



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.725751/2018-37
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-008.222 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 4 de março de 2020
Recorrente EMBRASIL EMPRESA BRASILEIRA DE SEGURANCA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2015

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL. TDPF. VÍCIOS FORMAIS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

Eventuais omissões ou vícios no Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF) não acarretam na automática nulidade do lançamento de ofício promovido, se o contribuinte não demonstrar o prejuízo à realização da sua defesa.

ADICIONAL NOTURNO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. STF. REPERCUSSÃO GERAL. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

O Supremo Tribunal Federal, apreciando a incidência de contribuições previdenciárias sobre o adicional noturno, no tema 20 da repercussão geral fixou a tese de que “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998”.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Claudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira (Presidente), Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Júnior, Luís Henrique Dias Lima, Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Contra o Recorrente, em 4/10/2018, houve a lavratura de auto de infração de contribuição previdenciária da empresa e do empregador no valor principal de R\$ 17.567,62 (cód. receita 2158) e R\$ 83.113,68 (cód. receita 2141), acrescido de multa de ofício e juros de mora, pelo não oferecimento à tributação do adicional noturno sobre férias, horas intrajornada e GIIL-RAT nas competências de 01/2014 a 12/2015, cfe. auto de infração (fls. 2/22).

Na mesma data, houve ainda a lavratura de auto de infração de contribuição para outras entidades e fundos no valor principal de R\$ 4.155,23 (Senac), R\$ 6.233,09 (Sesc), R\$ 830,67 (Incra), R\$ 10.304,02 (Salário-educação) e R\$ 2.492,94 (Sebrae), acrescido de multa de ofício e juros de mora, pelo não recolhimentos destas contribuições nas competências de 01/2014 a 12/2015, cfe. auto de infração (fls. 23/59).

O Relatório Fiscal (fls. 93/99) descreve a circunstância fática da autuação em exame, caracterizada pelo não oferecimento à tributação do adicional noturno nos férias concedidas e das horas pagas em virtude do intervalo intrajornada não concedido. Confira:

11. As rubricas de Folha de Pagamento que deveriam ter sido oferecidas à tributação são: código 70 – Adicional Noturno sobre Férias (de 01/2014 a 06/2015) e código 472 – Horas Intrajornada SC (CNPJ 0002-23, de 01/2014 a 12/2005). Ambas são verbas de natureza remuneratória. O art. 28 da Lei nº 8.212/91 estabelece o que é salário-de-contribuição para fins de tributação. Em seu § 9º, excetua, exclusivamente, as rubricas que não fazem parte do salário-de-contribuição. Tanto o reflexo do adicional noturno nas férias concedidas como as horas pagas em virtude do intervalo intrajornada não concedido são rubricas que não estão excluídas da base de cálculo da remuneração.

12. O SINDICATO DAS EMPRESAS DE SEGURANÇA PRIVADA DO ESTADO DO PARANÁ, pelo qual a EMBRASIL é substituída, ajuizou ação ordinária na 1ª Vara Federal de Curitiba sob nº 5001230-72.2012.404.7000/PR, que pretendia a suspensão da exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre valores a título de adicional noturno, aviso prévio indenizado e seus reflexos no 13º salário, dentre outras rubricas. Na sentença parcialmente procedente, de 14/06/2012, afastou-se a incidência de contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado e respectivo 13º salário, sendo mantida a contribuição sobre o adicional noturno e demais rubricas. O processo encontra-se sobrestado desde 09/11/2016 aguardando decisão definitiva do STF acerca do Tema nº 163, com repercussão geral. (cópia da Certidão Narratória no anexo III). Não há, portanto, óbice jurídico ao lançamento das rubricas de adicional noturno sobre férias e horas intrajornadas. 13. Nas planilhas do anexo II.1 e anexo II.2 estão elencados os valores das rubricas pagas (códigos 70 e 472, respectivamente), individualizadas por competência, estabelecimento e trabalhador.

A ciência do lançamento ocorreu em 15/10/2018 (cfe. AR à fl. 158).

Inconformado, o Contribuinte protocolizou a impugnação cabível às fls. 166/203 em 14/11/2018 (cfe. Termo de Solicitação de Juntada à fl. 163), logo tempestivamente, postulando:

- a) Preliminarmente, pelo reconhecimento da nulidade do procedimento fiscal que deu origem ao presente processo, por não terem sido respeitadas as formalidades legais atinentes aos atos administrativos praticados em seu curso, especificamente no que tange ao acesso ao Termo de Distribuição

de Procedimento Fiscal (TDPF) e erro formal no Termo de Início de Procedimento Fiscal (TIPF), em consonância com o art. 37, caput, da CF/88, com o art. 2º, caput e p. u., III, da Lei Federal nº 9.784/99, além do art. 2º, parágrafo único, “b” da Lei Federal nº 4.717/65, bem como com o art. 2º do Decreto nº 3.724/01, e também com o art. 4º, § 4º e arts. 5º e 9º, todos da Portaria RFB nº 6.478/17, por estar o Relatório Fiscal permeado por vício material, uma vez que não demonstra ou explicita, de forma clara e precisa, os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito tributário, de forma a possibilitar o exercício da ampla defesa e do contraditório;

- b) Alternativamente, pelo sobrestamento do presente julgamento até que sobrevenha a decisão final nos autos do Recurso Extraordinário com Repercussão Geral reconhecida pelo STF, por força do art. 62, *caput* e p. u., do Decreto nº 70.235/72;
- c) Sejam reconhecidas e declaradas a validade e a legalidade das compensações efetuadas, após realização de perícia e análise dos créditos aos quais a Impugnante faz jus e, sucessivamente, reconheça-se a impossibilidade de aplicação de multa diante da inexistência de saldo devedor;
- d) Ainda, pelo cancelamento da Representação Fiscal para Fins Penais, por não haver o tipo penal da Lei nº 8.137/90 e, portanto, justa causa para uma ação penal contra o Contribuinte; e
- e) Finalmente, pelo envio de intimações e notificação exclusivamente em nome de seu Procurador e para seu endereço, sob pena de nulidade.

A defesa está instruída com o vídeo de consulta ao TDPF (arquivo não paginável, fl. 240) e telas de consulta ao FAP (fls. 261/263).

Instaurada a lide, a Delegacia de Julgamento julgou ser improcedente a defesa e manteve o crédito tributário constituído pela Autoridade Tributária, cfe. Acórdão nº 16-86.049, de 26/2/2019 (fls. 266/281), tendo por arrazoados o transcrito:

Claro resta, da leitura atenta dos trechos destacados, que o Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal tem por finalidade a simples instauração do procedimento de fiscalização, visando a otimização dos recursos humanos disponíveis no âmbito da Receita Federal do Brasil, em especial, dos servidores competentes para o desenvolvimento dos procedimentos fiscais, os Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil.

Nesse sentido, exceto nos casos textualmente elencados, os procedimentos fiscais devem ser precedidos de TDPF e nesse sentido, por expressa disposição do artigo 2º do Decreto nº 3.724/01, são imprescindíveis. Porém, como textualmente expresso no parágrafo 6º do artigo 2 mencionado, a Secretaria da Receita Federal do Brasil, deve garantir as prerrogativas dos Auditores Fiscais uma vez que o pleno e inviolável exercício dessas prerrogativas decorrem de lei, lei tributária que visa garantir o interesse público na obtenção dos recursos derivados necessários para o custeio do Estado Brasileiro.

Nesse sentido, mister realçar que tais prerrogativas, são poderes/deveres do Fisco, em razão de expressa disposição do artigo 142 do CTN, que determina ser a atividade do lançamento vinculada e obrigatória, não cabendo portanto, limitações ao exercício do dever de lançamento do Auditor Fiscal quando por ele verificado o crédito tributário.

Claro que findo o processo inquisitório da fiscalização, haverá - por meio do devido processo administrativo tributário, em que se garante o contraditório e a ampla defesa - o necessário controle de legalidade dos atos praticados pelo Auditor Fiscal.

Assim, verifico - como aliás reconhece o próprio recorrente - a existência prévia do TDPF devidamente instaurado, sendo o procedimento fiscal todo amparado pela ordem prévia emanada da autoridade competente, nos termos do Decreto nº 3.724/01.

