



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10920.721186/2012-58
ACÓRDÃO	2102-003.561 – 2ª SEÇÃO/1ª CÂMARA/2ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	5 de dezembro de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MUNICÍPIO DE PAPANDUVA
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/2010 a 31/03/2011

AÇÃO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DIFERENCIADA. JULGAMENTO.

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., devendo o julgamento ater-se à matéria diferenciada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO. EXIGIBILIDADE SUSPENSA.

A apresentação de impugnação tempestiva suspende a exigibilidade do crédito tributário até o encerramento da fase administrativa.

REGIME PREVIDENCIÁRIO. OCUPANTES EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO.

Aplica-se o regime geral de previdência social ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração, bem como de cargo temporário ou de emprego público.

COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PRESSUPOSTOS. TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO. RETIFICAÇÃO DA GFIP. COMPROVAÇÃO DIREITO CREDITÓRIO.

O direito de compensar pagamentos ou recolhimentos indevidos decorrentes de norma declarada inconstitucional tem como pressuposto a retificação da GFIP relativa às referidas contribuições.

Aplica-se a prescrição quinquenal em matéria de contribuições previdenciárias.

As contribuições sociais previdenciárias somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido.

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.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GLOSA. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS.

Não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária para a compensação de créditos, haverá glosa dos valores indevidamente compensados e serão aplicados a multa e os juros moratórios legais.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, conhecer parcialmente do recurso voluntário, exceto na parte submetida ao Poder Judiciário. Na parte conhecida, negar provimento ao recurso voluntário.

Sala de Sessões, em 5 de dezembro de 2024.

Assinado Digitalmente

Carlos Marne Dias Alves – Relator

Assinado Digitalmente

Cleber Alex Friess – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os julgadores Jose Marcio Bittes, Carlos Eduardo Fagundes de Paula, Carlos Marne Dias Alves, Yendis Rodrigues Costa, André Barros de Moura (substituto[a] integral), Cleber Alex Friess (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face de acórdão de primeira instância, que julgou improcedente a impugnação no tocante às matérias em que não houve renúncia ao contencioso administrativo e não conheceu da impugnação quanto à matéria que se encontra sub judice, mantendo o crédito tributário exigido.

A exigência é referente às contribuições previdenciárias devidas a Seguridade Social, decorrentes de glosa de compensação, abrangendo o período de 05/2010 a 03/2011 (Auto de Infração - AI Debcad nº 51.019.209-2).

A glosa de compensação considerada indevida refere-se a contribuições previdenciárias incidentes sobre remunerações pagas a agentes políticos, a servidores com cargo de comissão (secretários municipais) e a conselheiros tutelares municipais, além de contribuições incidentes sobre outras verbas remuneratórias.

O Município de Papanduva possui regime próprio de previdência, mas o presente levantamento envolve somente glosa de compensações indevidas de contribuições previdenciárias incidentes sobre remunerações pagas a trabalhadores que não sejam servidores públicos titulares de cargo efetivo (agentes políticos, servidores comissionados, conselheiros tutelares municipais, agentes políticos e empregados públicos celetistas).

As circunstâncias da autuação e os argumentos de Impugnação estão resumidos no relatório do Acórdão 16-71.853 - 12ª Turma da DRJ/SP1 (fls. 328 a 365), que teve a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2008 a 30/11/2008

AÇÃO JUDICIAL. IDENTIDADE DE OBJETO. RENÚNCIA AO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. MATÉRIA DIFERENCIADA. JULGAMENTO.

A propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, implica renúncia ao contencioso administrativo no tocante à matéria em que os pedidos administrativo e judicial são idênticos, devendo o julgamento ater-se à matéria diferenciada.

PROCESSO ADMINISTRATIVO. IMPUGNAÇÃO. EXIGIBILIDADE SUSPENSA.

A apresentação de impugnação tempestiva suspende a exigibilidade do crédito tributário até o encerramento da fase administrativa.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Para fins de apuração de contribuições destinadas à Seguridade Social, considera-se salário de contribuição 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 e os ganhos habituais sob a forma de

utilidades. Somente as exclusões arroladas exaustivamente no parágrafo 9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91 não integram o salário-de-contribuição.

NORMAS LEGAIS. COMPENSAÇÃO DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCONSTITUCIONALIDADE. PRESSUPOSTOS. TRÂNSITO EM JULGADO DE AÇÃO JUDICIAL. PRESCRIÇÃO. RETIFICAÇÃO DA GFIP. COMPROVAÇÃO DIREITO CREDITÓRIO.

O procedimento de compensação é uma faculdade conferida ao contribuinte que deve comprovar de forma inequívoca ter dela se utilizado nos termos da lei. O direito de compensar pagamentos ou recolhimentos indevidos decorrentes de norma declarada inconstitucional tem como pressuposto, a retificação das GFIPs relativamente às contribuições originalmente declaradas nos moldes da norma inconstitucional. À prescrição, em matéria de contribuições previdenciárias, deve-se aplicar o lapso quinquenal, em face das disposições do inciso I do artigo 253 do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/1999, o que está de acordo com as regras dos artigos 165 e 168 do CTN considerando-se, inclusive, as diretrizes da LC 118/2005. As contribuições sociais previdenciárias somente poderão ser restituídas ou compensadas nas hipóteses de pagamento ou recolhimento indevido. Apenas a partir da vigência da Medida Provisória 449/2008, não há mais o limite de 30% à COMPENSAÇÃO. Não deve ser homologada a compensação, cujo direito creditório não seja comprovado pelo requerente, decorrente de ação judicial não transitada em julgado, bem como quando baseado unicamente em entendimentos e decisões judiciais não dirigidos ao requerente, nem com efeito erga omnes, nem vinculante para a Administração Tributária, pois não foram cumpridos os requisitos estabelecidos em normas, tratando-se de créditos ilíquidos e incertos. Não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária para a compensação de créditos, deverá a fiscalização efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA. GLOSA. ACRÉSCIMOS MORATÓRIOS.

Não atendidas as condições estabelecidas na legislação previdenciária para a compensação de créditos, deverá a fiscalização efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados aplicando-se às contribuições assim lançadas a multa e os juros moratórios previstos em lei.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA.

No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação, ou deixar de observar lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade, cujo reconhecimento encontra-se na esfera de competência do Poder Judiciário.

APLICAÇÃO DAS DECISÕES DO STF E STJ NOS ACÓRDÃOS DE JULGAMENTO ADMINISTRATIVO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Se determinada matéria for objeto de decisão definitiva exarada no STJ ou no STF, na forma dos arts. 543-B (rito de repercussão geral) ou 543-C (rito dos recursos repetitivos), apenas na hipótese da comunicação da PGFN de que, com base na Lei nº 10.522/2002, não mais contestará ou recorrerá sobre ela deve a DRJ reproduzir a tese do Judiciário na decisão de primeira instância administrativa.

REGIME PREVIDENCIÁRIO. OCUPANTES EXCLUSIVAMENTE DE CARGO EM COMISSÃO.

O servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Cientificado do Acórdão supracitado, o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário tempestivo (fls. 370 a 435), aduzindo os seguintes argumentos e pedidos:

Preliminarmente, requer que seja dado efeito suspensivo ao Recurso Voluntário, restando suspensos quaisquer efeitos da autuação, nos termos delineados no art. 151, inciso 111, do CTN;

No mérito, requer que:

- a) Seja reconhecida a legalidade das compensações cujo crédito foi constituído com verbas indenizatórias, quais sejam, Horas Extras, Gratificações/Função Gratificada/Abono Pecuniário, 1/3 de Férias Gozadas e Indenizadas, Adicional de Insalubridade, Férias Indenizadas, Salário Maternidade e Adicional Noturno e Aviso Prévio Indenizado, por se tratarem de compensações executadas sobre o respaldo do entendimento jurisprudencial dominante e entendimento judicial externado a favor do contribuinte nos autos da Ação Ordinária nº 5000353-43.2010.404.7214;
- b) Seja reconhecida a legalidade das compensações realizadas de Agentes Políticos, especificadamente sobre Prefeito e Vice (o qual indevidamente foram glosados), bem como, alusivas aos Conselheiros Tutelares e Secretários;
- c) Seja reconhecia a legalidade das compensações realizadas, posto que a exigência de retificação de GFIP seria ilegal, sendo o correto a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória e não a invalidade das compensações por não ter retificado a GFIPS. Em que pese entender ilegal, o Município já procedeu com as retificações das GFIPS, conforme documentação previamente anexada ao processo;
- d) Seja reconhecida a inaplicabilidade do limite de 30% sobre as compensações efetuadas com os valores surgidos dos Agentes Políticos, sendo pacífico no e. Superior Tribunal de Justiça a sua inaplicabilidade nas hipóteses de restituição decorrente de tributo declarado inconstitucional;

e) Seja reconhecido o direito à aplicação da prescrição decenal para restituição dos créditos tributários;

f) Não sendo aceito a prescrição decenal, que seja analisado e reconhecido o direito à aplicação da prescrição quanto aos agentes políticos, com base nas questões trazidas na presente peça, ou seja, que o *dies a quo* se dê da Resolução nº 26/2005 editada pelo Senado Federal, bem como nos ditames inseridos no art. 168, inciso II, do CTN, por se tratar de tributo considerado inconstitucional pela sistemática do controle difuso;

g) Seja reconhecida a inaplicabilidade do art. 170-A do CTN, atinente as Verbas indenizatórias, ante as teses versadas acima;

h) Seja reconhecida a inaplicabilidade da multa moratória de 20%. bem como dos juros, sobre o total das compensações.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro **Carlos Marne Dias Alves**, Relator

Juízo de admissibilidade

Realizado o juízo de validade do procedimento e verificado que estão satisfeitos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do presente Recurso Voluntário.

Da Renúncia ao Contencioso Administrativo

Consta nos autos que a recorrente ingressou, em 05/06/2010, com a Ação Ordinária nº 5000353-43.2010.404.7214 com pedido de antecipação dos efeitos da tutela em face da União - Fazenda Nacional.

Foi pedido, em juízo, a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre funções gratificadas e por verbas indenizatórias (auxílio-doença/acidente; auxílio-creche; salário família, vale transporte, ajuda de custo, licença prêmio indenizada, diárias para viagens, bolsas de estudos, abono sobre férias e o respectivo terço constitucional; horas extras).

Em 08/04/2011, foi proferida sentença mantendo a decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela e julgando parcialmente procedente o pedido inicial, com resolução do mérito, para:

a) pronunciar a prescrição da pretensão do autor em restituir as parcelas objeto desta ação, quando o fato gerador tenha ocorrido anteriormente a 5.6.2000 ou estejam compreendidos entre 10.2.2005 e 5.6.2005, nos termos da fundamentação, com fulcro no art. 269, IV, do Código de Processo Civil;

b) declarar em favor do autor a inexigibilidade do recolhimento da contribuição do regime geral de previdência social (cota patronal), sobre os valores pagos aos

seus trabalhadores a título de auxílio-doença e auxílio-acidente nos primeiros 15 dias de afastamento, auxílio-creche, vale-transporte, diárias para viagens, ajudas de custo recebidas em parcela única e em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, licença prêmio indenizada, férias indenizadas e respectivo adicional de um terço, abono de férias, salário-família, bolsas de estudo e exercício de funções gratificadas, com fulcro no art. 269, I, do Código de Processo Civil;

c) declarar a ilegalidade dos pagamentos já despendidos pelo autor em datas pretéritas em relação às contribuições previdenciárias incidentes sobre as verbas acima referidas, a fim de possibilitar a repetição ou compensação desses valores em procedimento próprio, respeitada a incidência da prescrição, conforme acima pronunciado. (...)

Considerando-se que a matéria supracitada foi levada à apreciação do Poder Judiciário, entende-se que houve renúncia ao direito de recorrer, nos termos do disposto no § 3º do art. 126 da Lei nº 8.213/91:

§ 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.

Tal entendimento encontra-se pacificado no âmbito do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, como se depreende do enunciado da seguinte súmula:

Súmula CARF nº 1 Aprovada pelo Pleno em 2006 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. (Vinculante, conforme Portaria ME nº 12.975, de 10/11/2021, DOU de 11/11/2021).

Destarte, não poderão ser apreciadas, na instância administrativa, as alegações relativas à compensação de verbas indenizatórias e função gratificada, que constam do referido processo judicial.

Não foram objeto da referida ação judicial as rubricas de: adicional noturno; insalubridade; salário-maternidade e aviso prévio indenizado.

Com relação à aplicação do prazo prescricional de cinco ou dez anos, verifica-se que a Ação Ordinária nº 5000353- 43.2010.404.7214, foi ajuizada em 05/06/2010, ou seja, após 9 de junho de 2005, o que justificaria a aplicação do prazo prescricional de cinco anos contados da data do pagamento indevido. Porém, esse prazo prescricional também está sendo discutido judicialmente nesta ação, motivo pelo qual não deve ser objeto de apreciação.

Diante do exposto, deixo de conhecer a matéria que foi submetida ao crivo do Poder Judiciário e passo a conhecer e apreciar as matérias não judicializadas.

Preliminar

Do efeito suspensivo ao Recurso Voluntário

A recorrente pede para que seja emprestado efeito suspensivo ao Recurso Voluntário, restando suspensos quaisquer efeitos da autuação.

O presente crédito tributário encontra-se com sua exigibilidade suspensa, em razão do protocolo tempestivo da peça de Recurso Voluntário, em consonância com o disposto no inciso III do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

(...)Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.

Cabe razão à recorrente, pois o Recurso Voluntário tem efeito suspensivo.

Mérito

Das compensações de crédito constituído com verbas indenizatórias

A recorrente alega que realizou as referidas compensações no período lançado, por ser detentor de créditos relativos a recolhimentos realizados sobre determinadas rubricas integrantes da remuneração de segurados que considera de natureza indenizatória.

Afirma que as compensações realizadas estavam amparadas pela decisão proferida no âmbito da Ação Ordinária nº 5000353-43.2010.404.7214, que tramitava na Vara Federal e JEF da Subseção Judiciária de Mafra - SC, onde o Município figurava como parte ativa.

A recorrente alega que as compensações glosadas são de rubricas de natureza indenizatória e que procedeu, entre 09/1998 e 01/2011, a compensação administrativa de contribuição patronal incidente sobre valores pagos a título de: terço constitucional de férias gozadas; horas extras; adicional noturno; insalubridade; férias indenizadas; gratificações; salário-maternidade e aviso-prévio indenizado.

Vale destacar que os valores glosados pela fiscalização, na competência 09/2008, foram exatamente os mesmos constantes da memória de cálculo de compensação apresentada pela autuada (fls. 28 a 44).

Porém, na época da autuação, a referida ação judicial ainda não havia transitado em julgado. Diante da existência de Recursos Repetitivos, a ação encontrava-se em fase Suspensão/Sobrestamento e aguardando Decisão de Tribunal Superior.

Destarte, aplicou-se o artigo 170-A do CTN, que proíbe expressamente a compensação espontânea de créditos discutidos judicialmente, 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.

A compensação de crédito de tributo objeto de contestação judicial somente poderia ser efetuada após o trânsito em julgado da respectiva decisão judicial, o que efetivamente não havia ocorrido.

Não foi analisado o mérito das verbas objeto de contestação judicial, a autuação é referente ao fato de que não poderia haver compensação em relação a essas verbas antes do trânsito em julgado da decisão judicial.

Não cabe razão à recorrente.

Das rubricas que não foram objeto de ação judicial

Conforme relatado, não foram objeto da referida ação judicial as rubricas de: adicional noturno; insalubridade; salário-maternidade e aviso prévio indenizado.

De acordo com o Relatório Fiscal, não houve compensação de créditos decorrentes de aviso-prévio indenizado, o que também não foi objetivamente contestado pela recorrente.

Restou então verificar se as rubricas de adicional noturno, adicional de insalubridade e salário-maternidade pagas pelo Município devem ou não integrar o conceito de salário de contribuição, sobre o qual incide contribuição previdenciária.

Nos termos do disposto no art.28, I, da lei nº 8.212/91, e no art. 214, I, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.48/99, o conceito de salário-de-contribuição não se restringe apenas ao salário base do trabalhador, tem como núcleo a remuneração de forma mais ampliada, alcançando outras importâncias pagas pelo empregador, pois é 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.

As verbas sobre as quais não incidem a contribuição previdenciária estão taxativamente relacionadas no § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91. A interpretação, neste caso, deve ser literal e não extensiva.

Quanto ao adicional noturno, este amolda-se ao conceito de salário de contribuição, previsto no inciso I do art. 28, da Lei nº 8.212, de 1991. A questão foi submetida a julgamento pelo STJ, que fez a discussão acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre a verba trabalhista de adicional noturno, firmando a seguinte tese:

Tema Repetitivo 688 STJ

O adicional noturno constitui verba de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeita à incidência de contribuição previdenciária.

Não cabe razão à recorrente.

Quanto ao adicional insalubridade ou periculosidade, da mesma forma que o adicional noturno, este amolda-se ao conceito de salário de contribuição, previsto no inciso I do art. 28, da Lei nº 8.212, de 1991, pois é um adicional pecuniário pago aos empregados, que exercem, com habitualidade, atividades em locais insalubres e/ou perigosos. Trata-se de um adicional à remuneração pelos serviços prestados por estes segurados do RGPS, motivo pelo qual incide sobre esta parcela de natureza remuneratória a contribuição previdenciária.

Tema nº 689 do STJ

Situação do Tema: Trânsito em Julgado

Questão submetida a julgamento: Discussão acerca da incidência de contribuição previdenciária sobre a seguinte verba trabalhista: adicional de periculosidade.

Tese Firmada: O adicional de periculosidade constitui verba de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeita à incidência de contribuição previdenciária

Tema Repetitivo 1252

Incide a Contribuição Previdenciária patronal sobre o Adicional de Insalubridade, em razão da sua natureza remuneratória.

Quanto à incidência de contribuições previdenciárias sobre adicional noturno, adicional de insalubridade ou periculosidade e salário-maternidade, existem decisões em Acórdãos precedentes que já trataram do tema:

Número do processo: 15940.720074/2015-16

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção

Data da sessão: 07/11/2017

Ementa: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/08/2012 a 31/01/2015 MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. QUESTÃO INCONTROVERSA Considera-se matéria incontroversa os fatos expressamente relacionados pela autoridade tributária e não impugnados especificamente pelo contribuinte. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ADICIONAL DE TRABALHO NOTURNO. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. DECISÃO JUDICIAL. NORMA INDIVIDUAL E CONCRETA. É de rigor observar a ordem judicial que determina a incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas que julgar de natureza remuneratória. Consequentemente, deve ser afastado o direito à compensação com créditos oriundos de tais verbas. (...)

Número da decisão: 2201-003.997

Número do processo: 10930.006619/2008-46

Turma: Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção

Data da sessão: 10/05/2023

Ementa: ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/09/2002 a 31/03/2007 PEDIDO DE RESTITUIÇÃO. LEI COMPLEMENTAR 118/2005. PRESCRIÇÃO APÓS 09/06/2005. SÚMULA CARF N. 91. Havendo pedido administrativo posterior à vigência da Lei Complementar n. 118/2005, o direito de pleitear a restituição extingue-se em cinco anos, contados da data do pagamento ou recolhimento indevido. Ao pedido de restituição pleiteado administrativamente antes de 9 de junho de 2005, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, aplica-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos, contado do fato tributário. INTERVALO INTRAJORNADA. APLICAÇÃO DO ART. 71, § 4º, DA CLT. NATUREZA SALARIAL. SÚMULA N. 437 DO TST. Possui natureza salarial a parcela prevista no art. 71, §4º, da Consolidação das Leis do Trabalho, com redação da Lei n. 8.923, de 27 de julho de 1994, quando não concedido ou reduzido pelo empregador o intervalo mínimo intrajornada para repouso e alimentação. ADICIONAL NOTURNO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. TEMA 688 DO STJ. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. O STJ já se manifestou quanto à natureza do adicional noturno, vide Tema 688, evidenciando que constitui verba de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeita à incidência de contribuição previdenciária.

Número da decisão: 2201-010.591

Não cabe razão à recorrente.

Quanto ao salário maternidade, este não integra o salário de contribuição nos termos do Tema 72 do STF, abaixo:

Tema 72 - Inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração.

MIN. LUÍS ROBERTO BARROSO Leading Case:

RE 576967 Descrição:

Recurso extraordinário em que se discute, à luz do art. 195, caput e §4º; e 154, I, da Constituição Federal, a constitucionalidade, ou não, da inclusão do valor referente ao salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração (art. 28, § 2º, I da Lei nº 8.212/91 e art. 214, §§ 2º e 9º, I, do Decreto nº 3.048/99).

Tese: É inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade.

Cabe razão à recorrente, dependendo, porém, da análise dos demais fatores que levaram à glosa ser considerada indevida.

Da legalidade das compensações realizadas de Agentes Políticos

A recorrente alega que realizou as referidas compensações no período lançado, por ser detentora de créditos relativos a contribuições incidentes sobre a remuneração de ocupantes de cargos eletivos, cobradas com fundamento na alínea “h” do inciso I, do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991, julgada inconstitucional pelo STF, aos quais se equipara os membros de conselho tutelar e secretários municipais, conseqüentemente, existiriam também os créditos decorrentes dos recolhimentos das contribuições previdenciárias incidentes sobre estas remunerações.

Quanto ao fato, preliminarmente, vale dizer que a Receita Federal do Brasil reconhece a inexigibilidade de contribuições previdenciárias fundamentadas na alínea “h” do inciso I do art. 12 da Lei 8.212/1991, no período compreendido entre 01/02/1998 a 18/09/2004.

O deferimento administrativo do pedido de restituição ou compensação está condicionado a observância do disposto na Portaria MPS 133/2006 e na Instrução Normativa IN MPS/SRP 15, de 12/9/2006.

O reconhecimento dos valores cobrados a título de contribuição, cuja legislação de regência tenha sido suspensa por Resolução do Senado Federal (Resolução 26/2005), depende da comprovação do efetivo recolhimento.

Eventuais recolhimentos efetuados sob a égide do dispositivo legal considerado inconstitucional representam créditos da empresa, podendo ela, desde que atenda aos termos e condições fixados na Lei nº 8.212/1991, artigo 89, e aos atos normativos expedidos pelos órgãos competentes, requerer administrativamente a restituição dos valores pagos indevidamente ou efetuar a compensação com valores de contribuição previdenciária devidos nos meses subsequentes, e dentro dos prazos legais.

Essa é atual redação do artigo 89 da Lei nº 8.212, de 1991:

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.

No presente caso, o contribuinte optou pela compensação via administrativa, portanto, há que se cumprir o disposto nas normas que regem a compensação das contribuições previdenciárias, em especial o disposto na Portaria MPS 133/2006 e na Instrução Normativa IN MPS/SRP 15/2006.

A declaração de inconstitucionalidade da alínea “h” do inciso I, do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991, produzida no bojo do RE STF nº 351.717.1 PR, c/c a Resolução nº 26, de 21/06/2005, do Senado Federal, limitou-se à inexigibilidade de contribuição previdenciária incidente sobre remunerações pagas a agentes políticos detentores de cargos eletivos, que no âmbito municipal abrange somente os cargos de prefeito, vice-prefeito e vereadores.

Os ocupantes de cargos comissionados, membros de conselho tutelar e secretários, por não serem detentores de cargos eletivos e nem serem titulares de cargos efetivos são segurados obrigatórios da Previdência Social, em face das disposições da letra “g” do inciso I e do parágrafo sexto do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

(...).

g) o servidor público ocupante de cargo em comissão, sem vínculo efetivo com a União, Autarquias, inclusive em regime especial, e Fundações Públicas Federais (incluída pela Lei nº 8.647, de 13 de abril de 1993);

(...).

j) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social (incluído pela Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004);

(...).

§ 6º Aplica-se o disposto na alínea g do inciso I do caput ao ocupante de cargo de Ministro de Estado, de Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, sem vínculo efetivo com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, ainda que em regime especial, e fundações;

(...).

O Decreto 3.048/1999 (Regulamento da Previdência Social) estabelece:

Art. 9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I - como empregado:

(...).

m) o servidor da União, Estado, Distrito Federal ou Município, incluídas suas autarquias e fundações, ocupante de emprego público;

(...).

p) o exercente de mandato eletivo federal, estadual ou municipal, desde que não vinculado a regime próprio de previdência social (redação dada pelo Decreto nº 5.545, de 2005);

(...).

V - como contribuinte individual:

(...).

j) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego (incluída pelo Decreto nº 3.265, de 1999);

l) a pessoa física que exerce, por conta própria, atividade econômica de natureza urbana, com fins lucrativos ou não (incluída pelo Decreto nº 3.265, de 1999);

(...).

§ 12. O exercício de atividade remunerada sujeita a filiação obrigatória ao Regime Geral de Previdência Social.

(...).

§ 15. Enquadram-se nas situações previstas nas alíneas "j" e "l" do inciso V do caput, entre outros (redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999):

(...).

XV - o membro de conselho tutelar de que trata o art. 132 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, quando remunerado (incluído pelo Decreto nº 4.032, de 2001);

(...).

§ 16. Aplica-se o disposto na alínea "i" do inciso I do caput ao ocupante de cargo de Ministro de Estado, de Secretário Estadual, Distrital ou Municipal, sem vínculo efetivo com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, ainda que em regime especial, e fundações (incluído pelo Decreto nº 3.265, de 1999).

Os secretários municipais e os conselheiros tutelares não são detentores de cargos eletivos e são ocupantes de cargos em comissão declarados em lei de livre nomeação e exoneração, devendo estar vinculados ao Regime Geral de Previdência Social como segurados obrigatórios da Previdência Social nos termos do art. 12, I, "g" da lei 8.212/91.

As compensações efetuadas pela Prefeitura são indevidas e foram efetuadas sem respaldo na legislação previdenciária.

O art. 2º da INSTRUÇÃO NORMATIVA nº 15 SRP, de 12/09/2006, dispõe que são considerados exercentes de mandato eletivo municipal apenas os prefeitos, os vice-prefeitos e os vereadores:

Art. 2º – Para efeito desta Instrução Normativa, consideram-se exercentes de mandato eletivo:

I – federal, o Presidente da República, o Vice-Presidente da República, os senadores e os deputados federais;

II – estadual e distrital, os governadores e vice-governadores dos Estados e do Distrito Federal, os deputados estaduais e os deputados distritais; e

III – municipal, os prefeitos, os vice-prefeitos e os vereadores.

Com relação às compensações efetuadas com base nos créditos decorrentes da contribuição previdenciária incidente sobre remunerações pagas a agentes políticos eletivos municipais (prefeito e a vice-prefeito) verificou-se que, embora os procedimentos realizados tivessem amparo na decisão judicial da suprema corte (RE STF nº 351.717.1 PR), apresentaram outros vícios impeditivos de validade, a seguir descritos, pois não cumpriram os requisitos previstos no artigo 1º, nos incisos I e V do art. 6º e no art. 7º da IN MPS/SRP nº 15/2006, nos termos do Relatório Fiscal.

- 1) não atendimento do Art. 1º da IN MPS/SRP nº 15/2006 - a autuada acrescentou indevidamente nos cálculos da compensação efetuada o valor da contribuição previdenciária patronal recolhida, incidentes sobre a remuneração de servidores com outros cargos, não exercentes de mandato eletivo, no caso, os secretários e conselheiros municipais.
- 2) não atendimento do inciso I do Art. 6º da IN MPS/SRP nº 15/2006 -a Prefeitura Municipal não retificou as GFIP das competências de 09/1998 a 09/2004 até o início da auditoria, para fins excluir todos os trabalhadores exercentes de mandato eletivo municipal.

Não cabe razão à recorrente.

Da exigência de retificação de GFIP

Quanto à exigência de retificação de GFIP para realizar a compensação, na época da autuação, estavam em vigor a Portaria MPS 133, de 2006, e a Instrução Normativa MPS/SRP 15, de 2006, que disciplinam os procedimentos a serem adotados para devolução dos valores recolhidos com base na norma declarada inconstitucional pelo STF.

PORTARIA MPS Nº 133/2006

Art. 2º Deverão ser cancelados ou retificados, conforme o caso, todos os débitos oriundos das contribuições referidas nesta Portaria, independente da fase em que se encontram, observadas as disposições referentes às contribuições descontadas.

Art. 4º Eventual compensação ou pedido de restituição por parte do ente federativo observará as seguintes condições:

I - será precedido de retificação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e de Informações à Previdência Social – GFIP.

INSTRUÇÃO NORMATIVA MPS/SRP Nº 15/2006

Art. 1º – Dispor sobre a devolução de valores arrecadados pela Previdência Social com base na alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212, de 1991, acrescentada pelo § 1º do artigo 13 da Lei nº 9.506, de 1997, bem como sobre procedimentos relativos aos créditos constituídos com base no referido dispositivo.

(...)

Art. 6º É facultado ao ente federativo, observado o disposto no art. 3º, compensar os valores pagos à Previdência Social com base no dispositivo referido no art. 1º, observadas as seguintes condições:

I - a compensação deverá ser precedida de retificação das GFIP, para excluir destas todos os exercentes de mandato eletivo informados, bem como, a remuneração proporcional ao período de 1º a 18 na competência setembro de 2004 relativa aos referidos exercentes; (...)

V – somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição; (...)

§ 4º É obrigatória a retificação da GFIP, por parte do dirigente do ente federativo, independentemente de efetivação da compensação. (...)

Diante desses normativos, entende-se que a compensação só poderia ser efetuada, caso o contribuinte retificasse previamente a GFIP, excluindo os segurados exercentes de cargo eletivo e respectivas remunerações, posto que ali deverão estar registrados todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e demais informações de interesse do órgão previdenciário, caso contrário, não há que se falar em direito creditório.

No presente caso, a recorrente efetuou a compensação sem atender à exigência estabelecida nos atos normativos vigentes. A retificação da GFIP era obrigatória, independente da compensação.

As informações prestadas em GFIP tem várias finalidades. Elas se prestam para a constituição do crédito relativamente às contribuições declaradas e não pagas, mas também servem como base de dados para a concessão de benefícios, nos termos do artigo 32, inciso IV, § 2º, da Lei 8.212, de 1991, abaixo:

Lei nº 8.212/91

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)IV - declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS; (...)

§ 2º A declaração de que trata o inciso IV do caput deste artigo constitui instrumento hábil e suficiente para a exigência do crédito tributário, e suas informações comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários.

Decreto nº 3.048/99

Art. 225. A empresa é também obrigada a: (...);

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

(...);

§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

Em razão da Resolução nº 26/2005 do Senado Federal, os exercentes de mandato eletivo federal, estadual ou municipal não vinculados a regime próprio de previdência social, que estavam definidos na alínea “h” do inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991, deixaram de ser segurados obrigatórios da Previdência Social.

Porém, a compensação só poderia ter sido efetuada, se a recorrente tivesse retificado previamente as GFIP, excluindo das mesmas os segurados exercentes de cargo eletivo e respectivas remunerações, posto que ali deveriam estar registrados todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias e demais informações de interesse do órgão previdenciário.

Uma vez retificadas as GFIP, os valores devidos seriam reduzidos na exata proporção dos direitos creditórios do Município, passando a constar nos sistemas informatizados da Receita Federal do Brasil - RFB o que realmente FOI recolhido e o excedente a ser devolvido.

Não tendo a recorrente previamente retificado as GFIP que deram origem aos valores compensados, houve uma irregularidade e não restou alternativa à fiscalização a não ser glosar as compensações realizadas por falta de atendimento a um requisito exigido pela legislação.

O fato de a recorrente ter retificado a GFIP após o procedimento fiscal não tem o condão de anular o Auto de Infração por falta de descumprimento da legislação quando da compensação.

A retificação de GFIP é decorrência da obrigação do contribuinte em prestar informações completas e exatas ao fisco.

As glosas de compensação realizadas pela Fiscalização não se deram simplesmente porque o Contribuinte não retificou as correspondentes GFIP. Não houve comprovação do cumprimento de várias obrigações legais; a compensação foi efetuada após o prazo prescricional; utilização de créditos inexistentes; ultrapassou o limite permitido à época para se compensar. A retificação das GFIP relativas à origem dos créditos foi mais um deles.

Não cabe razão à recorrente.

Da Prescrição do Direito de Compensação

A recorrente alega direito de repetir valores dos últimos dez anos.

De acordo com o inciso I do art. 168 do Código Tributário Nacional- CTN¹, o direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados da data da extinção do crédito tributário.

A Lei Complementar nº 118, de 2005, art. 3º, deixou claro que a extinção do crédito se dá com o pagamento antecipado.

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei no 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

O art. 3º da Instrução Normativa MPS/SRP nº 15, de 17 de setembro 2006, dispõe que o direito de efetuar a compensação das contribuições arrecadadas com base na alínea “h”, inciso I, art. 12 da Lei nº 8.212, de 91, prescreve em 5 anos, contados a partir do pagamento.

Art. 3º O direito de efetuar compensação ou de solicitar restituição a que se refere esta Instrução Normativa prescreve em cinco anos, contados a partir de 22 de junho de 2005, data de publicação da Resolução nº 26 do Senado Federal.

O Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 566.621, observou que, para a aplicação do regime previsto na Lei Complementar nº 118, de 2005, deve ser levada em consideração a data do ajuizamento da ação.

Nas ações ajuizadas antes da vigência da LC nº 118, de 2005, aplica-se o prazo prescricional de dez anos a contar da data da ocorrência do fato gerador (tese dos cinco mais cinco).

Nas ações ajuizadas a partir de 9 de junho de 2005, aplica-se o prazo prescricional de cinco anos contados da data do pagamento indevido.

De acordo com os autos, não existe ação judicial para compensação das contribuições arrecadadas com base na alínea “h”, inciso I, art. 12 da Lei nº 8.212, de 91, e com base nas rubricas (salário maternidade, adicional noturno e adicional salubridade).

Destarte, a contagem do prazo de cinco anos para a realização da compensação deve ter início na data do pagamento indevido. Mas esse prazo prescricional também está sendo discutido judicialmente nesta ação, motivo pelo qual não deve ser objeto de análise.

A compensação de créditos decorrentes de contribuições incidentes sobre a remuneração de agentes políticos eletivos municipais, do período de 01/02/98 a 18/09/2004, não

¹ Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados: I - nas hipótese dos incisos I e II do art. 165, da data da extinção do crédito tributário; [\(Vide art 3 da LCp nº 118, de 2005\)](#)

submetidas ao crivo do poder judiciário, somente poderia ocorrer dentro de um prazo de cinco anos, contados a partir do efetivo recolhimento.

Tendo em vista que o objeto da autuação foi a compensação foi realizada no período de 05/2010 a 03/2011, a recorrente poderia utilizar somente os créditos oriundos de valores devidos a partir da competência 04/2005, cujos recolhimentos ocorreram a partir de maio de 2005.

Destarte, a irregularidade decorre do não atendimento ao disposto no inciso V do Art. 6º da IN MPS/SRP nº 15/2006 ocorreu, uma vez que estava prescrito o direito do contribuinte a realizar a compensação.

Estava prescrito também o direito a compensação de créditos decorrentes de contribuições incidentes sobre as verbas "adicional de insalubridade, adicional noturno e salário maternidade" consideradas pela impugnante como de "natureza indenizatória", uma vez que também não estavam submetidas ao crivo do poder judiciário.

Constata-se que os créditos utilizados pela recorrente estavam prescritos, de acordo com as planilhas acostadas aos autos - Memórias de Cálculo da Compensação Efetuada (Planilha Totalizadora para Compensação - Verbas Indenizatória, fls. 43/59 e 61/76), e na planilha elaborada pela fiscalização - Relação de Gfip's de 09 a 11/2008 e 05/2010 a 03/2011 - Valores Compensados/Glosados, fls. 60.

Está correta a glosa dos créditos considerados prescritos pela fiscalização.

Não cabe razão à recorrente.

Da aplicação de multa moratória e juros

Uma vez constatada a procedência da exigência tributária decorrente de compensação indevida, são devidos os juros e a multa incidentes sobre a obrigação principal, na forma dos artigos 35 e 89, § 9º da Lei nº 8.212/91, abaixo:

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. (Nova redação dada pela Lei nº 11.941, de 27/05/2009)

Art. 89. (...)

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

Não cabe razão à recorrente.

Enfim, as glosas de compensação realizadas pela Fiscalização não se deram simplesmente porque o Contribuinte não retificou as correspondentes GFIP. Houve o descumprimento de várias obrigações legais: compensação efetuada após o prazo prescricional de cinco anos; utilização de créditos inexistentes.

Conclusão

Pelo exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso voluntário, exceto na parte submetida ao Poder Judiciário. Na parte conhecida, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É o voto

Assinado Digitalmente

Carlos Marne Dias Alves