que pacífico o entendimento jurisprudencial em relação à matéria;

o princípio da tripartição funcional do poder (CR, art. 2º), sendo certo que não pode o Legislativo, com uma “canetada”, desconsiderar reiterado posicionamento do Judiciário;

o devido processo legal substantivo (CR, art. 5º, LV; da doutrina norte-americana do substantive due process of law), uma vez que desborda do princípio da razoabilidade a edição de uma norma que pretende interpretar outra elaborada há quase 40 (quarenta) anos atrás (lembrando-se que o CTN data de 1966);

a garantia do ato jurídico perfeito (CF, art. 5º, XXXVI), sendo inadmissível a pretensão da aludida aplicação retroativa da malfadada lei em tela para atingir prazos, prescricionais já em curso no momento do início de sua vigência.

A partir de tal decisão, restou consignado que o momento para determinar a aplicabilidade dos arts. 3º e 4º da Lei Complementar nº 118/05 será a ocorrência dos respectivos fatos geradores das obrigações tributárias - e não mais a data da publicação da lei ou a data da distribuição das ações judiciais.

Na prática, a citada decisão da 019 Seção do STJ (EREsp nº 644.736) importa na seguinte sistemática de contagem de prazo prescricional: relativamente aos pagamentos efetuados a partir da vigência da LC nº 118/05 (que ocorreu em 09.06.05), o prazo para a devolução de tributos recolhidos indevidamente é de cinco a contar da data do pagamento; e relativamente aos pagamentos anteriores, a prescrição obedece ao regime previsto no sistema anterior, limitada, porém, ao prazo máximo de cinco anos a contar da vigência da lei nova.

Assim, de acordo com esse raciocínio, as IMPETRANTES têm direito à compensação de todos os valores recolhidos no decênio que antecedeu a propositura do presente writ of mandamus.

DA REVOGAÇÃO DA LIMITAÇÃO À COMPENSAÇÃO ANTERIORMENTE PREVISTA NO S 3º DO ARTIGO 89 DA LEINº 8.212/91 REVOGADA PELO ART. 26 E 79. DA LEINº 11.941/09.

Vale ressaltar que a limitação de 30% na compensação de créditos de contribuição previdenciárias foi revogada pelo art. 26 e 79, I da Lei nº 11.941/09. Assim, atualmente, as empresas já têm autorização para compensar 100% do seu crédito. Eis a nova redação do art. 89 da Lei nº 8.212/91:

Neste sentido, deve ser declarada a COMPENSAÇÃO INTEGRAL dos valores indevidamente recolhidos. Não havendo mais nenhuma limitação quanto ao seu montante.

DA INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA. TAXA SELIC E JUROS DE MORA.

Sobre os valores indevidamente recolhidos deve incidir correção monetária que, por se tratar de mecanismo de recomposição do valor de compra da moeda e não de um acréscimo na dívida, deve ser plena, “sob pena de desafiar a : Assim, encontram-se cerceadas de exercer seu DIREITO LIQUIDO e CERTO, posto que a IMPETRADA - caso não haja amparo jurisdicional - certamente lhe imporá penalidades e multas indevidas.

4. DA MEDIDA LIMINAR.

Nesse contexto, pleiteiam as IMPETRANTES,: com base no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/09 e no artigo 151, inciso IV, do Código Tributário Nacional, a concessão de medida liminar determinando-se a suspensão da exigibilidade do crédito tributário referente à contribuição em tela.

De fato, em razão do que foi amplamente demonstrado - com claro esteio na Constituição Federal bem como, na jurisprudência dos Tribunais Superiores - inegável a presença do fumus boni juris.

Outrossim, também cristalino o periculum in mora.

Ora, faz-se necessário o imediato resguardo do Judiciário para que as IMPETRANTES não sofram indevidas retaliações por parte do Fisco, o que é, em síntese, a finalidade primordial do presente writ.

Não se pode, olvidar que, caso continuem recolhendo a contribuição INDUBITAVELMENTE INDEVIDA, poderão as IMPETRANTES aguardar até mesmo uma década para recuperarem os valores em debate, o que atenta até mesmo contra o PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE!

PEDIDO

Por todo o exposto, requer-se a concessão de MEDIDA LIMINAR inaudita altera pars, suspendendo-se, nos termos do artigo 151, incísò IV, do Código Tributário Nacional, a exigibilidade do crédito tributário referente à contribuição social previdenciária incidente sobre os valores em debate.

