



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

Processo nº 11080.721590/2012-23
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2202-003.238 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de março de 2016
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente TRANSPORTADORA TRANSMIRO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2010 a 31/12/2010

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE
REGULARIDADE NO LANÇAMENTO - NÃO OCORRÊNCIA.

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 - MANDADO DE SEGURANÇA - COMPENSAÇÃO INDEVIDA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO-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.

O contribuinte deve observar o disposto no art. 170-A, CTN, na qual se veda a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso em relação às contribuições previdenciárias das parcelas relativas a auxílio-doença, nos primeiros quinze dias de afastamento; férias e respectivo terço, quando indenizadas; aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário decorrente de aviso prévio indenizado; na parte conhecida (compensação indevida e acréscimos legais), negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral, pelo contribuinte, o advogado Leandro Alves dos Santos, OAB/DF nº 44.655/DF.

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Eduardo de Oliveira, Márcio Henrique Sales Parada, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Martin da Silva Gesto, Wilson Antônio de Souza Corrêa (Suplente convocado), José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado). Presente ao julgamento, a Procuradora da Fazenda Nacional, Dr^a Francianna Barbosa de Araújo.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Acórdão nº 10-45.461 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal - AIOP nº 51.001.304-0 (Glosa de Compensação).

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância, a Glosa de Compensação ocorreu porque a empresa declarou em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social- GFIP's a compensação antes do trânsito em julgado das ações judiciais e que até a data da lavratura do Auto de Infração não havia decisão transitada em julgado.

Desta forma, o Relatório Fiscal informa que foram glosados os valores declarados em GFIP, no campo compensação, uma vez que as ações ainda não haviam transitado em julgado. Tais valores constam da Planilha "PLANILHA B1 VALORES COMPENSADOS DECLARADOS EM GFIP".

O Relatório da decisão de primeira instância mostra que a empresa impetrou dois mandados de segurança cujo objeto é a discussão da incidência de contribuições previdenciárias em verbas pagas pela Recorrente aos segurados empregados:

(i) - Mandado de Segurança nº 5002050-53.2010.404.7100/RS,
concedendo a segurança para o efeito de afastar da incidência da contribuição previdenciária relativa à remuneração creditada pelo impetrante aos seus empregados, as parcelas relativas a auxílio-doença, nos primeiros quinze dias de afastamento; férias e respectivo terço, quando indenizadas e declarar o direito do impetrante à compensação dos valores recolhidos indevidamente, devidamente corrigidos, nos termos da fundamentação. A impetrante tem direito à compensação do indébito, após o trânsito em julgado da sentença, observado o disposto nas Leis nº 8.383, de 1991 (art.66, caput), Lei nº 9.430, de 1996 (art.74) e Lei 11.457, de 2007 (art.26, parágrafo único).

(ii) - Mandado de Segurança nº 5009172-20.2010.404.7100/RS,
concedendo em parte a segurança para o efeito de afastar da incidência da contribuição previdenciária relativa à remuneração creditada pelo impetrante aos seus empregados, as parcelas relativas a aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário decorrente de aviso prévio indenizado e, declarar o direito do impetrante à compensação dos valores recolhidos indevidamente, devidamente corrigidos, nos termos da fundamentação (a impetrante tem direito à compensação do indébito, após o trânsito em julgado da sentença, observado o disposto nas Leis nº 8.383, de 1991 (art.66, caput) e 11.457, de 2007(art.26, parágrafo único).

O contribuinte teve ciência dos Autos de Infração, por via postal - Aviso de Recebimento - AR, em 17.02.2012, conforme fls. 142 e 143.

O período objeto do auto de infração, conforme o Anexo do Relatório Fiscal, é de 08/2010 a 12/2010.

