



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10825.722705/2014-45
ACÓRDÃO	2101-003.156 – 2ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	21 de julho de 2025
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MUNICIPIO DE ANHEMBI
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/11/2011 a 31/05/2012

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

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

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO BASEADO EM VERBA QUE INTEGRA O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. GLOSA.

Não há direito creditório líquido e certo contra a Fazenda Pública baseado em verba que integra o conceito de salário de contribuição e que não seja objeto de decisão judicial definitiva.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer da parte do recurso objeto de ação concomitante, conhecer da matéria em que não houve renúncia ao contencioso administrativo, e na parte conhecida, negar-lhe provimento

Assinado Digitalmente

Cleber Ferreira Nunes Leite – Relator

Assinado Digitalmente

Mario Hermes Soares Campos – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Ana Carolina da Silva Barbosa, Cleber Ferreira Nunes Leite, Roberto Junqueira de Alvarenga Neto, Mario Hermes Soares Campos (Presidente) Ausente(s) o conselheiro(a) Heitor de Souza Lima Junior

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal- AIOP, lavrado pela Fiscalização, correspondente às contribuições previdenciárias, que foram compensadas irregularmente (glosa de compensação), abrangendo o período de 11/2011 a 05/2012.

O Autuado foi cientificado do auto de infração (fls. 491/492), apresentando defesa tempestiva (fls. 499/1191), na qual sustenta os argumentos que seguem abaixo, de acordo com o relatório do acórdão da impugnação:

I - Suspensão da Exigibilidade

6. A exigência de contribuição previdenciária patronal incidente sobre as verbas de natureza indenizatórias (horas extras, férias indenizadas/convertidas em pecúnia, terço constitucional de férias, férias gozadas, aviso prévio, auxílio educação, auxílio creche, auxílio doença, abono assiduidade, auxílio transporte, abono único e gratificações eventuais, adicional de insalubridade, periculosidade, adicional noturno) é indevida, acrescentando as suas razões jurisprudência das Corte Superiores, que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor sofrem incidência da contribuição previdenciária (Lei 10.887/04 atualizada pela Lei 12.688/12).

6.1. Salaria que em face de sucessivas decisões do STF, sedimentadas pela inaplicabilidade da contribuição previdenciárias patronal incidente sobre as "horas extras e terço constitucional de férias", o STJ através do incidente de uniformização jurisprudencial reviu seu entendimento.

6.2. O Autuado faz referência a Repercussão Geral (Rec. Extraordinário 593.068), frisando que por se tratar de matéria já pacificada por unanimidade no STF, tendo em vista o alinhamento da jurisprudência do STJ, que se curvou à posição sedimentada no STF, no sentido da não incidência da contribuição previdenciárias sobre verbas compensatórias/indenizatórias, os juízes de primeiro grau e os

Tribunais, estão revendo posicionamento anterior, adequando-se aos novos entendimentos.

6.3.A natureza contributiva do desconto para a Previdência deverá limitarse ao benefício a ser recebido, se assim não for, por certo configurará o confisco, expressamente proibido pelo art. 150, IV da CF.

6.3.1. Neste sentido informa o Autuado que o STJ e STF e TRF's, tem se pronunciado no sentido de não incidência da contribuição previdenciárias patronal sobre as remunerações que não integram a aposentadoria do servidor, por terem natureza "propter laborem", suspendendo a exigibilidade da exação da hora extra, férias gozadas, férias indenizadas, férias em pecúnia, terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, auxílio educação, auxílio creche, auxílio doença e auxílio acidente (15 dias de afastamento), abono de assiduidade, abono único anual, abonos eventuais, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional insalubridade, adicional noturno e gratificações em geral.

6.4. Portanto, face às considerações expendidas e a legislação tributária que rege a matéria, cabe a RFB - Receita Federal do Brasil", interpretar o art. 22 c/c art. 28 da Lei nº 8.212/91" não de forma genérica, mas sim de acordo com o art. 201, § 11 da CF.

6.5. A RFB não poderá mais divergir de entendimentos do Supremo Tribunal Federal (STF) e do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e autuar contribuintes. Foi sancionada lei que vincula a fiscalização às decisões proferidas pelos ministros por meio de repercussão geral e recurso repetitivo, pois até então, os fiscais e as 15 delegacias regionais de julgamento da receita - primeira instância administrativa - eram obrigados apenas a seguir entendimentos proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade (ADINS) ou súmulas vinculantes do Supremo. Tal medida busca dar eficiência à administração pública, evitando o ajuizamento de recursos de contribuintes contra cobranças fiscais já declaradas ilegais pela Justiça.

6.5.1. Recentemente, o ministro da Fazenda aprovou parecer da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) que recomendava a vinculação do Fisco às decisões dos tribunais superiores. A Receita, porém, exigiu uma previsão legal para dar segurança aos fiscais, que podem ser responsabilizados por deixar de cumprir a função de fiscalizar e autuar (Lei 12.844).

6.5.2. Fica configurado o direito líquido e certo do Município, em não mais recolher a contribuição previdenciária patronal, incidentes sobre as verbas de natureza jurídica indenizatório/compensatória, constantes da "RE nº 593.068 - Repercussão Geral" - na sistemática dos arts. 543-B e 543-C do CPC", bem como recuperar os valores indevidamente recolhidos, através do sistema de compensação.

6.6. Assim, o presente auto deverá ser anulado e cancelado, por estar em desacordo com o entendimento uníssono e pacificado das Cortes Superiores, da

legislação previdenciárias e do Parecer PGFN/CDA/CRJ 396/2013 e da Lei 10.522/02, com redação dada pela Lei 12/844/13.

II - Do Direito a Compensação Administrativa sem Anuência do Judiciário ou RFB

7. O Município efetuou os recolhimentos da contribuição previdenciárias Patronal Incidente sobre as exações a título de "Terço Constitucional de Férias"; "Hora Extra" "e demais verbas de natureza jurídica" "Compensatória/Indenizatória", prevista no Art. 22 -I da lei 8.212/91.

7.1. A Lei pode autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo com a Fazenda Pública respectiva (CTN, art.170), referentes a pagamentos a maior ou indevidos declarados em "GFIP".

7.2. A "Lei 8.383, de 30 de dezembro de 1991, por seu art. 66, com a redação dada pela lei nº 9.069 de 29 de junho de 1995 e, com a alteração que lhe foi dada pelo art. 39 da lei nº 9.250/95, veio estabelecer regras permitindo e regulando o direito de compensação. Portanto a legislação previdenciária atualmente existente, permite a compensação, pelos contribuintes em geral, de valores recolhidos indevidamente e a maior aos cofres do governo, questão esta de que hoje, não se têm mais dúvidas.

7.3. A Constituição veda, de forma expressa, que o tributo seja utilizado com efeito de confisco (CF/88, art. 150, IV) impondo-se, via reflexiva, sua restituição em caso de desrespeito a tal princípio constitucional.

7.4. A regra é a de sempre compensar ou deduzir automaticamente, sem qualquer interferência prévia da Autoridade Administrativa, os créditos de natureza financeira com os respectivos débitos de natureza tributária; o lançamento há de ser feito pelo valor líquido entre essas duas parcelas, representando o saldo do tributo a pagar, cabe, entretanto, àquela autoridade o direito de revisá-lo posteriormente e o de cobrar eventuais diferenças devidas, no prazo de cinco anos (CTB, art. 150, § 4º, c/c o art. 173).

7.5. O Código Tributário Nacional, em seu art. 165, estabelece que "o sujeito tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade de seu pagamento - "ressalvados a perda ou destruição da estampilha, ou o erro no pagamento por esta modalidade que não dão direito à restituição, salvo nos casos previstos na legislação tributária, ou naqueles em que o erro seja imputável à autoridade administrativa (art. 162, § 4º O)" - nos casos de "cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido (inciso i)" e, ainda nos casos de "erro na identificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento (inciso ii)" e, também,

nos casos de "reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória (inciso iii)".

7.6. A expressão "independentemente de prévio protesto", segundo o Autuado, em princípio, poderia se referir ao processo judicial, em razão do termo técnico-jurídico "protesto", nele inserido, entretanto, quando o art. 168 se refere à hipótese do inciso III deste artigo em comento, faz alusão às decisões não só na via judicial como na esfera administrativa, o que conduz à conclusão de que o "protesto" também possa ser admissível no processo administrativo fiscal.

7.7. Ressaltou o Impugnante que o importante é considerar que não há necessidade do contribuinte obter autorização, ou anuência (administrativa ou judicial), para promover a compensação, uma vez que a LIQUIDEZ do crédito tributário pode ser auferida e constatada pelas guias de recolhimento do tributo, ou decorrente de meros cálculos aritméticos, enquanto a CERTEZA decorre da indevida aplicação do preceito normativo (art.66 da Lei 8.383 c/c o art.170 do CTN e o art.1009 do CC).

7.8. Portanto, com base no art.44 da IN 900/2008, que não faz qualquer referência a respeito da necessidade de trânsito em julgado da decisão judicial para efetuar a compensação, muito menos cita o art. 170-A do CTN, o Município efetuou a compensação dos créditos sobre verbas indenizatórias/compensatórias.

III - Dos Cálculos 8. A Fiscalização não pode exigir o trânsito em julgado para o Município efetuar a compensação, pois estaria restringindo a compensação prevista na Lei 8.383/91 e afrontando princípios da legalidade, da moralidade, da segurança e do direito a propriedade, da igualdade e do enriquecimento sem causa.

8.1. A exigência do trânsito em julgado contraria a legislação (art. 66 da lei nº 8.383/91, art. 89 da Lei n- 8.212/91; art. 247 a 253 do Decreto nº 3.048/99 e art. 44 da IN/RFB nº 900/08), autorizadores do direito do contribuinte efetuar as compensações por conta e risco próprio, independente as anuência do Judiciário ou da "RFB"

8.2. O Autuado ao impetrar o Mandado de Segurança, pleiteia no seu pedido a declaração de inexistência de relação jurídica, a suspensão da exigibilidade das exações e a abstenção de punibilidade por parte da RFB, ao exercício do direito, ou seja, em nenhum momento questionou o direito a compensação dos valores pagos indevidamente, pois tal direito já lhe é dado (art. 66 da Lei nº 8.383/91, art. 89 da Lei n- 8.212/91; art. 247 a 253 do Decreto nº 3.048/99 e art. 44 da IN/RFB nº 900/08). Dessa forma, se não há litígio judicial no que se refere a compensação, inaplicável o art. 170-A do CTN, conforme jurisprudência transcrita na defesa.

8.9. Sustenta, ainda, que as DRJ's e as Câmaras do CARF, pacificaram, em vários acórdãos, que a compensação na legislação previdenciárias aplicável ao caso concreto, é procedimento facultativo, que não necessita de qualquer autorização administrativa ou judicial, reservando a RFB o direito de conferir e homologar ou

glosar valores indevidamente compensados, conforme decisões transcritas parcialmente a defesa.

8.10. O direito ao ressarcimento do indébito tributário, seja através de restituição ou compensação, possui fundamentos na Constituição Federal, entre os quais podem ser apontados o princípio da "legalidade (arts. 5º, II; 37, caput; 150,1), o princípio da isonomia (arts. 5º o , caput; 150 II), o princípio da moralidade administrativa (art. 37, caput) e o direito à propriedade (art. 5º o , caput, XXII)". Por encontrar-se fundamentado em direitos constitucionais fundamentais, o direito ao ressarcimento do indébito tributário é dotado de aplicação imediata.

8.11. Assim, espera-se uma autuação exemplar do "Ilmo. Sr. Delegado da Receita Federal do Brasil - RFB" e "Ilmos. membros das Delegacias de Julgamento" e nobres julgadores do "CARF- Conselho Administrativo de Recurso Fiscais", no sentido de proteção dos direitos do contribuinte e sobretudo uma interpretação adequada da legislação tributária, repelindo com veemência as imposições arbitrárias dos auditores fiscais, como demonstrada neste auto de infração.

8.12. Às fls. 698/752, o Autuado anexou a memória de cálculos das verbas indenizatórias /compensatórias.

IV - Mandado de Segurança 9. Às fls. 753/779 o Autuado anexou a documentação pertinente ao MS 0000870-15.2012.4.03.6108.

V - Da Inaplicabilidade da Representação Fiscal

10. A RFFP apesar de ser autorizado por legislação específica, foi emitida sem qualquer critério jurídico que ampare ou corrobore os fatos apresentados para caracterizar o ilícito. A Lei 4.502/64 tipifica os ilícitos penais para fins de enquadramento da emissão da referida representação.

10.1. O agente fiscal, ao enquadrar as compensações efetuadas pelo Município como "falsidade de declaração informada" em "gfip", pautou-se na existência de decisão judicial a tutelar as compensações efetuadas, contrariando o art. 170-A do CTN, tendo como fundamento: a) inexistência de ação judicial transitada em julgado, que autorizou as compensações efetuadas; b) Afronta ao "Art. 170-A do CTN" e c) lançamento "com falsidade", com intuito de sonegar e reduzir o valor das contribuições devidas.

10.2. Alega que o relatório fiscal utilizou critério para o enquadramento como ilícito o constante no art. 72 da Lei 4.502/64, na modalidade fraude, refere-se única e exclusivamente as compensações efetuadas e regularmente lançadas e informadas ao fisco do documento oficial em GFIP.

10.3. Com já explanado o ilícito penal não se presume, existindo a obrigatoriedade de o Fisco demonstrar através de provas irrefutáveis, já que as compensações foram baseadas nas jurisprudências do STF e STJ, logo existe amparo ao procedimento da compensação e inúmeros acórdãos do CARF que por

unanimidade pacificaram o entendimento da improcedência da multa isolada de 150%.

10.4. Como a capitulação para fins penais esta intrinsecamente interligada a multa de 150%, e esta será cancelada, automaticamente o indício de "fraude" não deve subsistir, logo, a RFFP não deverá prevalecer, devendo ser cancelada e arquivada.

VI - Dos Fundamentos Jurídicos

11. Às fls. 786/1191, anexou a legislação e jurisprudências firmadas e pacificadas pelo STF e STJ sobre as verbas de horas extras, terço constitucional de férias e demais adicionais, que não integram o salário do servidor para fins de aposentadoria a teor do art. 201, II da CF, por ostentarem a natureza jurídica de verba indenizatória/compensatória e do auto enquadramento com a consequente redução da alíquota do RAT de 2% para 1 %.

- DO PEDIDO DA IMPUGNAÇÃO

12. Ante o exposto, requer o Impugnante:

12.1. a desconstituição, anulação e o cancelamento integral do crédito tributário, a fim de que seja homologada a compensação efetuada e informadas nas GFIP's, provenientes das verbas discriminadas na parta III - Dos Cálculos, pois foram realizadas de acordo com a jurisprudência do STF e STJ, do art. 89 da Lei 8.212/91, do art.66 da Lei 8.383/91 e do art.56 da IN/RFB 1300/12;

12.2. a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária patronal, incidente sobre as verbas discriminadas na pasta III, e a homologação das competências realizadas e informadas na GFIP, pois foram realizadas de acordo com a jurisprudência do STF e STJ, da Lei 8.212/91 e do art.58, V, item I da IN/RFB 971/09;

12.3. a aplicação do despacho do Ministro da Fazenda de 02/03/2013, itens I, II e III, bem como o Parecer da PGFN/CDA/CRJ 396/2013, que determina: a) a dispensa da impugnação judicial fundada em precedente do STJ ou STF, julgado pela sistemática do art. 543-B e 543-C do CPC; b) a possibilidade de restituição do indébito e da compensação na forma da legislação em vigor; e c) vinculação dos órgão de julgamento da primeira instância administrativa, em cumprimento ao disposto no art.7 da Portaria 341/2011;

12.4. a aplicação na integra do art. 21 da Lei 12.844/2013, o qual altera a redação do art. 19 da Lei 10.522/02, que disciplina os procedimentos a serem adotados pela PGFN e Órgãos da RFB nas hipóteses de precedentes do STF, com julgamento através de recursos repetitivos com fulcro no art.543-B do CPC, diretamente relacionado ao RE 593.068 -Repercussão Geral - art. 543-B do CPC, não incidente da contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias/compensatórias interativos precedentes do STF- transitado em julgado, com fulcro no art. 201, parágrafo décimo primeiro da CF;

12.5. a aplicação do art.151, III do CTN, com a conseqüente suspensão da exigibilidade do crédito tributário", até a decisão final ou trânsito em julgado referente ao recurso interposto; e 12.6. o reconhecimento a obtenção da CND, bem como eximir de efetuar bloqueio da conta do FPM - Fundo de Participação dos Municípios e de inclusão no CADIN e Órgão de Informações Cadastrais até o trânsito em julgado referente ao recurso interposto.

A DRJ considerou a impugnação improcedente e manteve o crédito tributário, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/11/2011 a 31/05/2012

COMPENSAÇÃO. DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO. GLOSA DE COMPENSAÇÃO. INAPLICABILIDADE DO ART. 66 DA LEI 8.383/91.

A compensação de crédito oriundo de decisão judicial somente pode ser efetuada após o trânsito em julgado da respectiva sentença, a teor do disposto nos artigos 170-A do CTN e 74 da Lei nº 9.430/96 (e alterações), inaplicabilidade do art. 66 da Lei 8.383/91.

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte acrescidos de juros e multa.

É vedada a compensação da contribuição devida com créditos não comprovados (ilíquidos e incertos).

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

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

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. ART. 151 DO CTN.

Suspende a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

ENTENDIMENTO DAS CORTES SUPERIORES EM RECURSOS REPETITIVOS. EXPRESSA AUTORIZAÇÃO DA PGFN.

O entendimento proferido pelas Cortes Superiores nas decisões definitivas de mérito sob o rito dos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, somente pode ser adotado pelas unidades da RFB, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN.

INCONSTITUCIONALIDADE. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO DA CF

inconstitucionalidade não se discute em instância administrativa. É vedado aos órgãos administrativos de julgamento afastar a aplicação de lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS.

Não compete às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento pronunciar-se acerca de Representação Fiscal para Fins Penais.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/11/2011 a 31/05/2012 CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COMPENSAÇÃO.

INEXISTÊNCIA DE CRÉDITO LÍQUIDO E CERTO.

É vedada a compensação de contribuição previdenciária legalmente exigível (art.28, I c/c § 9 e o art. 22, I e II, ambos da Lei de Custeio) com créditos ilíquidos e incertos (art.170 do CTN).

MULTA. COMPENSAÇÃO INDEVIDA

Os valores referentes a contribuições sociais previdenciárias compensadas indevidamente serão exigidos pelo Fisco com os acréscimos moratórios de que trata o artigo 35 da Lei nº 8.212/1991.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Irresignado, o sujeito passivo apresentou, às folhas de 1241/1400, recurso voluntário, com as seguintes alegações, reproduzidas do corpo do próprio recurso:

I I - O DIREITO

II - 1 - PRELIMINAR

COMO PODE SER EVIDENCIADO NO PRESENTE "RE N° 593.068" RECONHECEU-SE A REPERCUSSÃO GERAL SOBRE AS VERBAS DE NATUREZA JURÍDICA INDENIZATÓRIA COMPENSATÓRIA QUE NÃO IRÃO INTEGRAR OS PROVENTOS DE APOSENTADORIA DO SERVIDOR, AS QUAIS SEJAM: "ADICIONAIS E GRATIFICAÇÕES TEMPORÁRIAS; TERÇO DE FÉRIAS; SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS; ADICIONAL NOTURNO E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE". COM BASE NAS DECISÕES PACIFICADAS PELO "STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL", NO SENTIDO DE QUE SOMENTE INCIDE A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS PROVENTOS QUE IRÃO REPERCUTIR NA APOSENTADORIA DO SERVIDOR, A TEOR DO "ART. 40, CAPUT DA CF/88 E ART. 201, § 11 DA CF/88" E LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA: ART. 89 DA LEI 8.212/91; ARTIGOS 247 A 251 DO DECRETO 3048/99 E ARTIGO 56 A 59 DA INSTRUÇÃO NORMATIVA RFB N° 1300/12, o MUNICÍPIO DE ANHEMBI APUROU CRÉDITOS COMPENSADOS COM DÉBITOS VINCENDOS PREVIDENCIÁRIOS DAS SEGUINTE VERBAS:

- 1/3 DE FERIAS
- HORA EXTRA

- GRATIFICAÇÃO FUNÇÃO
- GRATIFICAÇÃO.
- FUNÇÃO GRATIFICADA
- SEXTA PARTE
- ADICIONAL NOTURNO
- INSALUBRIDADE

II - DO MÉRITO

AS PROVAS QUE CORROBORAM O DIREITO ALEGADO ESTÃO CONTIDAS NOS DOCUMENTOS APRESENTADOS NOS "RECURSOS DE IMPUGNAÇÃO", DEVENDO SEREM MANTIDO NESTE "RECURSO VOLUNTÁRIO", "PROCESSO Nº 10825.722705/2014-45 - DEBCAD Nº 51.063.934-8" PARA TODAS OS EFEITOS LEGAIS.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Cleber Ferreira Nunes Leite**, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade.

Da delimitação do objeto da lide

A empresa alega que os créditos utilizados são absolutamente legais (1/3 de férias, hora extra, gratificação função, gratificação, função gratificada, sexta parte, adicional noturno, insalubridade, tendo em vista a repercussão geral da matéria em julgamento pelo STF.

Do mérito

Tendo em vista que a matéria teve idêntica alegação na impugnação, por concordância, adotamos a decisão da primeira instância:

I - Mandado de Segurança 0000870-15.2012.4.03.6108. Suspensão da Exigibilidade da Verbas Compensatórias/Indenizatórias.

15. A empresa alega que os créditos utilizados são absolutamente legais (1/3 de férias, hora extra, gratificação função, gratificação, função gratificada, sexta parte, adicional noturno, insalubridade - Memória de Cálculo - fls.698/752), uma vez que sobre tais verbas não incidem contribuições previdenciárias, conforme entendimento pacificado nos Tribunais Superiores (RE 345.458/RS-STF, DA REPERCUSSÃO GERAL RE 593.068, dentre outras). Salienta, ainda em seu favor que impetrou Mandado de Segurança Preventivo 0000870-15.2012.4.03.6108, com o fim de obter declaração de inexistência de relação jurídica entre o

Município Impetrante e a União -RFB, no que toca às contribuições previdenciárias patronais (art.22, I e II da Lei 8.212/91) e a suspensão da exigibilidade das referidas contribuições incidentes sobre horas extras, terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado, férias indenizadas e férias em pecúnia, salário educação, auxílio-creche, auxílio doença e auxílio acidente nos primeiros 15 dias de afastamento, abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno, referente aos períodos de 02/2007 a 02/2012 (RE 345.458/RS-STF DA REPERCUSSÃO GERAL RE 593.068).

15.1. As alegações referentes a não incidência de contribuição previdenciárias sobre as verbas utilizadas como crédito pelo Autuado para compensar contribuições previdenciárias devidas (art.22, I e II da Lei 8.212/91), quais sejam, 1/3 de férias, hora extra, adicional noturno e insalubridade, bem como a suspensão da exigibilidade das mesmas, não serão objeto de apreciação neste voto, diante da renúncia a via administrativa (art. art. 126, § 3º da Lei n.º 8.213/91), as demais verbas (gratificação função, gratificação, função gratificada, sexta parte), não foram objeto do referido mandado de segurança, vejamos:

15.1.1. o Autuado impetrou Mandado de Segurança Preventivo, com pedido de liminar (MS 0000870-15.2012.4.03.6108 - vide documentos de fls.262/334), que foi negado, conforme se observa às fls. 759. Em 25/05/2012, foi apreciado o citado Mandado de Segurança, concedendo a segurança parcialmente, tão somente em relação às verbas pagas a título de aviso prévio indenizado, que sequer constam entre as verbas utilizadas pelo Autuado indevidamente como crédito (fls. 335/355), a saber:

Sentença nos Autos do MS 0000870-15.2012.4.03.6108

(...)

"...Julgo parcialmente procedente o pedido e concedo à segurança, tão somente para declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária prevista no artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91, no que toca aos valores pagos a título de aviso prévio indenizado..." 15.1.2. o Impetrante, ora Impugnante, inconformado com a decisão interpôs o Recurso de Embargo de Declaração (fls.774), sob a alegação de omissão da sentença sobre o terço constitucional sobre férias gozadas, com reconhecimento da omissão, a saber:

Embargos Declaratórios nos Autos do MS 0000870-15.2012.4.03.6108

(...)

"...Dessa forma, conheço e dou provimento aos declaratórios..." "... Julgo parcialmente procedente o pedido e concedo à segurança, tão somente para declarar a inexigibilidade da contribuição previdenciária prevista no artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91, no que toca aos valores pagos a título de aviso prévio indenizado..."

15.1.3. com relação ao Recurso de Apelação interposto pelas partes, recentemente foi publicada o acórdão referente ao Recurso de Apelação (14/10/2015), conforme pesquisa realizada no sítio do TRF3:

Recurso de Apelação nos Autos do MS 0000870-15.2012.4.03.6108

(...)

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, do Código de Processo Civil, e na Súmula 253/STJ c/c o art. 33, do RI/TRF-3ª Região, NEGO SEGUIMENTO a apelação fazendária e à remessa oficial; e dou PARCIAL PROVIMENTO à apelação da parte impetrante para excluir a incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de abono pecuniário de férias, terço constitucional de férias, abono-assiduidade e pagamentos realizados nos quinze primeiros dias de afastamento que antecedem o auxílio-doença e auxílio-acidente; bem como, em relação aos valores pagos a título de auxílio-educação, auxílio-creche, férias indenizadas e vale transporte, afastar a extinção do processo sem resolução do mérito e, com fundamento nos artigos 515, §3º, e 557, § 1º-A, ambos do Código de Processo Civil, julgar procedente a ação neste ponto, para reconhecer o direito à não inclusão de tais verbas na base de cálculo da contribuição social previdenciária. No mais, mantenho a sentença recorrida. (negritou-se)

Sem honorários, a teor das Súmulas 512/STF e 105/STJ, bem como do disposto no art. 25, da Lei n. 12.016/2009.

15.2. Verificou-se, ainda, que o referido Mandado Segurança, ainda não transitou em julgado, apresentando como últimas fases, segundo o sítio do TRF3: 16/02/2016 - Embargos Declaratórios não-acolhidos e 22/02/2016 - Informação Recebidos - Rel/VOTO/ACÓRDÃO.

15.3. Logo, pela identidade de objeto entre a matéria colocada em ação judicial não transitada em julgado (MS 0000870-15.2012.4.03.6108 não incidência de contribuição previdenciária patronal e suspensão da exigibilidade - verbas: horas extras, terço constitucional de férias, adicional de insalubridade e adicional noturno), e a matéria discutida em defesa no presente processo (não incidência de contribuição previdenciárias sobre as verbas utilizadas como crédito indevidamente para realizar a compensação e a suspensão da exigibilidade das respectivas verbas - 11/2011 a 05/2012 - horas extras, terço constitucional de férias, adicional de insalubridade e adicional noturno), entende-se que tais alegações não poderão ser objeto de apreciação quanto ao mérito, por caracterizar renúncia às instâncias administrativas, nos termos art. 126, § 3º da Lei n.º 8.213/91:

Art. 126

(...)

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

15.3.1. Corroborando as disposições legais acima, a renúncia à via administrativa pela propositura de ação judicial foi objeto de Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, constando da Portaria CARF nº 49, de 01/12/2010:

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.

15.3.2. Vale destacar, que as demais verbas utilizadas pelo Autuado para realizar a compensação (gratificação, função gratificada, gratificação de função e sexta parte), não foram objeto do citado Mandado de Segurança, logo, não foram alcançadas pela renúncia à via administrativa.

16. Assim, reconhecida a renúncia à via administrativa de parte das alegações apresentadas na impugnação, fica claro que o Impugnante utilizou supostos créditos que ainda se encontravam em discussão judicial, para realizar compensação com contribuições previdenciárias legalmente devidas, desobedecendo à legislação pertinente (arts. 170 e 170-A do CTN).

17. Em seguida passa-se à análise das demais alegações não alcançadas pela renúncia a via administrativa.

II - Fundamentos Jurídicos. Jurisprudência dos Tribunais Superiores (RE 593068)

18. A fundamentação jurídica utilizada pela Autuada para justificar a compensação (Lei 8.383/91, Lei 8.212/91, IN 1300/2012, dentre outras), não tem o condão de ratificá-la, como será exposto posteriormente neste voto.

18.1. Com relação as decisões dos Tribunais que embasam a defesa, cabe esclarecer que os efeitos de cada decisão alcança apenas as partes envolvidas, isto é, não se aplicam à Impugnante no caso em tela.

18.2. Com relação aos julgados do STF e STJ, transcritos e/ou anexados na defesa, em especial o Recurso Extraordinário 593068, e possíveis implicações ao presente processo, vale esclarecer que mesmo que já houvesse decisão definitiva em desfavor da Fazenda Nacional pelo STF ou pelo STJ, as matérias decididas em sede de julgamento realizado nos termos dos artigos 543-B e 543-C do Código de Processo Civil, somente poderiam ser reproduzidas pelas unidades da Receita Federal do Brasil após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Veja-se, nesse sentido, o que determina o artigo 19, incisos IV e V, combinado

com o parágrafo 5.º, da Lei n.º 10.522, de 19 de julho de 2002, e alterações promovidas pela Lei 12.844/13, que rezam:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexista outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei n.º 11.033, de 21 de dezembro de 2004.)

(...)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Incluído pela Lei n.º 12.844, de 19 de julho de 2013.)

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-C da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei n.º 12.844/2013.) – Grifou-se.

(...)

§ 5.º As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei n.º 12.844/2013.) – Grifou-se.

18.3. Assim, as decisões anexadas aos autos, mesmo que totalmente e/ou parcialmente desfavorável à Fazenda Nacional, vislumbra-se a possibilidade de reversão do entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal, com o julgamento do RE 593.068 (julgamento do terço constitucional de férias, das horas extras, do adicional de insalubridade, das gratificações da Lei 8.212/91, do serviço noturno e da indenização).

Salienta-se que das verbas utilizadas indevidamente pelo Impugnante para realizar a compensação (1/3 de férias, hora extra, gratificação função, gratificação, função gratificada, sexta parte, adicional noturno, insalubridade - Memória de Cálculo - fls.698/752) com contribuições previdenciárias legalmente devidas, apenas a verba referente ao terço constitucional de férias foi lhe dado provimento em sede de Recurso de Apelação nos autos do MS 0000870-15.2012.4.03.6108, ainda não transitado em julgado, conforme já exposto no item 15.1.3 deste voto.

III - Verbas Indevidamente Compensadas (gratificação função, gratificação, função gratificada, sexta parte). Suspensão da Exigibilidade

19. Com relação a incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas pagas a título de gratificação de função, gratificação, função gratificada e sexta parte, verifica-se que tais verbas integram o conceito de salário de contribuição (art.28, I da Lei 8.212/91), e não fazem parte das exceções previstas no art. 28, § 9º da Lei 8.212/91, razão pela qual incide a contribuição previdenciária patronal (art.22, I e II da Lei de Custeio), logo, não poderiam ter sido utilizadas pelo Autuado como crédito para realizar a compensação. Vejamos:

Lei 8.212/91 Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973 c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

e) as importâncias:

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; 2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS; 3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT; 4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973; 5. recebidas a título de incentivo à demissão;

6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; 8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada; 9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT;

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP;

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho;

n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa;

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965;

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT;

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos,

despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa;

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços;

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas;

t) o valor relativo a plano educacional, ou bolsa de estudo, que vise à educação básica de empregados e seus dependentes e, desde que vinculada às atividades desenvolvidas pela empresa, à educação profissional e tecnológica de empregados, nos termos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e:

1. não seja utilizado em substituição de parcela salarial; e

2. o valor mensal do plano educacional ou bolsa de estudo, considerado individualmente, não ultrapasse 5% (cinco por cento) da remuneração do segurado a que se destina ou o valor correspondente a uma vez e meia o valor do limite mínimo mensal do salário-de-contribuição, o que for maior;

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990;

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais;

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT.

y) o valor correspondente ao vale-cultura

Lei 8.212/91

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa.

II - para o financiamento do benefício previsto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, e daqueles concedidos em razão do grau de

incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, sobre o total das remunerações pagas ou creditadas, no decorrer do mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos:

- a) 1% (um por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante o risco de acidentes do trabalho seja considerado leve;
- b) 2% (dois por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado médio;
- c) 3% (três por cento) para as empresas em cuja atividade preponderante esse risco seja considerado grave.

19.1. Sendo assim, as verbas pagas a título de gratificação de função, gratificação, função gratificada e sexta parte, foram utilizadas pelo Impugnante indevidamente como créditos para a realização de compensação (período 11/2011 a 05/2012), razão pela qual foram glosados pela Fiscalização. Frisa-se, ainda, que referidas verbas podem ser exigidas, uma vez que não existe qualquer impedimento legal e/ou judicial neste sentido (suspensão da exigibilidade), uma vez que tais verbas não se encontram em discussão no MS 0000870-15.2012.4.03.6108.

Portanto, com não se conhece, por concomitância, da matéria referente as verbas 1/3 de férias, hora extra, adicional noturno, insalubridade. Conhece-se da matéria referente as verbas pagas a título de gratificação de função, gratificação, função gratificada e sexta parte, reconhecendo que incide contribuição previdenciária.

CONCLUSÃO

Do exposto, voto por não conhecer da parte do recurso objeto de ação concomitante, conhecer da matéria em que não houve renúncia ao contencioso administrativo, e, no mérito negar provimento.

Assinado Digitalmente

Cleber Ferreira Nunes Leite