Requer-se, outrossim, seja a autoridade IMPETRADA notificada a prestaras informações devidas.,

Finalmente, após parecer do ilustre representante do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, requer-se seja a presente ação julgada TOTALMENTE PROCEDENTE, CONCEDENDO-SE A SEGURANÇA DEFINITIVA, assegurando-se:

o direito das IMPETRANTES de não serem compelidas face à INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA - ao recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em

que não há remuneração por serviços prestados (de modo efetivo ou potencial), quais sejam, os referentes aos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento dos empregados doentes ou acidentados (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), bem como, a título de salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3 (um terço):

o DIREITO DAS IMPETRANTES de efetuar a compensação independentemente de autorização ou processo administrativo - dos valores indevidamente recolhidos a tais títulos nos últimos 10 (dez) anos (e eventualmente no curso da demanda) - com a incidência de correção monetária, e juros de mora de 1% (um por cento) ao mês a partir de cada recolhimento indevido, e taxa SELIC a partir de 01.01.1996, ou subsidiariamente, com a aplicação dos mesmos índices de correção monetária e juros aplicados pela IMPETRADA quando da cobrança de seus créditos - com débitos próprios, vencidos ou vincendos, relativos a quaisquer tributos ou contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive com os então administrados pelas extintas Secretaria da Receita Federal e Secretaria da Receita Previdenciária, em especial corri, as contribuições arrecadadas ao INSS, como as incidentes sobre a folha de salários, sem as limitações do artigo 170-A do CIN, dos artigos 3º e 4º da LC nº 118/2005, afastando-se a aplicação das restrições presentes em qualquer outra norma legal ou infra-legal (como a IN 900/2008);

determinando-se que a autoridade IMPETRADA se ABSTENHA de obstar o exercício dos direitos em tela, bem como de promover, por qualquer meio - administrativo ou judicial -, a cobrança ou exigência dos valores correspondentes à contribuição em debate, afastando-se quaisquer restrições, autuações fiscais, negativas de expedição de Certidão Negativa de Débitos, imposições de multas, penalidades, ou, ainda,, inscrições em órgãos de controle, como o CADIN, v.g.

Dá-se à presente causa o valor de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Finalmente, requer-se, sob pena de nulidade, que as publicações e/ou intimações referentes ao presente feito sejam sempre lançadas em nome dos patronos NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES, inscrito na OAB/SP sob nº 128.341, e RODRIGO OTÁVIO ACCÉTE BELINTANI, inscrito na OAB/PR sob nº 27.739, ambos com escritório na Avenida Santos Dumont nº 2828, Edifício Torre Santos Dumont, sala 1701, Aldeota, Fortaleza/CE, CEP 60.150-161, telefone (85) 3486-1260.

A decisão de primeira instância restou ementada nos termos abaixo (fls. 999/1008):

APRECIACÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE

Não cabe a esta instância julgadora apreciar argumentos de inconstitucionalidade e ilegalidade de norma por ser matéria reservada ao Poder Judiciário.

CONCOMITÂNCIA ENTRE CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO E JUDICIAL. EFEITOS

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual trate o processo administrativo importa em renúncia ao contencioso administrativo. Ocorrerá, todavia, a instauração do contencioso somente em relação à matéria distinta daquela discutida judicialmente.

COMPENSAÇÃO

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.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. FALSIDADE NA DECLARAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO. MULTA ISOLADA

Na hipótese de compensação indevida e uma vez presente a falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, impõe-se a aplicação da multa isolada no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), calculada com base no valor total do débito indevidamente compensado.

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.

COMUNICAÇÃO PROCESSUAL

A comunicação processual será feita na forma pessoal, ou por via postal ou telegráfica, com prova de recebimento no domicílio tributário do sujeito passivo.

Em face da referida decisão, a contribuinte manejou Recurso Voluntário tempestivamente em 15/05/2014, reiterando as razões apresentadas na impugnação.

É o relato do necessário.

Voto

Conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra - Relator

Admissibilidade

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche aos demais requisitos de admissibilidade, devendo, pois, ser conhecido.

Do mérito

Das alegações de nulidade

Em várias passagens do recurso ordinário, a contribuinte argui a nulidade do lançamento, como quando aduz ausência de falsidade na declaração prestada. Todavia, não obstante o pleito entelado, entendemos não se tratar de matéria preliminar, mas afeta ao mérito da nulidade.

Portanto, as questões preliminares trazidas pela recorrente serão abordadas junto ao mérito, posto que com este se confunde.

Do mérito

Observância de decisões do STJ e STF pelo CARF

Defende a recorrente, em relação aos temas controvertidos que ensejaram a compensação considerada indevida pela autoridade lançadora, que as decisões proferidas pelos tribunais superiores são de observância obrigatória por este Tribunal Administrativo.

Não obstante reconhecer a relevância dos temas e as decisões favoráveis às teses defendidas pela recorrente, apenas as decisões definitivas de mérito proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, na sistemática dos recursos repetitivos e repercussão geral, respectivamente, são de observância obrigatória pelo CARF. Vejamos o que dispõe o Regimento Interno do CARF (art. 62, §2º):

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016).

Referidas decisões não possuem cunho de definitividade, posto que ainda não se operou o trânsito em julgado.

Destarte, não assiste razão à recorrente quanto a este tocante.

Da compensação indevida

Não obstante a plausibilidade do direito invocado pela recorrente, o certo é que todas as verbas discutidas no processo judicial não podem ser objeto de apreciação por este julgador à luz do que preconiza a Súmula CARF nº 01.

A matéria objeto deste processo administrativo é a mesma daquela constante da ação judicial ajuizada pela autuada.

Com efeito, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, é assegurado a todos o acesso ao Poder Judiciário para defesa de seus direitos, sendo que as decisões judiciais transitadas em julgado se revestem do caráter de definitividade e de imutabilidade, sendo, portanto, a ultima ratio na solução de conflitos.

Submetida determinada matéria à apreciação do Poder Judiciário, cuja decisão se reveste do caráter definitivo e imutável prevalecendo na ordem jurídica, qualquer outra discussão paralela mostra-se inoportuna e ineficiente, diante do fato de que prevalecerá a decisão judicial.

Observa-se que a recorrente ingressou com ação judicial com pretensão de afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, de 1/3 (um terço) de férias, salário-maternidade e aviso prévio indenizado.

A propositura pelo contribuinte de ação judicial com o mesmo objeto impugnado administrativamente, importa em renúncia às instâncias administrativas ou desistência de eventual recurso interposto.

Nesse sentido, esta Corte Administrativa (Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF) pronunciou-se por meio do Enunciado no 1 de Súmula Vinculante (Portaria do Ministério da Fazenda no 383, de 14/07/2010), nos seguintes termos:

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.

Desse modo, o presente julgamento deve ficar adstrito à matéria diferenciada da submetida à apreciação do Poder Judiciário.

O ponto nodal da presente controvérsia é a compensação de valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, de 1/3 (um terço) de férias, salário-maternidade e aviso prévio indenizado, cuja inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária é controversa à luz do atual posicionamento da jurisprudência.

Ainda que a recorrente tenha obtido, eventualmente, provimento jurisdicional favorável à sua tese, o direito à compensação dos valores recolhidos a título de tais rubricas só se perfectibiliza após o trânsito em julgado da decisão judicial, à luz do que preconiza o art. 170-A, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

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.

Depreende-se da norma supra transcrita que não há distinção entre a modalidade processual escolhida. Assim, tanto faz a busca da tutela jurisdicional ter se dado por Mandado de Segurança ou por ação ordinária, por exemplo, a condição para o nascimento do direito à compensação será o trânsito em julgado da decisão judicial respectiva.

No presente caso, a recorrente optou por se compensar do crédito antes do trânsito em julgado da decisão, em afronta ao disposto no supra transcrito art. 170-A do CTN, tendo a autoridade fiscal o poder-dever de efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados e constituir o crédito tributário correspondente.

Não há defeitos ou irregularidades capazes de macular o presente lançamento, tendo agido com acerto a autoridade lançadora.

Pelo exposto, não merece provimento o recurso voluntário quanto a este tocante.

Da Multa Isolada

Foi imposta pela fiscalização à recorrente, em face da compensação indevida, multa isolada no percentual de 150% (cinto e cinquenta por cento) incidente sobre o valor total do débito compensado, nos termos do § 10 do art. 89 da Lei nº 8.212, de 1991. Transcrevo o dispositivo:

(...)

§ 10. Na hipótese de compensação indevida, quando se comprove falsidade da declaração apresentada pelo sujeito passivo, o contribuinte estará sujeito à multa isolada aplicada no percentual previsto no inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, aplicado em dobro, e terá como base de cálculo o valor total do débito indevidamente compensado. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

A compensação levada a cabo pelo sujeito passivo é relativa à matéria controversa no Poder Judiciário. A tese jurídica vertente é contestada judicialmente, não se revestindo o crédito como líquido e certo. Só haverá liquidez e certeza depois do trânsito julgado da respectiva ação judicial ou após a Fazenda Pública reconhecer o crédito administrativamente.

Todavia, o fato de ser indevida a compensação, não significa que houve falsidade por parte do sujeito passivo. Como exigência imposta pela lei, a penalidade reclama a prova de que o sujeito passivo, mesmo diante da realidade contrária à repetição do indébito

pela via da compensação, optou em praticar uma conduta consciente, oferecendo ao Fisco uma declaração com falsidade.

Extraímos do dicionário o significado da palavra falsidade, que vem a ser aquilo o que não é verdadeiro, em que há mentira, fraude, adulteração. Portanto, o simples fato de a compensação não ser devida, não pode ser confundido com falsidade.

Não restou comprovado que as informações declaradas pela recorrente em GFIP são falsas, não obstante a falta de certeza e liquidez do crédito que se pretendeu compensar.

Assim, com base nos elementos constantes dos autos, não restou demonstrado o dolo do recorrente em declarar informações sabidamente falsas, sendo que afastar a aplicação da multa isolada é medida que se impõe.

E ainda, mesmo que considerássemos a declaração como falta, a decisão judicial seria óbice para essa constatação, eis que em seu bojo há expressa manifestação no sentido de que a recorrente poderá efetuar a compensação, mesmo antes do trânsito em julgado (fl.752).

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por conhecer do recurso voluntário, dando-lhe provimento parcial a fim de excluir do crédito tributário a multa isolada aplicada.

(Assinado digitalmente)

Daniel Melo Mendes Bezerra