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

DO DIREITO DE PETIÇÃO *Invoca o direito de petição com base no art. 5º, inciso XXXIV, alínea "a" da Constituição Federal.*

DOS FATOS *Informa que as compensações são originárias de créditos dos autos dos Mandados de Segurança nº 5002050-53.2010.404.7100 e nº 5009172-20.2010.404.7100. Relata que os Mandados de Segurança foram impetrados com intuito da empresa não ser compelida ao recolhimento da contribuição social previdenciária incidente sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), salário-maternidade, férias e adicional 1/3 (um terço), assim como sobre o aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional, pois no seu entender estas rubricas não têm natureza de salário, mas de indenização e havido recolhimentos indevidos, a Impugnante fez jus à compensação desses valores, na forma declarada em suas GFIP's pertinentes aos débitos e períodos em questão.*

Entende que o Auto de Infração foi lavrado à margem da Constituição Federal e da legislação atinente, porque a fiscalização não analisou os documentos apresentados pela Impugnante, os quais seriam suficientes para a homologação dos créditos efetivamente compensados.

DO VÍCIO (INSANÁVEL). AUSÊNCIA DE CORRELAÇÃO LÓGICA ENTRE OS VALORES LANÇADOS E A BASE DE CÁLCULO UTILIZADA PARA APURAÇÃO DOS SUPOSTOS CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS.

Alega que cumpriu todas as suas obrigações fiscais, especialmente, aquelas impostas pelo artigo 225, do Decreto nº 3.048/1999.

Sustenta que há dupla identidade de cobrança, pois várias competências lançadas no Auto de Infração encontram-se indevidamente incluídas em outros processos executivos fiscais, pendente de análise pelo poder judiciário, sendo por certo que devem ser excluídos do processo administrativo em questão.

Acusa que está sendo compelida ao pagamento de contribuição previdenciária sobre os valores indenizatórios onde não restou

configurada a hipótese de incidência prevista no inciso I do artigo 22, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

DO VÍCIO (INSANÁVEL). INDEVIDA TRIBUTAÇÃO POR AFERIÇÃO INDIRETA SEM O DEVIDO ABATIMENTO DE VALORES EFETIVAMENTE RECOLHIDOS.

Alega que a Fiscalização Fazendária laborou com presunção, mediante utilização da aferição indireta para expedir o crédito tributário, em afronta ao princípio da legalidade tributária, ensejando a nulidade do Auto de Infração.

A IMPUGNAÇÃO E A SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Sustenta que a impugnação suspende a exigibilidade do crédito tributário até o julgamento final do processo, com base no art. 15 do Decreto nº 70.235/1972 e no art.

151, III do CTN, conforme entendimento jurisprudencial do Superior de Justiça.

DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Invoca o artigo 195 da Constituição Federal, para dizer que a autoridade Impugnada exige o recolhimento da contribuição social previdenciária pretensamente incidente sobre valores pagos em situações em que não há remuneração, ou seja, hipóteses que desbordam do fato gerador, no caso de i) importâncias pagas nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da obtenção do auxílio-doença ou auxílio-acidente); ii) valores pagos a título de salário-maternidade; iii) importâncias pagas a título de férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço); iv) valores recolhidos à título de aviso prévio indenizado e 13º salário proporcional, em ofensa ao princípio da legalidade estrita (CF, art. 150, I) bem como ao histórico legislativo e jurisprudencial.

Seriam circunstâncias em que o empregado - acidentado, doente, gestante, em gozo de férias ou despedido sem justa causa – não está prestando serviços, nem se encontra à disposição da empresa.

DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS VALORES OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5002050-53.2010.404.7100.

- DOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DOS FUNCIONÁRIOS DOENTES E ACIDENTADOS.

Alega que o trabalhador doente ou acidentado não está prestando serviço algum sendo certo que o valor pago pela empresa para pré-concessão de benefício previdenciário não se insere na hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991. Colaciona acórdãos do Superior Tribunal de Justiça alegando que o entendimento daquele órgão é pacífico quanto a não incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas pela empresa na hipótese de afastamento

do funcionário doente ou acidentado -, situação que se estende ao salário-maternidade, férias e adicional de férias de 1/3.

Aduz que a hipótese de incidência é o pagamento de remunerações devidas em razão de trabalho prestado, efetiva ou potencialmente, questionando, quais "os serviços efetivamente prestados" pela pessoa que se encontra afastada (seja doente, acidentada ou gestante) ou em férias, entendendo que não se está a retribuir trabalho algum, não se realizando no mundo físico a hipótese legal prevista.

- DO SALÁRIO-MATERNIDADE.

No que tange ao salário-maternidade, alega que o salário-de-contribuição é a base de cálculo da contribuição devida pelos segurados, não a base de cálculo da contribuição patronal, conforme previsto no artigo 20 da Lei nº 8.212/1991 e nos arts. 54 e 63 da Instrução Normativa RFB nº 971/2009. Alega que é ilegal e inconstitucional que dispositivos de Instrução Normativa extrapolem a hipótese tributária, ocorrendo desrespeito ao princípio da legalidade.

Sustenta que é indevida a exigência de contribuição previdenciária pelas empresas sobre os valores pagos a título de salário-maternidade, pois os valores pagos às funcionárias afastadas nestas condições não são destinados a retribuir qualquer tipo de trabalho, posto que trabalho algum é prestado, não se vislumbrando a hipótese de incidência prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/1991.

- FÉRIAS E TERÇO CONSTITUCIONAL.

Em relação às férias gozadas e seu respectivo adicional constitucional de 1/3 (terço), refere que o salário-de-contribuição é a base de cálculo da contribuição devida pelos segurados, conforme previsto no art. 20 da Lei nº 8.212/1991 e não a base de cálculo da contribuição patronal.

Alega que a exigência é sustentada pela autoridade em dispositivos infralegais contidos na IN RFB 971/2009 (arts. 52 e 57), todavia é inadmissível, ilegal e inconstitucional que dispositivos de Instrução Normativa extrapolem a hipótese tributária, ocorrendo desrespeito ao princípio da legalidade.

Entende que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária patronal, bem como, sua base de cálculo, dizem respeito exclusivamente aos valores pagos, destinados a retribuir um trabalho efetivo ou potencial - o que não é o caso dos funcionários em gozo de férias - não havendo que se invocar peculiaridades do salário-de-contribuição atinente à contribuição dos trabalhadores.

Colaciona decisão do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, no sentido de que as verbas citadas não são pagas por retribuição de serviços. Traz decisão do Tribunal Regional

Federal da 5ª Região afastando a contribuição patronal de todas as verbas em debate.

Conclui que os pagamentos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado, bem como, a título de salário maternidade, férias gozadas e adicional de férias de 1/3 (um terço), não se enquadram na hipótese de incidência em análise, desta forma, os valores recolhidos devem ser revertidos em créditos em favor da impugnante.

DA INDEVIDA EXIGÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS VALORES OBJETO DO MANDADO DE SEGURANÇA Nº 5009172-20.2010.404.7100/RS - DA NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO E SEU 13º SALÁRIO PROPORCIONAL.

Sustenta que a contribuição previdenciária não pode incidir sobre o aviso prévio indenizado e o 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado, tendo em vista o caráter indenizatório de tais verbas. Defendeu a ilegalidade do Decreto nº 6.727/2009, na parte que revogou a letra “f” do inciso V, do § 9º do art. 214 do Decreto nº 3.048/1999.

Conclui que os pagamentos realizados a título de aviso prévio indenizado e de 13º salário proporcional ao aviso prévio indenizado não se enquadram na hipótese de incidência em análise, sendo que a pretensa exigência da contribuição social previdenciária sobre os respectivos valores implica ofensa ao princípio constitucional da legalidade tributária (CF, art. 150, inc. I).

DA LEGALIDADE DA COMPENSAÇÃO *Defende que o artigo 66 da Lei nº 8.383/1991 faculta ao contribuinte a possibilidade de utilizar os créditos com a Fazenda Pública, de tributos pagos a maior ou indevidamente, para compensar aludidos valores com débitos vincendos, independentemente de autorização da Administração Pública.*

Sustenta que a administração não pode vincular o procedimento de compensação ao trânsito em julgado de decisão, por não ser aplicável ao caso.

DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Fala da prerrogativa do fisco de efetuar o lançamento do crédito tributário (art. 142 do Código Tributário Nacional); aduz que as compensações ocorreram com fulcro na lei (Lei nº 8.383/1991) e que o lançamento foi constituído à margem da lei por falta de documentos, não havendo razão para a cobrança dos créditos pois o procedimento foi informado em GFIP.

SELIC *Discorre sobre a taxa Selic, dizendo que ela tem natureza remuneratória de títulos, consoante entendimento do STJ, sendo inaplicável em matéria tributária.*

Diz que é correto afirmar que, em respeito ao princípio da hierarquia das normas, o artigo 161, § 1º do Código Tributário

Nacional (Lei Complementar) estabelece o índice de juros de 1 % ao mês, e na hipótese da Lei 8.981/1995, instituidora da Taxa Selic, ser considerada norma legal para reger assuntos tributários, conclui-se que a mencionada lei não poderia fixar índices acima do limite previsto na norma complementar (CTN), restando claro que, somente haveria a possibilidade da majoração da alíquota de correção se a lei instituidora da Selic estivesse no mesmo patamar de competência da lei complementar.

Alega a impossibilidade da utilização da taxa de referência SELIC, como taxa de juros moratórios para as multas aplicadas, já que a mesma não possui natureza indenizatória, própria dos juros moratórios, além de tratar-se de meio de remuneração e, não, de indenização, caso em que estar-se-ia configurado o locupletamento ilícito.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 10-45.461** - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2010 a 31/12/2010

AI Debcad nº 51.001.304-0

AUTO DE INFRAÇÃO. GLOSA DE COMPENSAÇÃO INDEVIDA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

A teor do inciso III do artigo 151 do CTN, as reclamações e os recursos suspendem a exigibilidade do crédito tributário, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITO OBJETO DE DECISÃO JUDICIAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO.

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da decisão judicial.

SELIC

Os juros, calculados pela variação da taxa Selic, têm caráter irrelevável e estão de acordo com a legislação vigente na data da ocorrência dos fatos geradores.

SUSTENTAÇÃO ORAL

A legislação que rege o processo administrativo fiscal não prevê a oportunidade de sustentação oral no julgamento de 1ª instância.

INTIMAÇÃO

As intimações devem ser feitas por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a decisão de primeira instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, combatendo fundamentadamente a decisão de primeira instância, em apertada síntese:

(i) Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário - art. 33, Decreto 70.235/1972 e art. 151, III, CTN

(ii) Da legalidade da compensação indevidamente glosada pela Autoridade Fiscal

Inicialmente, curial se relembrar que os valores compensados são provenientes de verbas previdenciárias indevidamente recolhidas, fato este reconhecido, inclusive, por meio de decisões judiciais.

(...) Nesse norte, de salutar relevância se destacar, também, que o Art. 66 da Lei nº 8.383/91 faculta ao contribuinte a possibilidade de utilizar os créditos com a Fazenda Pública, decorrentes de tributos pagos a maior ou indevidamente, para compensar obrigações fiscais vincendas, independente de prévia autorização da Administração Pública.

(...) Como se não bastasse, a Lei nº 8.383/91, em seu art. 66, trata de uma modalidade de compensação passível de ser realizada pelo contribuinte no âmbito do lançamento por homologação, sujeita a posterior fiscalização. O art. 170 do Código Tributário - e seu apêndice, o artigo 170-A - cuidam de outra modalidade de compensação, realizada diretamente pelos agentes fiscais a pedido do contribuinte, e que extingue o crédito tributário (já constituído, portanto), nos termos do art. 156, II, do CTN.

(iii) Da origem dos créditos. Valores pagos a maior.

Nada obstante, tais créditos tomados são absolutamente legais, tendo em vista a manifesta existência de pagamentos a título da Contribuição Previdenciária a maior por longo período, porquanto o fisco sempre exigiu parcelas indevidas das contribuições em tela, quais sejam, aquelas incidentes sobre os valores pagos nos 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do funcionário doente ou acidentado (antes da eventual obtenção do auxílio-doença ou do auxílio-acidente), a título de salário-

maternidade, férias além do 1/3 (um terço) constitucional de férias.

Neste interim, ao longo de muitos anos o Fisco cobrou da Recorrente a contribuição social previdenciária incidente sobre os valores que não se submetem a sua incidência.

(...) Na verdade, analisa-se, sob a égide do princípio da legalidade tributária (CF, art. 150, inc. I), se tais valores subsumem-se à hipótese de incidência eleita pelo legislador para fins de exigência da contribuição previdenciária devida pelas empresas, qual seja, a prevista no artigo 22, inciso I, da Lei nº 8.212/91

(iv) Da Taxa SELIC

A intenção do Fisco em aplicar a mencionada taxa para correção dos débitos abarca em evidente lesão às disposições da Constituição Federal, ferindo não só o direito das empresas, como também a ordem econômica e financeira, desvirtuando dessa forma, a essência do Estado Democrático.

(...) Além disso, importa esclarecer que o Código Tributário Nacional fora criado por meio de Lei Ordinária, porém recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com força de Lei Complementar, conforme prevê o artigo 34, § 5º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Curial se afirmar, ainda, que em respeito ao princípio da hierarquia das normas, o artigo 161, § 1º do Código Tributário Nacional (Lei Complementar), que estabelece o índice de juros de 1% ao mês, se sobrepõe à hipótese da Lei 8.981, de 20.01.95, instituidora da Taxa Selic.

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 prestada às fls. 784.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES***(a) Da 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.

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) (...)”

Ainda, o art. 59, caput, Decreto 7.574/2011;

Art.59. 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 (Decreto nº 70.235, de 1972, art. 26-A, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, art. 25). (...)”

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.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(b) Da regularidade da lavratura do AIOP.

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra Acórdão nº 10-45.461 - 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Porto Alegre - RS que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal - AIOP nº 51.001.304-0 (Glosa de Compensação).

Conforme o Relatório da decisão de primeira instância, a Glosa de Compensação ocorreu porque a empresa declarou em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social- GFIP's a compensação antes do trânsito em julgado das ações judiciais e que até a data da lavratura do Auto de Infração não havia decisão transitada em julgado.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, 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 MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário relativo às contribuições de que trata esta Instrução Normativa: (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

I - GFIP, que é o documento declaratório da obrigação, caracterizado como instrumento de confissão de dívida tributária;

II - Lançamento do Débito Confessado (LDC), que é o documento por meio do qual o sujeito passivo confessa os débitos que verifica; (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

III - Revogado pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008

IV - Auto de Infração (AI), que é o documento constitutivo de crédito, inclusive relativo à multa aplicada em decorrência do descumprimento de obrigação acessória, lavrado por Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e apurado mediante procedimento de fiscalização; e (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

V - Notificação de Lançamento, que é o documento constitutivo de crédito expedido pelo órgão da Administração Tributária. (Nova redação dada pela IN RFB nº 851, de 28/05/2008)

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 do Débito

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);

e. TIPF – Termo de Início do Procedimento Fiscal;

h. 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 nº 37.234.890-4, 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, cumpri-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.

Diante do exposto, não prospera a alegação da Recorrente.

(i) Da suspensão da exigibilidade do crédito tributário - art. 33, Decreto 70.235/1972 e art. 151, III, CTN

Analisemos.

De fato, o Recurso Voluntário suspende exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 33, Decreto 70.235/1972 c/c art. 151, III, CTN:

Decreto 70.235/1972 - Art. 33. Da decisão caberá recurso voluntário, total ou parcial, com efeito suspensivo, dentro dos trinta dias seguintes à ciência da decisão. (...)

CTN - Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

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

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

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

Portanto, nada há que se contestar neste tópico.

DO MÉRITO.

(ii) Da legalidade da compensação indevidamente glosada pela Autoridade Fiscal

Analisemos .

As considerações acerca de inconstitucionalidade já foram analisadas no tópico (a) Da inconstitucionalidade.

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 vincendo 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:

(i) - Mandado de Segurança nº 5002050-53.2010.404.7100/RS,
concedendo a segurança para o efeito de afastar da incidência da contribuição previdenciária relativa à remuneração creditada pelo impetrante aos seus empregados, as parcelas relativas a auxílio-doença, nos primeiros quinze dias de afastamento; férias e respectivo terço, quando indenizadas e declarar o direito do impetrante à compensação dos valores recolhidos indevidamente, devidamente corrigidos, nos termos da fundamentação. A impetrante tem direito à compensação do indébito, após o trânsito em julgado da sentença, observado o disposto nas Leis nº 8.383, de 1991 (art.66, caput), Lei nº 9.430, de 1996 (art.74) e Lei 11.457, de 2007 (art.26, parágrafo único).

(ii) - Mandado de Segurança nº 5009172-20.2010.404.7100/RS,
concedendo em parte a segurança para o efeito de afastar da incidência da contribuição previdenciária relativa à remuneração creditada pelo impetrante aos seus empregados, as parcelas relativas a aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário decorrente de aviso prévio indenizado e, declarar o direito do impetrante à compensação dos valores recolhidos indevidamente, devidamente corrigidos, nos termos da fundamentação (a impetrante tem direito à compensação do indébito, após o trânsito em julgado da sentença, observado o disposto nas Leis nº 8.383, de 1991 (art.66, caput) e 11.457, de 2007(art.26, parágrafo único).

A Fiscalização comprovou nos autos, vide o Relatório Fiscal, que 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, em consulta ao site do TRF 4ª Região (http://www2.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=consulta_processual_resultado_pesquisa&txtPalavraGerada=KmrY&hdnRefId=532d42deec1f1d031aea62172f5c7822&selForma=NU&txtValor=50020505320104047100&chkMostrarBaixados=&todasfases=&todosvalores=&todasp&artes=&txtDataFase=&selOrigem=TRF&sistema=&codigoparte=&txtChave=&paginaSubmete

uPesquisa=letras), em 05.03.2016, anote-se que o Mandado de Segurança nº 5002050-53.2010.404.7100 encontra-se Suspenso/Sobrestado desde 16.09.2013 aguardando decisão do STJ em Recurso Repetitivo, enquanto que o Mandado de Segurança nº 5009172-20.2010.404.7100, teve o trânsito em julgado em 30.09.2015.

Ora, comprovou-se, portanto, que ao tempo da lavratura do Auto de Infração - AIOP, referente à Glosa de compensação indevida, os Mandados de Segurança ainda não haviam tido o trânsito em julgado, de forma que deve ser mantida a glosa de compensação em função da violação ao disposto expresso no art. 170-A, CTN.

Diante do exposto, não prospera a argumentação do Recorrente.

(iii) Da origem dos créditos. Valores pagos a maior.

Analisemos.

Em relação às questões no Recurso Voluntário de que se os valores pagos pela Recorrente aos segurados empregados integram ou não o salário de contribuição, estas não serão conhecidas pois possuem o mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados pela Recorrente, exsurindo 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.

(iv) Da Taxa SELIC

Analisemos.

As considerações acerca de inconstitucionalidade já foram analisadas no tópico (a) Da inconstitucionalidade e afastadas tais alegações do contribuinte.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação à época dos fatos geradores:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A

atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Portanto, diante do exposto acima, não prospera tal argumentação da Recorrente.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de: **(i) NÃO CONHECER do Recurso Voluntário** na matéria de mesmo objeto dos mandados de segurança impetrados, quais sejam: em relação às contribuições previdenciárias das parcelas relativas a auxílio-doença, nos primeiros quinze dias de afastamento; férias e respectivo terço, quando indenizadas; aviso prévio indenizado e décimo terceiro salário decorrente de aviso prévio indenizado; **(ii) CONHECER do Recurso Voluntário** nas questões da compensação indevida e acréscimos legais para, no MÉRITO, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro