



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

Processo nº 10882.721420/2012-41
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2403-002.546 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2009 a 31/03/2011

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA
LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO
APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - RENÚNCIA À INSTÂNCIA
ADMINISTRATIVA - APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 1 DO CARF

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.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - REPERCUSSÃO GERAL
RECONHECIDA NO STF EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO -
SOBRESTAMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO NO CARF -
REVOGAÇÃO DE NORMA

Anteriormente previa-se o sobrestamento dos julgamentos dos recursos voluntários no CARF sempre que o STF também sobrestasse o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que fosse proferida decisão nos termos do art. 543-B, CPC. No entanto, a Portaria CARF nº 545, de 18.11.2013, revogou os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF que previam o procedimento de tal sobrestamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - COMPENSAÇÃO INDEVIDA -
GLOSA.

As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei 8.212/1991, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB. Serão glosados pela RFB os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em (i) não conhecer do recurso voluntário na matéria de mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados, (ii) conhecer do recurso nas demais questões, (iii) rejeitar a preliminar de sobrestamento do recurso. No mérito por unanimidade de votos em negar provimento ao recurso. Ausentes justificadamente os conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa e Marcelo Magalhães Peixoto .

Carlos Alberto Mees Stringari – Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Daniele Souto Rodrigues, Marcelo Magalhães Peixoto, Elfás Cavalcante Lustosa Aragão Elvas e Marcelo Freitas de Souza Costa (ausente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA - PREFEITURA MUNICIPAL contra Acórdão nº 05-40.246 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campinas - SP que julgou procedente o Auto de Infração – AIOP nº 51.022.678-7, no valor de R\$ 53.940.321,74, referente às glosas de compensações indevidas no período de 04/2010 a 13/2011.

Conforme o Termo de Verificação Fiscal, segue a motivação para a lavratura da autuação:

2.1.1- Em 20/05/2011 foi encaminhado o Ofício Secat/DRFOSA nº 157/2011 à Prefeitura Municipal de Carapicuíba através do qual foram solicitados esclarecimentos acerca das compensações supostamente indevidas levantadas por este serviço.

Considerando a origem do direito creditório objeto das compensações, foram requeridos os seguintes documentos:

a) Certidão de Objeto e Pé das ações judiciais acompanhadas das decisões/acórdãos constantes nos autos;

b) Petição inicial referente ao processo;

2.1.3- Em 14/06/2011 foi solicitada prorrogação de prazo.

2.1.4- Não havendo manifestação por parte do órgão, em 30/06/2011 foi efetuada nesta Delegacia uma reunião com a presença do Delegado Adjunto da D R F/OS A, do Assistente de Gabinete da DRF/OSA, de servidores do SECAT DRF/OSA, do Secretário de Finanças da Prefeitura de Carapicuíba além de representantes do escritório de advocacia 'Castellucci Figueiredo e Advogados Associados'. Na ocasião, foi acordado que seriam fornecidas informações detalhadas a respeito das compensações, o que não ocorreu.

2.2. Em 16/11/2011 deu-se o início da presente fiscalização com a ciência por via postal (AR) do Termo de Início de Fiscalização.

2.3. Diante da negativa da Prefeitura de Carapicuíba em fornecer a documentação que deu suporte às compensações, em 02/02/2012 o MPF de nº 08.1.13.2011.00220-4 foi reemitido de modo a incluir operação fiscal 86801 (CP - COMPENSAÇÃO INDEVIDA), períodos: 11/2009, 12/2009 e 04/2010 a 13/2011.

2.4. Em 14/02/2012 intimamos a contribuinte a apresentar o memorial dos valores contestados judicialmente discriminando valor, período de apuração e natureza jurídica da verba (rubrica);

2.5. Não havendo manifestação do contribuinte no sentido de comprovar as compensações e dada a inoccorrência de quaisquer das hipóteses legais autorizativas do instituto da compensação, incluindo a decisão judicial transitada em julgado, restou caracterizada portanto a irregularidade de todas as compensações declaradas em GFIP conforme relação abaixo, com base no art 89 da Lei 8.212/91

2.6. Diante dos fatos, e para salvaguardar os interesses da Fazenda Nacional, procedemos à lavratura de Auto de Infração, com a correspondente constituição do crédito tributário, em razão da GLOSA DAS COMPENSAÇÕES supra relacionadas, no período de 04/2010 a 13/2011.

2.7. Para constituição dos créditos tributários, tomou-se como referência os valores constantes nas referidas GFIP's, relativas às compensações realizadas no período.

O Termo de Verificação Fiscal aponta o código do levantamento efetuado:

FP - COMPENSADO EM GFIP: declarado em GFIP antes do início do Proc Fiscal/Órgão Público

O Termo de Verificação Fiscal aponta também os fundamentos legais do débito:

4.5.1. O instituto da compensação tributária depende de autorização em lei eis que, nos termos do art.170 do Código Tributário Nacional: "A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública", (grifei)

4.5.2. Em se tratando de ação judicial, faz-se mister o trânsito em definitivo da lide eis que segundo o art. 170-A/CTN: "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.

4.5.3. Os principais fundamentos legais do débito são:

(i) Lei nº 8.212/91 - art. 31, §1º (com as alterações da MP nº 1.663-15, de 23/10/98, convertida na Lei nº 9.711, de 21/11/98) e art. 89 (com a redação dada pela Lei nº 9.129, de 20/11/95) e

(ii) Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/99, arts. 247 a 249, 251, 253 e art. 219, §§ 4º e 9º ; estando essas e as demais normas, sustentáculos das rubricas lançadas neste AUTO DE INFRAÇÃO, devidamente demonstradas no relatório FLD - Fundamentos Legais do Débito

A Recorrente teve ciência do AIOP em 26.04.2012, conforme informação nos autos às fls. 01.

O período objeto do auto de infração, conforme o Relatório Discriminativo do Débito - DD, às fls. 89 é de 04/2010 a 12/2011

A **Recorrente apresentou Impugnação**, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Inconformado com o Auto de Infração sob exame, o Município impugnou-o por meio do expediente anexado às fls. 104 a 1813, postado nos Correios em 28/05/2012, por intermédio do qual, em breve síntese, postula:

1º) A "anulação, cancelamento e a desconstituição total dos créditos tributários constituídos" no AI nº 51.022.6787, por ter sido este lavrado sem a observância das disposições legais aplicáveis ao assunto e, via de consequência, preterido o direito de defesa do Município, em afronta aos seguintes dispositivos:

LEGISLAÇÃO ▫ art. 12, incisos I e II, e § 2º do Decreto nº 7.574/2011; ▫ art. 38 do Decreto nº 7.574/2011; ▫ art. 62 do Decreto nº 70.235/72; ▫ art. 63 da Lei nº 9.430/96; ▫ art. 40, inciso III do Decreto nº 7.574/2011; ▫ art. 50, § 1º da Lei nº 9.784/99; ▫ art. 37 e 89 da Lei nº 8.212/91; ▫ arts. 15; 142 e 151, incisos IV e V do CTN; ▫ art. 5º, LV, da CF/88.

DECISÕES JUDICIAIS ▫ MANDADO DE SEGURANÇA
Processo nº 00010627.28.2010.4.03.6100
Liminar/Sentença/Acórdão TRF 3ª REG.

▫ MANDADO DE SEGURANÇA Processo nº 0000417.85.2011.4.03.6130 Liminar/SENTENÇA 2º) *Que a "anulação" do lançamento fiscal seja decretada também pela "falta de motivação; vício formal e material", a saber:*

a) O procedimento fiscal foi instaurado durante a vigência da medida judicial contida nos MS proc. nºs 00010627.28.2010.4.03.6100 e 0000417.85.2011.4.03.6130, contrariando o art. 62 do Decreto nº 70.235/72

b) O auditor fiscal deixou de considerar "decisão judicial" proveniente dos "mandados de segurança proc. nº 00010627.28.2010.4.03.6100 e 0000417.85.2011.4.03.6130", concessivos de "decisões judiciais" suspendendo a exigibilidade da contribuição previdenciária "patronal" sobre as verbas "indenizatórias / compensatórias;

c) O "lançamento fiscal" e o conseqüente "auto de infração" foi emitido sobre as "verbas indenizatórias/ compensatórias", com exigibilidade suspensa por decisão judicial contrariando o art. 151, V e VI do CTN;

d) O "auto de infração" foi emitido na condição de "auto-executoriedade" após prazo formal de 30 dias, sem atentar pelo fato da existência de "decisão judicial", cujo lançamento somente poderia ter sido realizado para "prevenir a decadência, a teor do "art. 63 da lei nº 9.430/96" e na forma do "art. 62 do decreto nº 70.235/72";

e) A fiscalização não desmembrou no "auto de infração de cada um dos tributos" para cada tipo de tributo ou penalidade,

englobando em um único lançamento os tributos (verbas utilizadas para créditos de compensação) com incidência da exação do art. 20 da lei nº 8.212/91 e demais verbas com "exigibilidade suspensa por decisão judicial", contrariando o "art. 38, caput e § 1º do Decreto nº 7.574/2011";

f) A fiscalização não desmembrou o "auto de infração debcad nº 51.022.6787" multa e juros, para cada tipo de tributo ou penalidade, englobando em um único lançamento os tributos (verbas utilizadas para créditos de compensação) com incidência da exação do art. 20 da lei nº 8.212/91, demais verbas com "exigibilidade suspensa por decisão judicial", contrariando o "art. 38, caput e § 1º do Decreto nº 7.574/2011" e o art. 63 da Lei nº 9430/96;

g) Não consta do "relatório fiscal" e no "FLD FUNDAMENTOS LEGAIS DO DÉBITO" o embasamento legal que o motivou a aplicar a multa e juros por lançamento de ofício, sobre as verbas com exigibilidade suspensa por decisão judicial, cujo dispositivo legal é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício insanável de acordo com art. 37 da lei nº 8.212/91 c/c art. 40, inciso III do Decreto nº 7.574/2011;

h) O auto de infração não preenche os requisitos constantes do "art. 142 do CTN", por equívoco na construção do lançamento quanto a verificação das condições legais para exigência do tributo e constituição do crédito tributário, cujo "ato administrativo" está sujeito aos princípios da "legalidade e da publicidade", assegurando ao contribuinte o direito do contraditório e a ampla defesa, o que somente se verifica quando a matéria tributária estiver adequadamente descrita, com o conseqüente enquadramento legal das infrações apurando, não sendo o que ocorre no presente "auto de infração debcad nº 51.022.6787", contrariando a legislação vigente o "art. 12, inciso, II do Decreto nº 7.574/2011, com o cerceamento de defesa do município; e

i) Não foram atendidos os requisitos indispensáveis à formalização do "MPF", contrariando os "arts. 12 e 13 da Portaria SRF nº 3007/01", "art. 31, inciso III, Portaria MPS nº 520" e art. 37, caput da CF/88" e jurisprudências iterativas do "CARF", conforme documentos anexos.

Salientamos que o mencionado expediente de fls. 104 a 1813 é também composto de sete "pastas", com denominação e conteúdo a seguir indicados:

▪ **PASTA I – DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE** Contém as razões que expressam o entendimento do Município de que não há incidência de contribuições previdenciárias ou de contribuições destinadas a terceiros sobre os valores pagos aos seus servidores a título de "horas extras", "férias indenizadas / férias convertidas em pecúnia", "terço constitucional de férias", "aviso prévio", "auxílio educação", "auxílio creche", "auxílio doença", "abono assiduidade", "auxílio transporte em pecúnia", "abono único", "adicional de insalubridade",

“adicional de periculosidade”, “adicional noturno”, entendimento esse que, conforme a defesa procura demonstrar, coincide com o dos órgãos do Poder Judiciário, incluídos o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal.

PASTA II – DO DIREITO A COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM ANUÊNCIA DO JUDICIÁRIO OU RFB Contém as razões destinadas a evidenciar a legitimidade das compensações glosadas pela fiscalização, ou seja, que elas se deram em perfeita harmonia com os dispositivos legais de regência, com a doutrina pátria e com a jurisprudência dos órgãos do Poder Judiciário.

▪ PASTA III – DOS CÁLCULOS – VERBAS INDENIZATÓRIAS / COMPENSATÓRIAS Contém a “Memória de Cálculos” relativa à apuração e à atualização dos créditos resultantes dos alegados recolhimentos indevidos, bem como os resumos das Folhas de Pagamento do período de janeiro de 2002 a novembro de 2011.

▪ PASTA IV – DECISÕES JUDICIAIS – “MS” Contém peças relativas às ações judiciais mencionadas na petição de fls. 106 a 111, destinadas a comprovar o reconhecimento judicial dos créditos que motivaram as compensações glosadas pela fiscalização.

▪ PASTA V – DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO Contém as razões que expressam o entendimento do Município de que o presente auto de infração é nulo.

▪ PASTA VI – DA PRESCRIÇÃO Contém as razões que expressam o entendimento do Município de que os créditos que motivaram as compensações em comento não foram atingidos, sequer em parte, pela prescrição.

▪ PASTA VII – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA Contém termos de decisões judiciais – proferidas, inclusive, pelo STJ e pelo STF –, destinados a corroborar a tese de legitimidade das compensações glosadas pela fiscalização.

Houve solicitação de Diligência Fiscal pela autoridade de primeira instância a fim de que a Auditoria-Fiscal pudesse se manifestar acerca de

Por meio da Resolução nº 05003.424 (fls. 1830 a 1837), de 26/09/2012, esta 6ª Turma converteu o julgamento em diligência, a fim de que o auditor notificante esclarecesse:

1º) se o Município de Carapicuíba procedeu aos recolhimentos das importâncias apontadas como “créditos” nas planilhas contidas na “Pasta III” da defesa (fls. 624 a 1021); e

2º) se esses recolhimentos se deram a título de contribuições incidentes sobre as rubricas também ali indicadas

A Informação Fiscal em resposta à solicitação de Diligência Fiscal, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Em decorrência de tais questionamentos, mencionada autoridade da RFB trouxe aos autos a “INFORMAÇÃO FISCAL” de fls. 1839 a 1841, onde alega, em essência, que:

a) o presente auto foi lavrado porque “comprovada a inexistência de trânsito em julgado de todas as ações ajuizadas pelo órgão municipal, em total descompasso com o elenco de hipóteses autorizativas da compensação tributária exaustivamente veiculado pelo Código Tributário Nacional”, de forma que “qualquer questionamento envolvendo o montante dos indébitos que originaram as compensações glosadas deve se dar no âmbito das ações judiciais em curso por fazerem parte do pedido ajuizado”;

b) além disso, “a resposta aos quesitos formulados pela DRJ fica prejudicada sobremaneira pelas características de apuração e pagamento da CP”, em razão das quais “impossível se torna atribuir qual rubrica teve a correspondente CP extinta e quais não, uma vez que o documento de arrecadação (GPS) não especifica o quanto de cada parcela corresponde”; e

c) “outro fato relevante que prejudica a manifestação quanto aos quesitos da DRJ reside em que todos os valores dos créditos pleiteados apresentam-se apurados utilizando o percentual de 21% sobre a respectiva base de cálculo, o que pressupõe a utilização de RAT/SAT de 1%, porém, o preenchimento das GFIP indica RAT/SAT de valor diferente”.

Embora, como se vê, sem responder aos questionamentos formulados na Resolução nº 05003.424, o agente fiscal acrescenta que:

a) na composição de seu suposto crédito, o Município incluiu algumas rubricas “que sequer foram levadas à tributação e, desta forma, não dão guarida a qualquer pretensão de recuperação”, a saber: “abono pecuniário” (cód. 47), “1/3 sobre férias indenizadas” (cód. 48), “auxílio pecuniário” (cód. 49), “triênio indenizado” (cód. 78) e “abono” (cód. 350);

b) os dados do “ANEXO À INFORMAÇÃO FISCAL” (fls. 1842 e 1843) leva à conclusão de que “a base de cálculo apurada a partir da folha de pagamento com base no quantitativo de segurados nela informado e que deu origem aos créditos pleiteados, não é a mesma base de cálculo levada à tributação através das GFIP”; e

c) o órgão fiscalizado “deixou de apurar em GFIP valores a pagar alegando compensação com os créditos que ora se discute, inclusive em competências que não foram objeto de lançamento”.

O contribuinte atravessou Manifestação acerca da Informação Fiscal, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

Cientificado da Resolução nº 05003.424 e da informação fiscal dela resultante, o Município interpôs impugnação complementar (fls. 1848 a 1857), onde reitera as razões já expendidas em sua manifestação de fls. 104 a 1813 e, ainda, retifica de R\$

47.449.410,45 para R\$ 44.379.402,97 o valor do crédito cujo reconhecimento é postulado, sendo tal modificação resultante:

a) da inclusão de valores atinentes às rubricas “Férias” (R\$ 3.200.636,94) e “SAT/RAT” (R\$ 5.452.467,39), as quais, segundo afirma, não foram objeto da impugnação inicial; e

b) da exclusão de valores relativos às rubricas “Abono pecuniário”, “1/3 sobre férias indenizadas”, “Auxílio pecuniário” e “Abono”, vez que sobre estas não houve incidência da contribuição previdenciária.

Especificamente quanto à rubrica “SAT/RAT”, a impugnante aduz que no período de janeiro de 2002 a agosto de 2009 aplicou indevidamente a alíquota de 2%, quando, a seu ver, a alíquota correta é de 1%, daí resultando um crédito de R\$ 5.452.467,39 e que foi utilizado para compensação com débitos vincendos previdenciários.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 05-40.246 - 6ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campinas - SP, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2010 a 31/12/2011

CERCEAMENTO DE DEFESA. FASE INQUISITÓRIA DO PROCEDIMENTO FISCAL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Não caracteriza cerceamento de defesa eventual deficiência ocorrida na fase inquisitória do procedimento fiscal, quando não se tinha ainda processo, mas mero procedimento de verificação da situação do contribuinte no tocante às suas obrigações para com a previdência social, culminado com o lançamento do crédito tributário.

AÇÃO JUDICIAL E PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. CONCOMITÂNCIA. IDENTIDADE DE MATÉRIA. RENÚNCIA À DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA.

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.

TRIBUTO OBJETO DE DISCUSSÃO JUDICIAL. RECOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

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.

PREVIDENCIÁRIO. ABONOS. NATUREZA SALARIAL. CONTRIBUIÇÕES. INCIDÊNCIA.

Ressalvados os que a lei excluiu expressamente do salário-de-contribuição, os abonos concedidos aos segurados empregados têm natureza salarial e, por conseguinte, integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias e das destinadas a terceiros.

CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO FINANCIAMENTO DA APOSENTADORIA ESPECIAL E DOS BENEFÍCIOS CONCEDIDOS EM RAZÃO DO GRAU DE INCIDÊNCIA DE INCAPACIDADE LABORATIVA DECORRENTE DOS RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO. AUTO-ENQUADRAMENTO DA EMPRESA NA ATIVIDADE PREPONDERANTE. PROVA DA CORREÇÃO.

INEXISTÊNCIA. RECUSA PELA RFB. POSSIBILIDADE.

Para efeito da contribuição destinada ao financiamento da aposentadoria especial e dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, é de responsabilidade da empresa realizar o enquadramento na atividade preponderante, cabendo, no entanto, à Secretaria da Receita Federal do Brasil recusá-lo quando não demonstrada a sua correção.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal regularmente posto e em vigor, vez que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

RECOLHIMENTO INDEVIDO. COMPENSAÇÃO. PRAZO. PRESCRIÇÃO DO DIREITO.

A partir de 09/06/2005, desde que antes não tenha havido ajuizamento de ação ou pedido administrativo neste sentido, a repetição ou a compensação de indébito tributário se submete ao prazo prescricional de 5 (cinco) anos, contados do pagamento antecipado de que trata o art. 150, § 1º, do Código Tributário Nacional.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Acórdão

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 30/09/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 02/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros da 6ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, julgar improcedente a impugnação interposta pelo sujeito passivo, mantendo-se o crédito constituído por meio do Auto de Infração nº 51.022.6787, na forma do voto do relator.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais CARF, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 33 do Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, alterado pelo art. 1º da Lei nº 8.748, de 09/12/1993, e pelo art. 32 da Lei 10.522, de 19/07/2002.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação, acrescentando uma Preliminar, em apertada síntese:

(i) Em Preliminar - do sobrestamento do Recurso Voluntário - STF - Repercussão Geral em RE 593.068 - Portaria CARF nº 01/2012 - sobrestamento

COMO PODE SER EVIDENCIADO NO PRESENTE "RENº593.068" 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 TEMPORÁRIOS; TERÇO DE FÉRIAS; SERVIÇOS EXTRAORDINÁRIOS; ADICIONAL NOTURNO E ADICIONAL DE INSALUBRIDADE".

DE ACORDO COM O "ART. 543-B" DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, OS RECURSOS INTERPOSTOS QUE VERSEM SOBRE AS MATÉRIAS DISCUTIDAS, CONSTANTES DO "RE Nº 593.068 - REPERCUSSÃO GERAL" DEVERÃO FICAR SOBRESTADOS, RETORNANDO A ORIGEM PARA AGUARDAR O JULGAMENTO DO MÉRITO, O QUE APÓS DECISÃO DEVERÁ SER OBSERVADO O CONTIDO NO "ART. 543-B DO CPC".

COM BASE NO REFERIDO ARTIGO, O "STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" TEM DE FORMA INCONTINENTI OBSERVADO O QUE ASSEVERA A REGULAMENTAÇÃO, PRATICANDO O ATO DE "SOBRESTAR" TODOS OS RECURSOS ATINENTES A MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL NO "RE Nº 593.068".

(...)

DIANTE DESSE NOVO INSTRUMENTO JURÍDICO, O "CARF CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS", EM 06 DE JANEIRO DE 2012, PUBLICOU A

"PORTARIA CARF Nº 001", QUE VISA UNIFORMIZAR OS PROCEDIMENTOS A SEREM ADOTADOS PARA O SOBRESTAMENTO DE JULGAMENTO DE RECURSOS EM TRAMITAÇÃO, CONFORME PREVISTO NO § 1º, ARTIGO 62 - A, ANEXO II, DO REGIMENTO INTERNO DO ÓRGÃO.

A REFERIDA PORTARIA DISPÕE QUE O PROCEDIMENTO DE SOBRESTAMENTO DOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS EM TRÂMITE NO CARF, SERÁ APLICADO NAS HIPÓTESES EM QUE HOUVER SIDO DETERMINADO PELO **"STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL"**, O SOBRESTAMENTO DE RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS QUE VERSEM SOBRE MATÉRIA IDÊNTICA ÀQUELA DEBATIDA NA SUPREMA CORTE.

POR FIM, A PORTARIA ESCLARECE QUE OS PROCESSOS QUE FOREM MANTIDOS SOBRESTADOS SOMENTE PODERÃO SER APRECIADOS PELO CARF APÓS DECISÃO TRANSITADA EM JULGADO NO ÂMBITO DO STF.

OU SEJA, OS JULGAMENTOS NÃO PODERÃO SER RETOMADOS, APENAS, COM O JULGAMENTO OU PUBLICAÇÃO DA DECISÃO PROFERIDA NOS RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS PELO STF, MAS TÃO-SOMENTE COM O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO. ASSIM A MEDIDA EVITA QUE PROCESSOS SEJAM JULGADOS DE FORMA PRECIPITADA ANTES DE UMA DECISÃO FINAL NA JUSTIÇA.

A POSIÇÃO ADOTADA PELO CARF EM ACOMPANHAR O STF NO SOBRESTAMENTO DE MATÉRIAS, DEMONSTRA TOTAL CONSONÂNCIA COM A RACIONALIZAÇÃO DO TRÂMITE PROCESSUAL E AS DECISÕES PROFERIDAS

(...)

COMO EVIDENCIADO ACIMA, AS VERBAS AS QUAIS O MUNICÍPIO UTILIZOU PARA EFEITO DE COMPENSAÇÃO, COM DÉBITOS VINCENDOS PREVIDENCIÁRIOS E GLOSADOS PELO AUDITOR FISCAL, PORTANTO CONSTANTE NOS **"AUTO DE INFRAÇÃO - DEBCAD Nº 51.022.678-7 SÃO AS MESMAS AS QUAIS O "STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" TEM SISTEMATICAMENTE APLICADO O "ART. 543-B DO CPC", SOBRESTANDO TODOS OS RECURSOS ATÉ A ANÁLISE DE MÉRITO DO "RE Nº 593.068 - RECUPERAÇÃO GERAL "**.

ASSIM SENDO, DE ACORDO COM A **"PORTARIA CARF Nº 001/2012"** ESTE **"RECURSO VOLUNTÁRIO"** DEVERÁ FICAR **"SOBRESTADO"**, ATÉ QUE TENHA TRANSITADO EM JULGADO A RESPECTIVA DECISÃO DO **"STFNO RE 593.068 - REPERCUSSÃO GERAL"**, POR SE TRATAR DE **"AUTO DE INFRAÇÃO"** REFERENTE AS VERBAS UTILIZADAS PELO MUNICÍPIO, AS QUAIS ENCONTRAMSE **"SUB-JUDICE"**, A TEOR DO **"ART. 543-B DO CPC E ART. 328, P. ÚNICO DO REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL "**.

(ii) DO MÉRITO

O Recorrente aduz que as provas que corroboram o direito alegado estão contidas nos documentos apresentados em sede de Impugnação e que devem ser mantidas neste Recurso Voluntário.

(iii) CONCLUSÃO

À VISTA DE TODO EXPOSTO, DEMONSTRADA A INSUBSISTÊNCIA E IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO FISCAL, ESPERA E REQUER O RECORRENTE SEJA ACOLHIDO O PRESENTE RECURSO PARA FIM DE ASSIM SER DECIDIDO, CANCELANDO-SE O DÉBITO FISCAL RECLAMADO E O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO PROCESSO Nº 10882-721.420/2012-41 (DEBCAD Nº 51.022.678-7 NOS TERMOS DA PORTARIA CARF Nº 001/2012, TENDO EM VISTA A REPERCUSSÃO GERAL DO RE 593.068.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação nos autos.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

(A) Da regularidade do lançamento.

Analisemos.

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto pela Recorrente – MUNICÍPIO DE CARAPICUÍBA - PREFEITURA MUNICIPAL contra Acórdão nº 05-40.246 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Campinas - SP que julgou procedente o Auto de Infração – AIOP nº 51.022.678-7, referente às glosas de compensações indevidas no período de 04/2010 a 13/2011.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP que, conforme definido no inciso III do artigo 460 da IN RFB nº 971/2009, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura do AIOP)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN RFB nº 971/2009

Art. 460. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa:

I - Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica;

III - Auto de Infração (AI), é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por AFRFB e apurado mediante procedimento de fiscalização;

IV – Notificação de Lançamento (NL), é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária;

V - Débito Confessado em GFIP (DCG), é o documento que registra o débito decorrente de divergência entre os valores recolhidos em documento de arrecadação previdenciária e os declarados em GFIP; e

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DD - Discriminativo Analítico do Débito (Este relatório lista, em suas páginas iniciais, todas as características que compõem o levantamento, que é um agrupamento de informações que servirão para apurar o débito de contribuição previdenciária existente. Na seqüência, discrimina, por estabelecimento, competência e levantamento, as bases de cálculo, as rubricas, as alíquotas, os valores já recolhidos, confessados, autuados ou retidos, as deduções permitidas (salário-família, salário-maternidade e compensações), as diferenças existentes e o valor dos juros SELIC, da multa e do total cobrado);

c. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das

contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

d. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

lk. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-lhe lavrar de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(B) Alegações diversas de inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Documento digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 16/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 16/09/2014 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 30/09/2014 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 02/10/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

(i) Em Preliminar - do sobrestamento do Recurso Voluntário - STF - Repercussão Geral em RE 593.068 - Portaria CARF nº 01/2012 - sobrestamento

Analisemos.