O que se verifica, no caso em tela, é mero equívoco do número do TDPF informado ao sujeito passivo, erro esse corrigido quando da primeira intimação para apresentação de documentos.

Portanto, ao se considerar que a ciência do TDPF ocorreu, ainda que logo após o início da ação fiscal, e mais, que eventuais ausência de detalhes de formatação no formulário do procedimento fiscal não são vícios capazes de macular a ação fiscal desenvolvida, não se pode admitir que tais falhas sejam ensejadoras da nulidade arguida.

Não houve, nem minimamente, violação de formalidade que fosse essencial à garantia de direitos do contribuinte.

Como asseverar que mera digitação errônea de número de um termo (posteriormente corrigido), e que permita mera validação de um procedimento fiscal formalmente instalado, possa prejudicar o direito de defesa de um sujeito passivo, quanto mais ao se recordar que tal termo fora lavrado no curso de um procedimento inquisitório de fiscalização, ou seja, procedimento que se caracteriza pela ausência de contraditório.

Recorde-se que um procedimento de fiscalização tributária desaguará, se assim interessar ao sujeito passivo, em um processo administrativo fiscal, este sim, assegurado do contraditório e da ampla defesa.

Em complemento, mister recordar que as nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal (PAF), são as determinadas no artigo 59 do Decreto nº 70.235, ou seja, os atos emanados das autoridade incompetentes e os praticados com preterição do direito de defesa. Nenhum dos vícios ensejadores da nulidade foram observados no curso do procedimento fiscal ou do processo administrativo, pois os mandados questionados foram expedidos por servidor competente.

[...]

A leitura do excerto acima, bem representativo das alegações constantes da impugnação, demonstra que a insurgência do contribuinte contra o lançamento se funda, primordialmente, sobre o FAP adotado pelo Auditor Fiscal Notificante, posto que - segundo o sujeito passivo - houve divergência de informações quando da divulgação do Fator pelo Poder Público.

[...]

Ora, a simples leitura do relatório fiscal, desde que feita com a devida atenção demonstra que o lançamento realizado decorre da não inclusão das verbas pagas a título de adicional noturno sobre as férias e horas intrajornada.

Claríssima a imputação fiscal. Parte integrante do salário de contribuição, verbas de natureza remuneratória não foram ofertadas a tributação, não foram declaradas em GFIP.

Não se trata, como parece crer a impugnante, de questões afetas ao FAP aplicado à alíquota SAT devida pela empresa. Tal matéria foi objeto do lançamento que consta de outro processo administrativo tributário, o de número 10980.725750/2018-92.

Inegável, portanto, que não houve contestação, nesse ponto, à matéria objeto do lançamento.

Logo, tal tema não foi impugnado, posto que não controvertido.

[...]

Não houve, no presente auto de infração, lançamento decorrente de glosa de compensação com demonstrado acima.

[...]

Logo, a questão da correção da compensação efetuada pelo sujeito passivo não faz parte do lançamento que aqui se discute.

A ciência da decisão de primeira instância ocorreu em 15/03/2019 (cfe. Termo de Ciência por Abertura de Mensagem à fl. 313), com a protocolização do recurso voluntário às fls. 317 a 330 em 15/04/2019 (cfe. Termo de Solicitação de Juntada à fl. 315), cujas razões serão escrutinadas no correr do Voto.

Sem contrarrazões.

Voto

Conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, Relator.

O Recurso Voluntário apresentado é tempestivo e dele tomo conhecimento por atender as demais formalidades legais.

Preliminar de Nulidade

O Recorrente entende que, uma vez desrespeitados os limites definidos no Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF), o Agente Fiscal estaria agindo às margens da competência que lhe fora concedida pelo instrumento, incorrendo em nulidade processual no teor do art. 59 do Decreto nº 70.235/72. O TDPF, portanto, seria indispensável à regularidade do procedimento fiscal e sua ausência ensejaria a nulidade da autuação.

Alega o Contribuinte que, desde a expedição do Termo de Início do Procedimento Fiscal, em 11/5/2018, o código de acesso do TDPF continha um erro que impedia o acesso a seu conteúdo no sítio da Receita Federal do Brasil, corrigido com o envio do Termo de Intimação Fiscal nº 1, de 29/8/2018, recepcionado em 3/9/2018.

Ademais, o modelo do TDPF-F (Anexo I da Portaria nº 6.478/2017) especifica um campo onde deveria constar eventual alteração nos termos originais, ausente no TDPF vinculado ao presente processo, impossibilitando que a Recorrente saiba quando houve a alteração do referido documento para prorrogar o prazo da ação fiscal.

Soma-se a isto a existência de uma versão única do TDPF para conferência do Contribuinte, ao invés da versão original e alterações posteriores mencionadas no art. 15 da Portaria supra.

A nulidade, portanto, seria resultado da ignorância quanto a data de prorrogação do prazo de fiscalização, antes ou depois de 27/8/2018, pois o erro na informação do código de acesso apenas permitiu que o Recorrente acessasse o TDPF em 3/9/2018. Ainda assim, tampouco pode ter certeza se o procedimento ocorreu dentro dos limites estabelecidos, pois ausente a data de alteração do TDPF ou cópia de suas versões anteriores.

Nesta toada, o ônus de prova de fato extintivo do direito de realizar procedimento de fiscalização equivale à produção da prova diabólica, cabendo que a Fiscalização comprove que a prorrogação ocorreu dentro dos limites temporais originalmente estabelecidos. Caso contrário, entende ser imprescindível reputar inválida a prorrogação para 24/12/2018 e, assim, considerar nulos todos os atos praticados após 27/8/2019.

Vejamos.

Não constam, nos autos, o TDPF original e suas alterações, tampouco estes documentos podem ser obtidos em consulta ao sítio da Receita Federal¹, em desrespeito ao art. 15 da Portaria nº 6.478/2017:

Art. 15. O TDPF original e suas alterações permanecerão disponíveis para consulta na Internet, mediante a utilização do código de acesso de que trata o § 4º do art. 4º, mesmo após a conclusão do procedimento fiscal correspondente.

Entretanto, para que eventuais vícios ou omissões no TDPF possam acarretar a nulidade da autuação, deve ainda existir o prejuízo, ou seja, a preterição ao direito de defesa do contribuinte, materializando assim o binômio defeito – prejuízo. É esta a posição majoritária do CARF, exemplificada no Acórdão nº 9202-01.608, de 10/5/2011, que adoto como parte do voto:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. MPF. NULIDADE FORMAL AFASTADA. AUSÊNCIA DO BINÔMIO DEFEITO - PREJUÍZO.

De acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, que na sua tradução literal significa que não há nulidade sem prejuízo, não se declarará a nulidade por vício formal se este não causar prejuízo.

Mesmo que estejamos diante de um vício formal no lançamento, a sua nulidade não deve ser decretada, por ausência de efetivo prejuízo por parte do contribuinte em sua defesa. Não há de se falar em nulidade do lançamento, por não restar configurado o binômio defeito - prejuízo.

[...]

Modernamente, o direito processual, inclusive o administrativo fiscal, tem como primado a efetividade da tutela dos direitos assegurados, adotando a vertente de instrumentalidade do processo à persecução do direito material deduzido. As formalidades desmotivadas foram substituídas pela instrumentalidade e busca da eficiência na prestação jurisdicional.

¹ Acessível em <http://servicos.receita.fazenda.gov.br/Servicos/MPF/default.asp>

Ada Pellegrini Grinover sustenta que “a decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.”²

Afirma, ainda, a referida autora que “o princípio do prejuízo constitui, seguramente, a viga mestra do sistema de nulidades e decorre da ideia geral de que as formas processuais representam tão somente um instrumento para a correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência a formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida”.³

As formas do processo são meios para alcance da tutela jurisdicional. Caso a tutela jurisdicional pretendida seja alcançada, mesmo em detrimento das formas legalmente exigidas, não há nulidade.

De acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, que na sua tradução literal significa que não há nulidade sem prejuízo, não se declarará a nulidade por vício formal se este não causar prejuízo.

Ou seja, podemos, então, estar diante a uma violação à prescrição legal sem que disso, necessariamente, decorra a nulidade.

Assim sendo, em atendimento ao princípio do *pas de nullité sans grief*, a invalidade processual há de ser entendida como uma sanção que somente será aplicada caso se constate a presença do binômio defeito e prejuízo, devendo o último ser entendido como obstáculo ao alcance da finalidade do ato processual. Isto é, não há de ser declarada a nulidade de ato processual se este não causa prejuízo a alguém, já que o processo, como meio de pacificação dos conflitos sociais, nada mais é do que o instrumento para efetivação do direito. (grifei)

O alegado prejuízo à Recorrente estaria em sua impossibilidade de provar o fato extintivo do direito fazendário de proceder à fiscalização, pois, em virtude do erro de digitação no código de acesso, pôde consultar o TDPF só em 3/9/2018 e, diante da ausência do histórico de versões, não confirmou se o pedido de prorrogação ocorreu antes ou após 27/8/2018. Sustenta seu argumento nas disposições da Portaria nº 6.478/2017:

Art. 5º O TDPF conterá:

I - a numeração de identificação e controle;

II - os dados identificadores do sujeito passivo;

III - a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);

IV - o prazo para a realização do procedimento fiscal;

V - o nome e a matrícula do(s) Auditor(es)-Fiscal(ais) da Receita Federal do Brasil responsável(is) pelo procedimento fiscal;

VI - o número do telefone e endereço funcional para contato; e

VII - o nome e a matrícula do responsável pela expedição do TDPF.

[...]

² Ada Pellegrini Grinover e outros; As Nulidades no Processo Penal; São Paulo, p. 26.

³ Idem, p. 27

Art. 9º As alterações no procedimento fiscal decorrentes de prorrogação de prazo, inclusão, exclusão ou substituição do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil responsável pela sua execução ou supervisão bem como as relativas ao exame dos tributos e período de apuração, excetuados os casos que se enquadrem na hipótese prevista no art. 8º, serão procedidas mediante registro eletrônico no próprio TDPF, conforme modelo aprovado por esta Portaria.

[...]

Art. 11. Os procedimentos fiscais deverão ser executados nos seguintes prazos:

I - 120 (cento e vinte) dias, no caso de procedimento de fiscalização; e

II - 60 (sessenta) dias, no caso de procedimento fiscal de diligência.

§ 1º Os prazos de que trata o caput poderão ser prorrogados até a efetiva conclusão do procedimento fiscal e serão contínuos, excluindo-se da sua contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento, conforme os termos do art. 5º do Decreto nº 70.235, de 1972. (grifei)

O Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal, que substituiu o Mandado de Procedimento Fiscal, estabelece normas para a execução da atividade fiscal, constituindo-se em instrumento de controle da Administração Tributária.

Este documento permite, à Receita Federal do Brasil, o acompanhamento do desenvolvimento das atividades realizadas pelos seus Auditores Fiscais. Também possibilita comunicar ao Sujeito Passivo que este se encontra sob procedimento de fiscalização, assegurando transparência às relações entre o Fiscal e o Contribuinte.

Quando, no correr de seus trabalhos, o Auditor-Fiscal perceber que não concluirá, em face às particularidades do caso concreto, o procedimento fiscalizatório dentro do prazo, poderá requerer sua prorrogação.

O eventual erro na digitação do código de acesso que, em seu tempo, retardou a prova da autenticidade do TDPF, pelo Contribuinte, no sítio da Receita Federal do Brasil, além da data de prorrogação, ou a ausência do histórico de versões do TDPF pode, quando muito, suscitar responsabilidade administrativa do Auditor-Fiscal, mas nunca terá força para retirar-lhe sua competência legal para efetuar o lançamento.

Isso porque uma norma infralegal não tem o condão de limitar a atuação da Administração Tributária, sob pena de contrariar o art. 142 do Código Tributário Nacional⁴.

Ainda que não houvesse prorrogação do prazo de validade do procedimento de fiscalização, isto não inquinaria o lançamento, pois formalizado por Autoridade competente, devidamente investida das atribuições legais inerentes ao cargo de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, aspecto não modificado pelo vício formal do TDPF.

⁴ 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.

Ora, se o lançamento de ofício pode ser realizado sem prévia intimação ao sujeito passivo, na forma da Súmula CARF nº 46, quanto mais o Auto de Infração em exame, sobretudo quando comprovado, nos autos, que o Recorrente tomara conhecimento do Termo de Início do Procedimento Fiscal de 11/5/2018, do Termo de Ciência de Continuidade do Procedimento Fiscal nº 1 de 9/7/2018 ou do Termo de Intimação Fiscal nº 1 de 29/8/2018.

Dessa forma, não está configurado prejuízo à defesa na impossibilidade de provar a existência de fato extintivo do direito de realizar procedimento fiscalizatório, pois r. Portaria não poderia limitar a atuação tributária determinada por Lei, de modo que a inobservância dos procedimentos e limites fixados no TDPF – no caso analisado, o prazo – não produziria nulidade.

É esta também a posição da jurisprudência do CARF a respeito da matéria:

Acórdão 3402-005.377, de 20/6/2018

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DO PROCEDIMENTO FISCAL. TDPF. VÍCIOS FORMAIS. NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO CONFIGURAÇÃO.

De acordo com a jurisprudência dominante do CARF, eventuais omissões ou vícios na emissão do Termo de Início de Ação Fiscal ou Mandado de Procedimento Fiscal não acarretam na automática nulidade do lançamento de ofício promovido, se o contribuinte não demonstrar o prejuízo à realização da sua defesa. Esta jurisprudência se aplica ao novel documento com a mesma finalidade, o Termo de Distribuição do Procedimento Fiscal (TDPF).

[...]

A Recorrente requer que seja declarada a nulidade dos lançamentos por diversos vícios procedimentais apontados com relação ao Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal (TDPF), em substituição ao MPF, tais como: a existência de investigações e coleta de documentos antes da sua emissão; que o TDPF-Diligência não seria o adequado para conduzir o procedimento levado a cabo; que as informações colhidas com terceiros e com a oitiva de testemunhas não poderiam ser utilizadas, pois foram colhidas sem TDPF específico; que o Auditor-Fiscal que assinou os lançamentos não consta com competência outorgada pelo TDPF para o caso; e que as suas prorrogações não foram realizadas corretamente. (grifei)

Acórdão 3401-005.154, de 23/6/2018

NULIDADE. FALTA DE PRORROGAÇÃO DO TDPF. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. SUMULA CARF 46.

Não é nulo o lançamento por prorrogação do Termo de Distribuição de Procedimento Fiscal - TDPF além do prazo regulamentar, quando não comprovado o prejuízo à defesa do contribuinte. A falta de prorrogação do TDPF, por si só, não configura cerceamento do direito de defesa e não se equipara à ausência do Termo. (grifei)

Acórdão 1201-003.141, de 18/9/2019

TERMO DE DISTRIBUIÇÃO DE PROCEDIMENTO FISCAL. TDPF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O TDPF é instrumento de controle interno da administração tributária, instituído pelo Decreto nº 8.303/2014. Eventual inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do TDPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal.

[...]

24. Desse modo, em caso de inobservância dos procedimentos e limites fixados por meio do TDPF, salvo quando utilizado para obtenção de provas ilícitas, não gera nulidades no âmbito do processo administrativo fiscal. (grifei)

Em síntese, é isto que temos: a) o auto de infração fora lavrado por pessoa competente; b) tão logo instaurada a lide, houve respeito à ampla defesa e ao contraditório; c) o vício formal na prorrogação do TDPF e a inobservância dos limites temporais não afastariam a competência legal do Auditor-Fiscal; d) não há a arguida preterição à defesa, porquanto também não há fato extintivo do poder-dever de exercer a atividade fiscalizatória em se tratando de vício desta natureza.

Por todos estes argumentos, rejeito a questão preliminar.

Adicional Noturno

A priori, o Recorrente recorda ser parte substituída da ação ordinária nº 5001230-72.2012.404.7000 que discute a incidência de contribuição previdenciária sobre valores a título de adicional noturno, aviso prévio indenizado e seus reflexos no 13º salário.

Por força do acórdão proferido pelo Plenário do STF, no DJe nº 56 de 21/3/2019, que reconheceu a não incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, a gratificação natalina, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade, o recorrente requer a aplicação da decisão ao caso concreto pelo disposto no art. 62, § 1º, II, 'b' do Ricarfi e o cancelamento do auto de infração no ponto concernente ao adicional noturno.

Divirjo.

Os valores pagos aos trabalhadores a título de adicional noturno dizem respeito à contraprestação pelo trabalho efetuado fora do expediente normal, logo enquadrados no conceito de salário-de-contribuição do *caput* do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

O § 9º do dispositivo referido, que afasta da tributação determinadas parcelas remuneratórias, não realiza alusão ao adicional noturno, mostrando-se legítima a tributação desta verba.

Quem se pronunciou sobre o tema foi o STF no RE 565.160/SC, com repercussão geral reconhecida, portanto, de observância obrigatória por este Colegiado:

Tal como fez o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, delimito a controvérsia, no que envolvido processo subjetivo. Eis o pedido formulado na inicial da ação ordinária ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS:

[...]

julgar procedente a presente ação, declarando a inexistência de relação jurídica tributária entre a autora e o INSS, que a obrigue a recolher a contribuição previdenciária incidente sobre o total de remunerações pagas ou creditadas a qualquer título aos segurados empregados, conforme exigência do inciso I, do art. 22, da Lei 8.212/91, com alterações impostas pela Lei nº 9.876/99, mais sim e tão somente sobre a folha de salários, sendo portanto excetuadas as seguintes

verbas : adicionais (de periculosidade e insalubridade), gorjetas, prêmios, **adicionais noturnos**, ajudas de custo e diárias de viagem (quando excederem 50% do salário percebido), comissões e quaisquer outras parcelas pagas habitualmente, ainda que em unidades previstas em acordo ou convenção coletiva ou mesmo que concedidas por liberalidade do empregador não integrantes na definição de salário, até a edição de norma válida e constitucional para a instituição da mencionada exação. (grifei)

No julgamento do r. Recurso Extraordinário, o STF negou o provimento e decidiu ser constitucional a incidência de contribuição social a cargo do empregador sobre os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, veja:

CONTRIBUIÇÃO – SEGURIDADE SOCIAL – EMPREGADOR. A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998 – inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal.

[...]

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 20 da repercussão geral, conheceu do recurso extraordinário e negou-lhe provimento, fixando a seguinte tese: “**A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998**”. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Dias Toffoli. Falaram: pela recorrente, a Dra. Maria Leonor Leite Vieira, e, pelo recorrido, o Dr. Leonardo Quintas Furtado, Procurador da Fazenda Nacional. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 29.3.2017.

Em contrapartida, o RE 593.068/SC colacionado pela Recorrente apreciou uma questão semelhante, **mas não idêntica**, concluindo que:

[...]

5. À luz das premissas estabelecidas, é fixada em repercussão geral a seguinte tese: “**Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público**, tais como ‘terço de férias’, ‘serviços extraordinários’, ‘**adicional noturno**’ e ‘adicional de insalubridade’”. (grifei)

Aqui, não se está falando do regime geral da previdência social, mas do regime próprio dos servidores públicos, restando patente na decisão a não incidência de contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público.

Por conseguinte, a referida decisão não é aplicável ao caso concreto, que versa sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional noturno pago pelo empregador ao empregado.

Solução similar fora dada no Acórdão nº 2301-006.167, de 4/6/2019, ementado da seguinte maneira:

ADICIONAL NOTURNO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INCIDÊNCIA. STF. REPERCUSSÃO GERAL. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA. O Supremo Tribunal Federal, apreciando a incidência de contribuições previdenciárias sobre o adicional noturno, no tema 20 da repercussão geral fixou a tese de que “A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, quer anteriores ou posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998”.

Portanto, rejeito o argumento do contribuinte e entendo ser procedente o lançamento no ponto abordado.

CONCLUSÃO

Meu voto é para CONHECER o recurso voluntário e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

(documento assinado digitalmente)

Márcio Augusto Sekeff Sallem