A Recorrente requer o sobrestamento do Recurso Voluntário em função do Recurso Extraordinário nº 593.068 tramitando no STF que ensejaria a aplicação do art. 62-A, § 1º, Anexo II do RICARF.

De plano, em consulta à página do STF, em 11.04.2014, (<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=2639193&numeroProcesso=593068&classeProcesso=RE&numeroTema=163#>) temos que o RE 593.068 (Recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 40, §§ 2º e 12; 150, IV; 195, § 5º; e 201, § 11, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da exigibilidade de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade, tendo em vista a natureza jurídica de tais verbas) teve como último andamento processual estar concluso, em 14.01.2014, ao Relator Min. Roberto Barroso.

Ademais, além de ainda não ter havido o julgamento deste RE 593.068 no STF, **a Portaria CARF nº 545, de 18.11.2013, revogou os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009**, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o **Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF**:

GABINETE DO MINISTRO

PORTARIA No- 545, DE 18 DE NOVEMBRO DE 2013

Altera o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002, resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

GUIDO MANTEGA

Diante do exposto, **não há que se sobrestar o presente Recurso Voluntário com fulcro no RE 593.068 do STF porque houve a revogação expressa dos parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II do regimento Interno do CARF.**

DO MÉRITO

(ii) DO MÉRITO

O Recorrente aduz que as provas que corroboram o direito alegado estão contidas nos documentos apresentados em sede de Impugnação e que devem ser mantidas neste Recurso Voluntário.

Analisemos.

De plano, a Recorrente não produz qualquer argumentação nova ou fato novo em relação ao anteriormente apresentado em sede de Impugnação, tampouco combate a decisão de primeira instância, apenas reitera o que foi deduzido em sede de Impugnação.

Ou seja, a Recorrente ao não se insurgindo contra a decisão de primeira instância, neste ponto, por via indireta aceita tal decisão de primeira instância de forma a não haver litígio.

Ademais, neste sentido, a Recorrente, em sua CONCLUSÃO no Recurso Voluntário, apenas requer o sobrestamento do presente Recurso sem adentrar no Mérito, se atendo apenas aos argumentos deduzidos em Preliminar:

À VISTA DE TODO EXPOSTO, DEMONSTRADA A INSUBSISTÊNCIA E PROCEDÊNCIA PARCIAL DA AÇÃO FISCAL, ESPERA E REQUER A RECORRENTE SEJA ACOLHIDO O PRESENTE RECURSO PARA FIM DE ASSIM SER DECIDIDO, CANCELANDO-SE O DÉBITO FISCAL RECLAMADO E O SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO PROCESSO NOS TERMOS DA PORTARIA CARF Nº 001/2012, TENDO EM VISTA A REPERCUSSÃO GERAL DO RE 593.068.

Não obstante o requerimento da Recorrente se centrar expressamente apenas no sobrestamento do Recurso Voluntário, iremos enfrentar os principais argumentos reiterados da Impugnação que são suficientes para que se decida a controvérsia:

(ii.1) Da compensação

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional. O mesmo diploma legal, artigos 170 e 170-A, prevê regras gerais sobre a matéria; as regras específicas são objeto de lei ordinária. Transcrevemos abaixo os artigos do CTN que tratam da compensação:

“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...) II - a compensação;”

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vencido o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu

montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”

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

O Plano de Custeio da Seguridade Social, Lei n. 8.212/91, art. 89, que ora transcrevemos, traz comando no sentido de que somente serão compensados os valores pagos ou recolhidos indevidamente a título de contribuição para a Seguridade Social.

Art. 89. As contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, as contribuições instituídas a título de substituição e as contribuições devidas a terceiros somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido ou maior que o devido, nos termos e condições estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 4º O valor a ser restituído ou compensado será acrescido de juros obtidos pela aplicação da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – SELIC para títulos federais, acumulada mensalmente, a partir do mês subsequente ao do pagamento indevido ou a maior que o devido até o mês anterior ao da compensação ou restituição e de 1% (um por cento) relativamente ao mês em que estiver sendo efetuada. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 6º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 7º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 8º Verificada a existência de débito em nome do sujeito passivo, o valor da restituição será utilizado para extingui-lo, total ou parcialmente, mediante compensação. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005).

§ 9º Os valores compensados indevidamente serão exigidos com os acréscimos moratórios de que trata o art. 35 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

§ 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).

§ 11. Aplica-se aos processos de restituição das contribuições de que trata este artigo e de reembolso de salário-família e salário-maternidade o rito previsto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte, sobre os quais incidirão juros e multa de mora, conforme o art. 89, § 4º, Lei 8.212/1991, o qual remete ao art. 35, Lei 8212/1991 e ao art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996:

Lei 8.212/1991 - Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Lei nº 9.430/1996 - Art.61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Ademais, o Código Tributário Nacional, no art. 170-A, expressamente veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial:

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

No entanto, tem-se nos autos a informação de que o sujeito passivo impetrou dois mandados de segurança cujo objeto é a discussão da incidência de contribuições previdenciárias em verbas pagas pela Recorrente aos segurados empregados.

Aponta a decisão de primeira instância, às fls. 1908 a 1909, as rubricas discutidas nos Mandados de Segurança impetrados pela Recorrente:

Ocorre que, nessas ações, o Município postula a declaração de não incidência de contribuições previdenciárias sobre as seguintes parcelas:

- MS 001062728.2010.4.03.6100 ▫ Férias terço constitucional ▫ Horas extras

- MS 000041785.2011.4.03.6130 ▫ Aviso prévio indenizado ▫ Férias indenizadas ▫ Férias em pecúnia ▫ Salário educação ▫ Auxílio-creche ▫ Auxílio-doença e auxílio-acidente ▫ Abono assiduidade ▫ Abono único anual ▫ Vale transporte ▫ Adicional de periculosidade ▫ Adicional de insalubridade ▫ Adicional noturno

Ora, da comparação destes dois róis com o da coluna “Impugnação Inicial” da tabela apresentada há pouco apresentada se constata, facilmente, que muitas das parcelas lá discriminadas não estão sendo discutidas pela autuada em juízo – ou, pelo menos, não por meio dos dois mandados de segurança acima identificados.

Mais especificamente, as rubricas abordadas pelo Município em sua impugnação inicial e que não foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário nos MS nº 001062728.2010.4.03.6100 e 000041785.2011.4.03.6130 são as seguintes:

▫ Abono carga suplementar horas e valor ▫ Abono gratificação curso superior ▫ Abono gratificação curso técnico ▫ Abono gratificação geral ▫ Abono gratificação magistério ▫ Abono licença prêmio ▫ Abono local de serviço ▫ Abono pecuniário ▫ Abono sexta parte ▫ Abono tempo de serviço ▫ Abono triênio ▫ Auxílio pecuniário ▫ Plantão extra.

Desta forma, em relação às rubricas discutidas em sede judicial, a decisão de primeira instância conclui que para parte das verbas discutidas no presente Processo Administrativo, o sujeito passivo realizou as compensações sem o trânsito em julgado dos mandados de segurança impetrados, em violação a dispositivo expresso do Código Tributário Nacional, art. 170-A, CTN.

Outrossim, examinando-se o andamento processual dos Mandados de Segurança, em 14.03.2014, no site do TRF 3 (<http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>):

- MS nº **001062728.2010.4.03.6100** se encontra no TRF 3ª Região na fase conclusos para decisão de admissibilidade de Recurso - em 30/07/2013;

- MS nº **000041785.2011.4.03.6130** se encontra no TRF 3ª Região na fase recebido para processamento de recurso - em 07/04/2014;

Diante do exposto, deve ser mantida a glosa de compensação em função da violação ao disposto expresso no art. 170-A, CTN.

(ii.2) Das verbas indenizatórias submetidas à apreciação judicial

Analisemos.

Em relação às rubricas abordadas pelo Município em sua impugnação inicial e que foram submetidas ao crivo do Poder Judiciário nos Mandados de Segurança nº 001062728.2010.4.03.6100 e nº 000041785.2011.4.03.6130, essas questões no Recurso Voluntário de que se os valores pagos pela Recorrente aos segurados empregados integram ou não o salário de contribuição, não serão conhecidas pois possuem o mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados pela Recorrente, exsurto a aplicação da Súmula nº 1 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF:

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.

Diante do exposto, não prospera a argumentação do Recorrente.

(ii.3) Das verbas indenizatórias não submetidas à apreciação judicial

Analisemos.

Conforme o já visto no tópico (ii), a Recorrente não produz qualquer argumentação nova ou fato novo em relação ao anteriormente apresentado em sede de Impugnação, tampouco combate a decisão de primeira instância, apenas reitera o que foi deduzido em sede de Impugnação.

Assim na forma do art. 17 do Decreto 70.235 e, ainda, em razão de não ter trazido à colação argumentos que refutassem os créditos constituídos os sobreditos levantamentos foram considerados **matérias não impugnadas**, *verbis*:

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

Ou seja, a Recorrente ao não se insurgindo contra a decisão de primeira instância, neste ponto, por via indireta aceita tal decisão de primeira instância de forma a não haver litígio.

Diante do exposto, não prospera a argumentação do Recorrente.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de: (i) NÃO CONHECER do Recurso Voluntário na matéria de mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados; (ii) **CONHECER** do Recurso Voluntário nas demais questões, rejeitar a Preliminar de sobrestamento do Recurso Voluntário e, no MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro