



<b>Processo nº</b>	11831.002410/2007-11
<b>Recurso</b>	Voluntário
<b>Acórdão nº</b>	<b>2201-008.835 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária</b>
<b>Sessão de</b>	8 de junho de 2021
<b>Recorrente</b>	GORESBRIDGE CONSTRUÇOES DO BRASIL LTDA
<b>Interessado</b>	FAZENDA NACIONAL

### **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/04/2004 a 31/03/2005

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

Não ocorre a nulidade do auto de infração quando a autoridade fiscal demonstra de forma suficiente os motivos pelos quais o lavrou, possibilitando o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa ao contribuinte e sem que seja comprovado o efetivo prejuízo ao exercício desse direito.

**ERRO DE CAPITULAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA.**

O fundamento legal do débito encontra-se capitulado corretamente, razão pela qual não há qualquer nulidade no lançamento.

**COMPENSAÇÃO. AÇÃO JUDICIAL. SENTENÇA FAVORÁVEL. ALTERAÇÃO POSTERIOR EM RAZÃO DO ACÓRDÃO. AUSÊNCIA DE CRÉDITO.**

Não obstante a decisão de 1º grau tenha reconhecido o crédito do contribuinte referente às contribuições pagas sobre os pagamentos efetuados aos empregados a título de adicional noturno, hora extra, insalubridade e periculosidade, as decisões proferidas pelo tribunal, em sede de recurso, alteraram o conteúdo, negando o direito.

**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.**

Eventual crédito que a contribuinte tenha em virtude de pedido de restituição não macula o lançamento Fiscal. O crédito existente poderá ser apresentado quando da cobrança da dívida fiscal.

**ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS. SÚMULA CARF Nº 2.**

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

**TAXA SELIC. JUROS DE MORA. APLICAÇÃO. SÚMULAS CARF Nº 4 e 108.**

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, incidindo, inclusive sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

Débora Fófano dos Santos – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Débora Fófano dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nobrega (suplente convocado(a)), Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

## Relatório

Trata-se de recurso voluntário (fls. 370/383) interposto contra decisão no acórdão da 7<sup>a</sup> Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Campinas (SP) de fls. 342/359, que julgou a impugnação procedente em parte, mantendo em parte o crédito tributário formalizado na NFLD – Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – DEBCAD nº 35.842.756-8, consolidado em 28/5/2006, no montante de R\$ 168.340,33, já incluídos multa e juros (fls. 3/25), acompanhada do Relatório Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 31/32), referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, financiamento da complementação das prestações decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a terceiros (Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE), deduzidos os valores pagos a título de Salário-Família e de Salário-Maternidade. O lançamento é complementar à NFLD-DEBCAD: 35.435.193-1, que teve glosados valores compensados nos meses de 4/2004 a 7/2004 e 9/2004 a 3/2005, por não ter a empresa, direito a tal compensação.

### Do Lançamento

De acordo com resumo constante no acórdão recorrido (fl. 343):

Trata-se de lançamento contra a empresa em referência, nova razão social de Geotemi Construções e Projetos Ltda., a qual tem por objeto contribuições sociais incidentes sobre remunerações de segurados empregados que lhe prestaram serviços. Os fatos geradores foram devidamente confessados em GFIP.

Informa a Fiscalização que a empresa se compensou indevidamente nos meses de 04/2004 a 07/2004 e 09/2004 a 03/2005.

A empresa obteve direito de se compensar em decorrência de decisão judicial proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 2002.61.00.01420-7, mas as compensações realizadas são indevidas no período de que trata a NFLD.

Estas competências haviam sido tratadas, inicialmente, na NFLD nº 35.345.193-1. Todavia, ao constatar-se que as compensações deveriam ser glosadas, suprimiram-se as competências dos lançamentos originais para que os créditos tributários correspondentes fossem integralmente exigidos na NFLD que ora se relata.

Informa a Fiscalização que as compensações realizadas pela empresa foram avaliadas no sistema "Compensa".

O crédito exigido, por conseguinte, é a soma das contribuições anteriormente exigidas na NFLD nº 35.345.193-1 (R\$ 62.393,77) com as compensações glosadas, que totalizam R\$ 52.076,62. As contribuições e as compensações glosadas foram acrescidas de juros e multa moratórios.

(...)

### **Da Impugnação**

Devidamente cientificado da notificação de lançamento de débito (NFLD), o contribuinte apresentou sua impugnação (fls. 40/60), com os seguintes argumentos, consoante resumo no acórdão da DRJ (fls. 344/347):

(...)

A notificada apresentou sua impugnação por meio do instrumento de fls. 38/58.

Após descrever os fundamentos da exação, informa que as compensações realizadas pela empresa foram consideradas válidas pela Fiscalização quando da constituição da NFLD nº 35.435.193-1. Alega que o crédito está sendo discutido judicialmente e tem sua exigibilidade suspensa até a decisão final.

Argui que possui créditos contra o Fisco que resultam na extinção do crédito tributário apurado.

Em seguida, argumenta que a fundamentação legal do lançamento fiscal possui diversos erros, o que resultaria na nulidade da exigência.

O Relatório de Fundamentos Legais do Débito (FLD) indica, como fundamentação do lançamento, o artigo 141 do Decreto nº 89.312, de 23 de janeiro de 1.984.

Argumenta que o referido decreto possui apenas três artigos.

Foi mencionado, nos Fundamentos Legais do Débito, o artigo 48 do Decreto nº 2.173, de 5 de março de 1997, o qual também possui três artigos. Além disso, a mencionada norma foi revogada pelo Decreto nº 3.048, de 6 de março de 1.999.

Nos FLD, também foram arrolados diversos decretos revogados. São eles: 5.256, de 2004, 5.403, de 2005, 569, de 1992, 3.081, de 1999, e 3.838, de 2001.

Serviram de fundamento da exação a Medida Provisória nº 258, de 2005, que não tem eficácia nem se "encaixa" no período de que trata a NFLD. O mesmo ocorre com a Lei nº 11.098 e o Decreto nº 5.469, ambos de 2005.

Quanto à GFIP, nas competências 04/2004 a 07/2004 e 09/2004 a 03/2005, foi citado o Decreto nº 2.803, de 1998, revogado pelo Decreto nº 3.048, de 1999.

No concernente ao salário educação, houve a citação do Decreto nº 2.173, de 1997, revogado pelo Decreto nº 3.048, de 1999.

Entende que a MP nº 222, de 4 de outubro de 2004, não pode ser aplicada antes da sua publicação, em observância ao princípio da anterioridade.

No que toca ao INCRA, os Decretos nºs 2.173, de 1997, e 5.256, de 2004, já haviam sido revogados nas competências de que trata da NFLD. Também foi mencionado a inexistente Lei nº 2.613, de 1965.

A respeito do SENAI, foi informado um "antigo" e "inexistente" Decreto-lei nº 6.246, de 1944, bem como o revogado Decreto nº 2.173, de 1997.

Por fim, fundamenta a cobrança nas contribuições destinadas ao Sesi e ao Sebrae com base no Decreto nº 2.173, de 1997.

Com base no princípio da legalidade, argumenta que o dispositivo legal supostamente infringido devia ser precisamente descrito pela Fiscalização sob pena de nulidade do lançamento fiscal. Aduz que a indicação errônea da fundamentação legal "dificulta e até

mesmo inviabiliza a Impugnante de se defender dos supostos débitos que lhe foram imputados".

Alega que não foram apresentados, no lançamento, os cálculos realizados pela Fiscalização para a correção do crédito a que faz jus a impugnante. Não foram demonstrados, também, os cálculos das compensações avaliados pelo sistema "Compensa". Conclui que não foram observados os artigos 293 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 6 de maio de 1.999, bem como os artigos 660 e 661 da Instrução Normativa MPS/SRP n.º 3, de 14 de julho de 2005.

Sem a apresentação dos cálculos, argui que ficou inviabilizada a elaboração de uma defesa adequada. Requer a declaração da nulidade da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD).

Na continuação, repisa as informações sobre a ação judicial promovida e sobre a impossibilidade de serem exigidas as contribuições incidentes sobre os adicionais em questão. A decisão judicial reconheceu o seu crédito contra o Fisco e autorizou a compensação em questão, afastando o disposto no artigo 170-A do Código Tributário Nacional (CTN), aprovado pela Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1.966.

Esclarece que as compensações realizadas sempre observaram o limite mensal de 30% dos débitos vincendos.

Argui que o mandado de segurança é instrumento constitucional para garantia de direitos por meio do qual o juiz dá uma ordem ao impetrado, o qual deve cumpri-la sob pena de incorrer no crime de desobediência judicial. Ademais, o recurso tem apenas o efeito devolutivo, o que torna a sentença passível de ser executada provisoriamente.

Conclui que a autoridade administrativa deva suspender a exigibilidade do crédito constituído até decisão final da demanda.

Aduz que, nos termos do artigo 63 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a multa não pode ser exigida.

Protesta, por fim, contra a utilização da taxa SELIC como juros de mora. Defende que este procedimento é inconstitucional, por afronta ao princípio de legalidade, e ilegal, por inobservância do disposto no § 1º do artigo 161 do CTN o qual determina que os juros devem ser disciplinados em lei complementar. Ademais, a taxa SELIC tem o objetivo de remunerar o capital, não de indenizar o Estado.

#### **Do Saneamento**

A fls. 157/158 (págs. PDF 171/172), foi juntada cópia de despacho da Seção de Contencioso Administrativo da Delegacia da Receita Previdenciária São Paulo — Oeste, proferido nos autos da NFLD n.º 35.435.193-1, no qual se requereu à Fiscalização que informasse quais os créditos da empresa decorrentes do Mandado de Segurança n.º 2002.61.00.014207-2.

Em resposta (págs. PDF 173/175), a Fiscalização informa a existência de planilhas, juntadas a fls. 162/166 (págs. PDF 176/180), que demonstram a origem do crédito (valores pagos a título de descanso semanal remunerado, hora extra, adicional de insalubridade e adicional de periculosidade).

A planilha de compensação, cuja cópia foi juntada a fls. 174/183 (págs. PDF 188/197), indica que estão impossibilitadas as compensações realizadas nas competências 04/2004 a 07/2004 e 09/2004 a 03/2005, reconhecidas quando do lançamento original. Ante ilegitimidade destas compensações, realizou-se a revisão da NFLD n.º 35.435.193-1, constituindo-se a NFLD n.º 35.842.756-8.

Relata a Fiscalização:

7- ( ...) Cabe-nos, ainda, informar que as competências arroladas às fls 160 referem-se ao mês imediatamente anterior, isto é, o mês 05/2004 refere-se na realidade ao mês 04/2004 e assim por diante. Esclarecemos também que os valores para glosa às fls 160 e relativos às competências 13/2004 e 03/2005 estão

incorretos porque: a) embora o valor do crédito (CRED) para 13/2004 seja R\$ 1920,76 (vide fls 40) o Sistema "SAFIS" aproveitou apenas a importância de **R\$ 1468,86**, o que se percebe através da verificação do processo nesta competência ; b) observa-se a mesma condição para a competência 0312005: o valor do crédito (**CRED**) foi computado como R\$ 689,87, mas na realidade o sistema "SAFIS" considerou apenas a importância de **R\$ 47,21**. Após tais explicações, o total a ser glosado é o de R\$ 52.076,63 e não conforme constou, isto é R\$ 53.171,19.

Com a juntada aos autos destas informações, das planilhas de atualização do crédito e das compensações realizadas pela impugnante emitidas pelo sistema "Compensa" (fls. 157/183), a Seção do Contencioso Administrativo, considerou saneado o processo, devolvendo à impugnante o prazo de defesa para complementá-la.

#### **Da Nova Manifestação da Impugnante**

A fls. 193/203, a impugnante apresenta sua manifestação.

Comunica que a Fiscalização confirmou a existência de decisão judicial que reconheceu seu direito à compensação das contribuições recolhidas em virtude de pagamento de adicionais de horas extras, de insalubridade, de periculosidade e noturno.

Em seguida, resume os argumentos favoráveis à tese defendida judicialmente: em suma, as verbas em questão não têm natureza remuneratória.

Salienta que a Fiscalização confirmou que a compensação realizada limitou-se a 30% do valor dos tributos vincendos, consoante o disposto no § 3º do artigo 89 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1.991.

Quanto ao valor crédito, destaca que a Fiscalização informa no item 3 de seu relatório que o crédito da empresa corresponde ao período de 02/96 a 01/2002, mas a planilha de fls. 162/166 indica que o crédito abrange o período de 01/1997 a 12/2000. "Em razão da adesão da empresa ao PAES — Parcelamento Especial, o direito ao crédito corresponde, tão-somente, ao período compreendido entre janeiro/1997 a dezembro/2000. Ou seja, este é o período que deveria ter sido considerado pela D. autoridade fiscal".

A planilha de fls. 167/173 traz a demonstração do crédito da empresa, o qual se refere ao período de fevereiro de 1997 a janeiro de 2001.

Afirma ter lhe causado espécie a apresentação de períodos de apuração desconexos ao crédito bem como a diferença entre as competências indicadas no relatório fiscal e nas planilhas apresentadas.

Sobre o item 4 do relatório fiscal, alega que não ficou claro se as planilhas de fls. 174/182 correspondem à atualização do crédito ou às compensações efetuadas.

Salienta "que as competências relativas aos valores para glosa, informadas no item 7, do relatório fiscal, não coincide, na totalidade, com a tabela 'Valores para glosa' apresentada, pela fiscalização, às fls. 183, não sendo possível, portanto, apurar o quanto alegado pela D. auditora fiscal".

#### **Da Segunda Diligência Fiscal**

Tendo em vista que foi alegado, nos autos da NFLD nº 35.435.193-1, o qual guarda estreita relação de conexão com a NFLD em julgamento, que a empresa havia pedido a compensação das contribuições declaradas em GFIP com o crédito decorrente do pedido de restituição protocolizado sob o número 36624.04958/2005-01, os autos foram baixados em diligência a fim de que a DRF de origem informasse eventual extinção do crédito exigido.

A Fiscalização relatou que o crédito correspondente ao valor compensado informado no pedido de restituição foi considerado ao reconhecer o crédito denominado "DNF".

Reconhece o direito creditório pleiteado pela empresa nos processos nº 36624.000952/2004-75 e 36624.004958/2005-01.

Salienta que a empresa foi orientada a retificar as GFIP a fim de se registrar corretamente o ocorrido, mas as retificações não foram providenciadas.

A fiscalizada foi informada da manifestação fiscal e instada a se manifestar no prazo de trinta dias.

A impugnante, a fls. 308/309 informa que a Fiscalização confirmou que a contribuinte possui crédito contra o Fisco e reitera o pedido pela total improcedência do lançamento.

## Da Decisão da DRJ

A 7<sup>a</sup> Turma da DRJ/CPS, em sessão de 21 de janeiro de 2010, no acórdão nº 05-28.006 (fls. 342/359), julgou a procedência parcial da impugnação, excluindo da tributação, na competência 1/2005, o valor de R\$ 610,58, por pagamento das contribuições destinadas a terceiros, conforme ementa abaixo reproduzida (fl. 342):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2004 a 31/03/2005

**COMPENSAÇÃO.** A compensação realizada pela contribuinte mediante autorização judicial deve observar os exatos termos da decisão. Qualquer compensação decorrente de crédito não reconhecido será glosada. Neste caso, o crédito tributário exigido pelo Fisco será executável e estará acompanhado das punições previstas na legislação tributária.

**ARGÜIÇÃO SOBRE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.** Não é de competência do julgador administrativo decidir sobre constitucionalidade de lei.

**CERCEAMENTO DE DEFESA.** Não cerceia o direito de defesa da impugnante a apresentação, no relatório de Fundamentos Legais do Débito (FLD), de normas revogadas, se o objetivo da Fiscalização é permitir à empresa o conhecimento da evolução legislativa. Também não cerceia o direito de defesa a indicação de lei com erro no seu ano de promulgação. Eventuais omissões sobre o cálculo elaborado pela Fiscalização podem ser sanados com a apresentação deles e a concessão de novo prazo para defesa.

**PEDIDO DE RESTITUIÇÃO.** Eventual crédito que a contribuinte tenha contra o Fisco em virtude de pedido de restituição não macula o lançamento Fiscal. O crédito existente poderá ser apresentado quando da cobrança da dívida fiscal.

**AÇÃO JUDICIAL.** Questões discutidas judicialmente não devem ser discutidas administrativamente, visto que a decisão judicial prevalecerá.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

## Do Recurso Voluntário

O contribuinte tomou ciência do acórdão da DRJ por via postal em 22/2/2010 (AR de fl. 366) e interpôs recurso voluntário em 24/3/2010 (fls. 370/383), com os mesmos argumentos da impugnação em relação as seguintes matérias:

(...)

### Preliminar

*Da capitulação incorreta da NFLD*

(...)

Acontece que a ora RECORRENTE, foi notificada do lançamento, tendo a Ilma. Auditora Fiscal capitulado como sendo uma das fundamentações legais do débito, o artigo 141 do Decreto 89.312/84, sendo que, o referido decreto possui apenas três artigos.

Além disso, outro fundamento legal utilizado para caracterizar a infração, foi o art. 48 do Decreto 2.173/97, o qual da mesma forma, também, contém apenas três artigos,

inexistindo o referido artigo 48, além do que, este diploma foi expressamente REVOGADO pelo Decreto 3.078/99.

Não suficiente, a Ilma. Auditora Fiscal, para fundamentar o débito, menciona os artigos 1º inciso I e artigo 12, incisos II e IV do anexo I do Decreto nº 569/92, muito embora este diploma também tenha sido revogado pelo Decreto 3.081/99, que, por sua vez, foi revogado pelo Decreto 3.838/01 e que também foi revogado pelo Decreto 4.419/02.

Além disso, cita também a MP 258/05, que, além de não ter eficácia, não se encaixa no período referido, assim como a lei 11.098 e o Decreto 5.469, ambos de 2005.

Quanto à GFIP, nas competências de 04/2004 a 7/2004, 9/2004 a 10/2004 e 11/2004 a 03/2005, foi citado o Decreto 2.803/98, não obstante este não tenha mais validade, pois o mesmo já foi também revogado pelo Decreto 3.048/99.

Da mesma forma ocorre também com a contribuição devida a terceiros, salário educação que, muito embora tenha sido citado o Decreto 2.173/99, deixou de observar a Ilma. Auditora que referido diploma também foi revogado pelo Decreto 3.048/99.

Nota-se também foi aplicado ao caso o termo da MP 222 de outubro de 2004, que posteriormente foi convertida na lei 11.098/05. Portanto, referido diploma também não poderia ser aplicado para eventos ocorridos antes deste período em respeito ao princípio da anterioridade.

O mesmo também ocorre quando a Ilma Auditora se refere à contribuição ao INCRA, em que se refere ao revogado Decreto 2.173/99 e cita também a Lei 2.613/65, inexistente em nosso ordenamento. Quanto ao SENAI cita um Decreto Lei de nº 6.246/44, também inexistente e, novamente, o já revogado Decreto 2.173/97, assim como nos casos das contribuições devidas ao Sesi e SENAI.

(...) não obstante tenha o órgão julgador *a quo*, descaracterizado tal infração, entendendo não ser ela suficiente para macular o lançamento, não se pode deixar de observer (*sic*) que em respeito aos princípios da legalidade e da motivação, deve a autoridade administrativa ser preciso quanto à fundamentação dos dispositivos (*sic*) legais supostamente infringidos pela conduta do contribuinte, questão esta fundamental para que possa lhe ser garantido, sem qualquer margem para dúvida, o pleno direito ao contraditório e à ampla defesa.

Portanto, na medida em que erroneamente fundamentadas as infrações supostamente cometidas, não pode ser outro o entendimento senão o de que a NFLD não encontra fundamento de validade suficiente para sua constituição, devendo ele ser considerado totalmente nula.

Assim, deve a r. decisão ser reformada neste ponto, para reconhecer a nulidade do NFLD nº 35.842.756-8.

## Mérito

### *Da insubsistência do débito do período de 04/2004 a 03/2005*

Como se verifica do acórdão ora recorrido, o órgão julgador *a quo* não reconheceu as compensações realizadas pelo contribuinte, acatando o entendimento apresentado pela Fiscalização, no que se refere à glosa dos créditos previdenciários bem como a imputação de multa e juros de mora sobre os valores exigidos.

Pois, bem, como se verifica dos autos e do teor da impugnação outrora apresentada, os créditos que foram objeto de compensação originaram-se da sentença proferida nos autos do mandado (*sic*) de segurança 2002.61.00.014207-2, da 7<sup>a</sup> Vara Federal de São Paulo, onde pleiteava o reconhecimento do seu direito de não ser compelida ao pagamento da contribuição patronal incidente sobre os valores pagos ao trabalhador a título de adicional de horas extras, insalubridade, de periculosidade e de trabalho noturno, bem como o direito de compensar os valores recolhidos a esse título, no período de janeiro de 1997 a dezembro, de 2000, com contribuições sociais arrecadadas pelo INSS.

A ação judicial acima citada, foi julgada procedente e a segurança concedida nos seguintes termos:

"Diante do exposto, julgando procedente a ação, CONCEDO A SEGURANÇA para o fim de exigir a impetrante do recolhimento da contribuição social, a cargo do empregador, incidente sobre os abonos de periculosidade, de insalubridade, de trabalho noturno e horas-extras e para reconhecer-lhe o direito de efetivar a compensação dos valores recolhidos a esse título com valores vincendos relativos à mesma contribuição social incidente sobre afolha de salário. (...)"

Assim, em conformidade com a decisão judicial, a Recorrente apurou corretamente o crédito no montante de R\$ 1.222.701,53, cujo valor foi atualizado até março de 2003, crédito este referente ao período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000.

Ora, tal como se verifica, foi assegurado à Recorrente o direito à plena compensação e, por esta razão, e nos limites da sentença proferida, a requerente efetuou as compensações com os créditos apurados com as contribuições devidas, restando-lhe ainda saldo credor no importe de R\$ 1.012.186,36.

A propósito, à época a decisão judicial em comento afastou, inclusive, a vedação imposta ao art. 170-A do CTN e também da Súmula 212 do E. Superior Tribunal de Justiça, de proceder a compensação do crédito, antes mesmo do trânsito em julgado da sentença.

Nobres Conselheiros, os valores que foram compensados, foram procedidos de acordo com o limite de 30% dos débitos vincendos, conforme estabelecido na decisão judicial e na legislação de regência, os quais foram verificados e reconhecidos pela Fiscalização, e que correspondem exatamente à parte dos débitos lançados na NFLD ora em debate.

Ora, a sentença proferida em sede de mandado de segurança tem por fim a emissão de uma ordem a ser observada pelo demandado de modo que o elemento eficacial a faz diferente das sentenças próprias do processo de conhecimentos. Como já mencionado na impugnação, Kazuo Watanabe afirma que "a sentença concessiva de mandado de segurança reclama o cumprimento específico da ordem do juiz sob pena de configuração do crime de desobediência e até mesmo dependendo do nível de autoridade pública a quem ela é dirigida, do crime de responsabilidade (cf. Watanabe, Kazuo, "Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer", in *Reforma do Código de Processo Civil*, coordenador Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, p. 24).

É fato que o referido *mandamus* foi reformado pelo E. Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região em sede de Apelação interposta pelo Instituto Nacional da Seguridade Social, contudo, a referida decisão ainda não transitou em julgado na medida em que desafia Recurso Especial, o qual ainda aguarda análise da sua admissibilidade.

Frise-se, desta forma que todo o procedimento adotado pela Recorrente, foi devidamente lastreado em decisão judicial, que reconheceu o crédito do contribuinte, assim sendo, fica demonstrada a sua boa-fé quando realizou as compensações nos estritos termos da decisão judicial, assim sendo, não há razão que justifique o lançamento realizado pela Fiscalização bem como a incidência da multa e juros de mora.

*Da insubsistência dos débitos objeto do pedido de operação concomitante (pedido de restituição nº 36624.004958/2005-01)*

Em sua impugnação, a Recorrente demonstrou que em data anterior à ciência da NFLD em debate, ingressou com novo pedido de restituição e retenção, processo nº 36624.004958/2005-01, tendo em vista também, que após as compensações dos valores retidos com a Contribuição devida na mesma competência, havia saldo excedente.

Constatada a existência dos débitos relativos às contribuições devidas ao INSS e conhecimentos de seus débitos, nesse processo, também, requereu operação

concomitante para liquidar os débitos que possui, referente à competência de agosto de 2003 em diante, com o crédito pleiteado para restituição no referido processo.

Assim, na medida em que os débitos objeto do presente processo foram objeto de operação concomitante (*sic*) com os créditos oriundos do processo nº 36624.004958/2005-01, e certo que estes débitos não devem subsistir (*sic*).

A propósito, no o termo de informação de fls. 283/287, que antecedeu o r. acórdão recorrido, o Ilmo. Auditor Fiscal assim dispôs:

**"14. Os valores constantes na coluna Valor Compensado foram apropriados na ocasião dos procedimentos fiscais, sendo que os valores referentes a dezembro/2003 a Mar/2004 foram considerados como créditos no processo 11.831.002416/2007-81, e os valores de Abril e Maio/2004, no processo 11.831.002410/2007-11 (...)"**

15. Desta forma, considerando que os valoress (*sic*) retidos foram efetivamente recolhidos pelos tomadores, e que os valores de compensação embora aproveitados nos procedimentos fiscais, foram inferiores aos valores retidos, somos da opinião de que a empresa é detentora dos créditos constantes na coluna **Valor Restituir**" (original sem grifo)

O fato, Ilmos Conselheiros, é que não obstante o crédito tenha sido efetivamente reconhecido pela Fiscalização, como se verifica do v. acórdão, tal questão ignorada pelo Relator que, assim entendeu:

"Por outro lado, na cópia do processo 36624.004958/2005-01, em apenso, não consta decisão a respeito do direito creditório pleiteado."

Em outro momento assim dispôs:

"A operação concomitante em discussão é questão atinente à cobrança do crédito, não à sua procedência. Não é competência da Delegacia da Receita Federal de Julgamento (DRJ) discutir os procedimentos de cobrança do crédito tributário."

Ora, ainda que não lhe cumpra a atribuição de discutir a cobrança de crédito, o Ilmo. Julgador não poderia ter deixado de observar que o direito creditório constante do processo 36624.004958/2005-01, foi efetivamente reconhecido pelo órgão competente (*sic*), o que, inclusive, justificou a diligência no curso do processo administrativo.

Assim, sendo certo que a *RECORRENTE FAZ JUS AO CRÉDITO PLEITEADO*, e consequentemente às compensações pleiteadas no pedido de operação concomitante (*sic*), resta extinto os débitos lançados na NFLD em questão.

Nobres Julgadores, acerca da questão acima apontada se comprova que, a partir da análise dos autos, fica de sobremaneira claro que ao proceder seu voto, o órgão julgador *a quo*, partiu de premissa fática equivocada na medida em que não observou relevante fundamento apontado pela própria fiscalização, qual seja, o reconhecimento do crédito pleiteado pelo Recorrente nos autos do processo 36624.004958/2005-01.

**Ora, certamente que se tivesse levado em consideração o teor contido na informação fiscal de fls. 283 /287, não poderia sob hipótese alguma sustentar que "não consta decisão a respeito do crédito pleiteado" pois claro está que ela existe e que é favorável à Recorrente.**

Assim, deve este este (*sic*) C. Conselho, reformar o r. acórdão em debate para reconhecer o pedido de compensação (*sic*) realizado pela Recorrente, uma vez que reconhecido o crédito objeto do processo 36624.004958/2005-01, bem como a existência do pedido de operação concomitante em relação aos débitos posteriores a agosto/2003. Devendo, os correspondentes (*sic*) débitos lavrados na NFLD 35.842.756-8, serem extintos.

*Da inaplicabilidade da Taxa Selic*

Outra questão também que não pode deixar de ser combatida, muito embora tenha o Órgão Julgador *a quo*, também a rejeitado, diz respeito à aplicação da taxa Selic sobre os juros nos débitos fiscais, previsto no art. 84 da Lei 8.981/95, com redação dada pelo art. 9.065/95.

Tal como preceitua o art. 5º, inciso II da Constituição Federal, ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, senão em virtude de lei. Extrai-se, daí, o princípio da legalidade que compreende o princípio da hierarquia das leis segundo o qual, o conjunto normativo se assenta de acordo com a procedência das normas superiores em relação às normas inferiores e o princípio da reserva legal, que prescreve que só a lei poderá regular direitos fundamentais.

Nesta mesma esteira, o art. 150, inciso I da Constituição Federal dispõe que é vedado à União, Estados e Municípios e ao Distrito Federal exigir ou aumentar tributos sem lei ou que assim o estabeleça.

Analizando-se tais dispositivos, em cotejo com o disposto no art. 146, inciso II da Carta Magna (*sic*), o qual dispõe que cumpre à lei complementar dispor sobre matérias pertinentes às limitações constitucionais (*sic*) ao poder de tributar, não pode ser outra a conclusão senão a de que a matéria dessa ordem, como é o caso da estipulação de índice de juros dos débitos tributários, não poderia ser regulamentada por lei ordinária.

A propósito, o art. 161 do Código Tributário Nacional, que foi recepcionado pela Constituição Federal em vigor, como Lei Complementar, em seu art. 161, §1º, é clara em dispor que o crédito tributário não integralmente pago à época do vencimento deverá ser o acréscido de juros de mora, calculado à taxa de 1% ao mês, salvo disposição de lei em contrário.

Vale lembrar, no entanto, que a referida disposição de lei em contrário, em consonância com os ditames constitucionais, se refere à lei complementar, uma vez que somente diploma de mesma hierarquia poderia modificar a referida disposição prevista no art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional.

Insta salientar ainda que a taxa Selic foi instituída com o fim de remunerar o capital investido na compra de títulos da dívida pública federal, o que se pode depreender, portanto, que possui (*sic*) ela natureza remuneratória e não apenas moratória.

Assim, uma vez demonstrada a inaplicabilidade (*sic*) da taxa Selic como foram que atulizar (*sic*) os juros de mora dos débitos previdenciários, tendo em vista que a sua instituição infringiu princípios basilares do Sistema Tributário Nacional da Constituição Federal, é certo que, também, a r. decisão recorrida deve ser reformada neste ponto.

#### **PEDIDO**

Por todo o exposto, REQUER seja dado integral provimento ao presente Recurso Voluntário anulando-se, desta forma integralmente a NFLD nº 35.435.193-1, eis que desta forma este C. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais estará agindo com a costumeira e mais lídima Justiça!

O presente recurso compôs lote sorteado para esta relatora em sessão pública.

É o relatório.

#### **Voto**

Conselheira Débora Fófano dos Santos, Relatora.

O recurso voluntário é tempestivo e preenche os requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

Em linhas gerais, no recurso apresentado, preliminarmente o contribuinte arguiu a nulidade da NFLD por capituloção incorreta, uma vez que a autoridade lançadora utilizou fundamentação legal inexistente ou revogada e as questões meritórias gravitam em torno das seguintes alegações: (i) insubsistência do débito em relação ao período de 4/2004 a 3/2005, originário de sentença proferida nos autos do mandado de segurança 2002.61.00.014207-2 da 7<sup>a</sup> Vara Federal de São Paulo, onde pleiteava o reconhecimento do seu direito de não ser compelida ao pagamento da contribuição patronal incidente sobre os valores pagos ao trabalhador a título de adicional de horas extras, insalubridade, periculosidade e de trabalho noturno, bem como o direito de compensar os valores recolhidos a esse título, no período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000, com contribuições sociais arrecadadas pelo INSS; (ii) insubsistência dos débitos objeto do pedido de compensação concomitante (pedido de restituição nº 36624.004958/2005-01) e (iii) inaplicabilidade da taxa SELIC.

### Preliminar de Nulidade – Capituloção Incorreta da NFLD

Em sede de preliminar o Recorrente reclama a nulidade do lançamento por cerceamento de defesa em relação à alegada existência de inexatidão de capituloção da fundamentação legal.

Inicialmente, oportunamente a transcrição do artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 6 de março de 1972 que dispõe sobre a nulidade no âmbito do processo administrativo fiscal:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

A atividade administrativa do lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional do agente, nos termos do artigo 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

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.

No caso em análise não há que se falar em nulidade, porquanto todos os requisitos previstos no artigo 10 do Decreto nº 70.235 de 1972, que regula o processo administrativo fiscal, foram observados quando da lavratura do auto de infração.

A propósito, cumpre enfatizar, reportando-nos aos fundamentos deduzidos na decisão de primeira instância, que a apresentação da evolução histórica das normas que atribuem competência para “fiscalizar, arrecadar e cobrar” e, dentre elas, a indicação de normas revogadas, não impede que o impugnante conheça a fundamentação legal, uma vez que a

legislação vigente sempre foi mencionada pela fiscalização. O único equívoco realmente constatado foi na menção do ano da Lei nº 2.613 de 1955, indevidamente informado como “1965”, mas tais fatos não impediram o Recorrente de se defender, não sendo plausível a aceitação da tese de nulidade do lançamento.

Nota-se que, com as informações constantes nos autos, foi perfeitamente possível a defesa, não havendo qualquer omissão ou dúvida no que diz respeito ao lançamento ou à decisão de primeira instância, tanto não houve, que o Recorrente se defendeu plenamente em relação às questões meritórias.

Posta assim a questão, resta claro que não houve cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, pois para a sua caracterização era necessário que o mesmo demonstrasse de forma concreta qual foi o prejuízo sofrido.

Nesse passo, não há como ser acolhida a preliminar de nulidade em relação aos fatos arguidos.

## Mérito

### **Da Alegação de Insubsistência dos Débitos do Período de 4/2004 a 3/2005**

O contribuinte alega a insubsistência do débito em relação ao período de 4/2004 a 3/2005, originário de sentença proferida nos autos do mandado de segurança 2002.61.00.014207-2 da 7ª Vara Federal de São Paulo, onde pleiteava o reconhecimento do seu direito de não ser compelida ao pagamento da contribuição patronal incidente sobre os valores pagos ao trabalhador a título de adicional de horas extras, insalubridade, periculosidade e de trabalho noturno, bem como o direito de compensar os valores recolhidos a esse título, no período de janeiro de 1997 a dezembro de 2000, com contribuições sociais arrecadadas pelo INSS.

A despeito do assunto, convém ressaltar que tal matéria, objeto do processo nº 11831.002422/2007-3 do próprio contribuinte, já foi analisada por este órgão colegiado, em sessão de 13 de agosto de 2014, no acórdão nº 2302-003.334 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, 8, a seguir reproduzido, o qual utilizei como razão de decidir nos presentes autos:

(...)

#### **1.2 – Do crédito utilizado na compensação dos débitos:**

A presente autuação decorre de glossa de compensação cujos créditos foram apurados pelo contribuinte por força da decisão judicial proferida no Mandado de Segurança nº 2002.61.000142072.

Em julgamento anterior, perante o Conselho Administrativo de Recurso Fiscais, os autos foram convertidos em diligência para o fim de intimar o contribuinte para anexar aos autos uma certidão atualizada do processo de modo a possibilitar esta Relatora saber quais os termos da decisão judicial proferida pela Corte Superior.

Intimado o contribuinte, não se manifestou.

Na busca pela verdade material, foi cautelosamente examinado todo o trâmite do *mandamus* de modo a aferir a legalidade das compensações.

Pois bem! O contribuinte impetrou o Mandado de Segurança (nº 2002.61.000142072) em 10.07.2002, conforme informações obtidas no site da Justiça Federal de São Paulo (<http://www.jfsp.jus.br/forunsfederais/>), com a finalidade de deixar de recolher as contribuições previdenciárias incidentes sobre o adicional noturno, hora extra, adicional de insalubridade e periculosidade, bem como, de ser restituído, via compensação, pelos pagamentos efetuados, nestas rubricas, desde fevereiro/1996.

Em 1º grau, a segurança foi concedida para fim de eximir a empresa do recolhimento da contribuição social, a cargo do empregador, incidente sobre os abonos de

periculosidade, adicional noturno, hora extra e adicional de insalubridade, reconhecendo, ainda, o direito de efetivar a compensação dos valores recolhidos a esse título com valores vincendos relativos à mesma contribuição social incidente sobre a folha de salários, observado o prazo de dez anos a contar da data do fato gerador até o ajuizamento da ação (fls. 82).

Inconformado, o Instituto Nacional de Seguridade Social apelou ao Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região. No julgamento, a 2<sup>a</sup> Turma, por maioria de voto, deu provimento à Apelação e à Remessa Oficial, julgando improcedente a impetrada. Tais foram as razões:

- a) Que em decorrência das guias de recolhimento acostadas demonstrarem que as contribuições foram pagas no período compreendido entre 04/03/96 e 04/02/2002, apenas parte delas encontrar-se-iam com lapso temporal superior aos cinco anos, anteriores ao ajuizamento da ação (10/07/2002). Nesta ótica, só poderiam ser compensadas, desde que indevidas, as contribuições realizadas depois de 11/07/1997 e comprovadas nesta ação. Por isso, em relação às parcelas anteriores a 11/07/1997 restaria configurada a caducidade do direito à devolução dos valores pagos.
- b) Que em relação ao pagamento efetuado ao empregado a título de adicional noturno, hora extra, insalubridade e periculosidade, incide contribuição previdenciária, nos termos da Súmula nº 60 TST, em razão de seu caráter salarial.

Ainda em consulta ao site do Tribunal Regional Federal, verifiquei que a empresa apresentou Recurso Especial (em 03/06/2009), sendo inadmitido. Inconformada, interpôs Agravo de Instrumento para subida dos autos à Corte Superior. No julgamento, o Ministro Herman Benjamin, monocraticamente, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão do Tribunal *a quo* ([https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&seguencial=11619751&num\\_registro=201001326521&data=20100910&tipo=0&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&seguencial=11619751&num_registro=201001326521&data=20100910&tipo=0&formato=PDF)). **Em 28/09/2010 houve o trânsito em julgado.**

Como se infere, não obstante a decisão de 1º grau tenha reconhecido o crédito do contribuinte referente às contribuições pagas sobre os pagamentos efetuados aos empregados a título de adicional noturno, hora extra, insalubridade e periculosidade, as decisões proferidas pelos Tribunais, em sede de recurso, alteraram o conteúdo, negando o direito.

Diante de todo o exposto, reputo devido o lançamento, porquanto tendo a compensação fundamento no Mandado de Segurança nº 2002.61.000142072, sendo esta ação julgada improcedente, torna legítima a glosa por inexistir crédito do contribuinte.

(...)

Nesse passo, semelhantemente ao relatado na decisão retro transcrita, uma vez que a compensação foi fundada em liminar em mandado de segurança, cuja ação foi posteriormente julgada improcedente, inexistindo crédito a favor do contribuinte, irreparável o procedimento fiscal ao glosar a compensação efetuada pelo contribuinte e, nesse sentido, também a decisão de primeira instância.

#### **Da Alegação de Insubsistência dos Débitos Objeto do Pedido de Compensação Concomitante (pedido de restituição nº 36624.004958/2005-01)**

O Recorrente alegou que em sua impugnação demonstrou que em data anterior à ciência da NFLD em debate, ingressou com novo pedido de restituição e retenção, formalizado no processo nº 36624.004958/2005-01, uma vez que, após as compensações dos valores retidos com a contribuição devida na mesma competência, ainda havia saldo excedente.

Informou, ainda, que constatada a existência de débitos relativos às contribuições devidas ao INSS, nesse mesmo processo, também, requereu operação concomitante para liquidar

os débitos que possuía, referente à competência de agosto de 2003 em diante, com o crédito pleiteado para restituição no referido processo.

Concluindo, assim, que os débitos do presente processo não devem subsistir na medida em que foram objeto de operação concomitante com os créditos oriundos do processo n.º 36624.004958/2005-01.

Inicialmente, cumpre observar, que a autoridade lançadora assim se manifestou no Termo de Informação Fiscal, no que diz respeito ao processo de restituição 36624.004958/2005-01 (fls. 307/309):

(...)

**Processo Restituição 36624.004958/2005-01**

9. Após a constatação da existência de débitos em outras competências, o contribuinte protocolou o Requerimento de Restituição de Valores no qual menciona os seguintes valores, não integrantes do Processo de Restituição anterior:

Competencia	Contrib. Devida	Retenção	Valor Compensado	Valor Restituir
dez/03	417.592,52	286.824,87	257.898,56	28.926,31
jan/04	202.038,29	149.614,62	137.519,64	12.094,98
fev/04	196.989,71	146.777,21	133.549,58	13.227,63
mar/04	198.445,86	232.134,83	135.078,70	97.056,13
abr/04	231.384,34	177.711,08	130.057,43	47.653,65
mai/04	44.573,67	43.687,65	29.335,16	5.932,38

10.Os valores correspondentes a Contribuição Devida coincidem com os valores apurados nos procedimentos fiscais, antes das deduções e sem os valores referentes a Terceiros, conforme se verifica no relatório DAD — DISCRIMINATIVO ANALÍTICO DE DEBITO.

11.Os valores constantes na coluna VALOR RETIDO foram verificados no processo de restituição supracitado, por meio do confronto entre os valores declarados pelo contribuinte com as cópias das NF apresentadas. Tomando como exemplo, o Valor Retido correspondente à competência Dez/2003, no valor de R\$ 286.824,87, está justificado pela soma dos valores destacados como Retenção de 11 % s/ serviços, das NF anexadas às fls. 134 a 298, e o valor de Mar/2004, constam nas fls. de 654 a 755.

11.1. Os valores retidos declarados pela empresa foram consultados no sistema PLENUS, conforme relatório anexo, e constam como efetivamente recolhidos.

12.Os valores constantes na coluna Valor Compensado foram apropriados na ocasião dos procedimentos fiscais, sendo que os valores referentes a Dez/2003 a Mar/2004 foram considerados como créditos no processo 11831.002416/2007-81, e os valores de Abril e Maio/2004, no processo 11831.002410/2007-11, conforme é possível verificar pela análise dos respectivos relatórios RDA — RELAÇÃO DE DOCUMENTOS APRESENTADOS.

13. Desta forma, considerando que os valores retidos foram efetivamente recolhidos pelos tomadores, e que os valores de compensação embora aproveitados nos procedimentos fiscais, foram inferiores aos valores retidos, somos da opinião de que a empresa é detentora dos créditos constantes na coluna VALOR RESTITUIR.

14.Todavia, vale ressaltar que, embora a empresa tenha sido orientada durante a ação fiscal anterior de que deveria entregar novas GFIPs para fazer constar essas informações, até a presente data não houve alterações dessas GFIPs.

(...)

Depreende-se do texto acima reproduzido que, não obstante o fato da autoridade lançadora entender ser a empresa detentora dos créditos relacionados na tabela de fl. 308, objeto

do “Requerimento de Restituição de Valores”, protocolado no processo nº 36624.004958/2005-01, todavia, não foi possível acolhê-los tendo em vista que a empresa deixou de apresentar novas GFIPs para fazer constar tais informações, apesar de ter sido orientada anteriormente acerca de tal necessidade.

Por seu turno, em relação ao tema, oportuna a reprodução do seguinte excerto da decisão de primeira instância (fls. 356/359):

(...)

#### **Do Crédito dos Valores Retidos pelas Empresas Prestadoras de Serviços**

Realmente, foi constatado que a impugnante pediu restituição dos valores retidos por empresas prestadoras de serviços em observância ao disposto no artigo 31 da Lei nº 8.212, de 1991.

O direito creditório foi reconhecido no processo nº 36624.000952/2004-75, apensado ao Processo nº 11831.002416/2007-81 (NFLD nº 35.435.193-1). É relevante, no entanto, frisar que o crédito que a empresa possuía já foi aproveitado. A fls. 417 do Processo nº 36624.000952/2004-75, verifica-se que a operação concomitante foi realizada, mas os créditos tributários extintos foram objeto do Parcelamento Especial (PAES) instituído pela Lei nº 10.864, de 2003.

A fls. 418/430 do Processo 36624.000952/2004-75 verifica-se que o crédito da impugnante foi utilizado para pagar integralmente as parcelas de 02 a 10 e parcialmente a parcela 11 do Parcelamento Especial. Por conseguinte, o crédito não pode ser utilizado para abater a NFLD em julgamento.

Por outro lado, na cópia do processo nº 36624.004958/2005-01, em apenso, não consta decisão a respeito do direito creditório pleiteado.

Ora, a procedência do lançamento em julgamento jamais foi reconhecida pela impugnante, a qual alega que as compensações foram realizadas em conformidade com a decisão judicial. Não vejo como o pedido de operação concomitante, que versa sobre contribuições previdenciárias em relação às quais a impugnante reconhece a falta de recolhimento, possa ter relação com o presente lançamento. Transcrevo a conclusão do requerimento de operação concomitante (fls. 124 do processo apensado):

Face todo o exposto, requer seja deferida a operação concomitante, nos termos do artigo 224, da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003, para liquidar os valores devidos ao INSS, referentes às competências de agosto de 2003 em diante, até o limite do montante a ser restituído, acrescido de atualização pelos mesmos índices utilizados pelo INSS para a cobrança de contribuições em atraso.

Como, do pedido de operação concomitante, não se pode inferir que a autuada reconheceu a improcedência das compensações realizadas, não vejo como ele possa macular o lançamento em julgamento.

As contribuições retidas pelas empresas tomadoras de serviços são contribuições previdenciárias, não contribuições destinadas aos Terceiros. Logo, mesmo que o direito creditório seja reconhecido pela DRF competente, não haverá, compensação com as contribuições sociais destinadas a outras entidades, nos termos do artigo 133 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009:

Art. 133. A empresa contratada poderá consolidar, num único documento de arrecadação, por competência e por estabelecimento, as contribuições incidentes sobre a remuneração de todos os segurados envolvidos na prestação de serviços e dos segurados alocados no setor administrativo, bem como, se for o caso, a contribuição social previdenciária incidente sobre o valor pago a cooperativa de trabalho relativa à prestação de serviços de cooperados, compensando os valores retidos com as contribuições devidas à Previdência Social por qualquer de seus estabelecimentos.

Naturalmente, na impugnação, a empresa vincula o direito creditório pleiteado no Processo n.º 36624.004958/2005-01 à NFLD em julgamento. Todavia, a vinculação é posterior e não pode macular o lançamento fiscal. A operação concomitante em discussão é questão atinente à cobrança do crédito, não à sua procedência. Não é competência da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) discutir os procedimentos de cobrança do crédito tributário. O órgão julgador deve apenas decidir a respeito da procedência do crédito, nos termos do artigo 212 do Regimento Interno da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), aprovado pela Portaria MF n.º 125, de 4 de março de 2009:

Art. 212. Às Delegacias da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ, órgãos com jurisdição nacional, compete, especificamente, julgar, em primeira instância, processos administrativos fiscais:

I - de determinação e exigência de créditos tributários, inclusive devidos a outras entidades e fundos, e de penalidades;

II - relativos a exigência de direitos antidumping, compensatórios e de salvaguardas comerciais; e III - de manifestação de inconformidade do sujeito

passivo contra apreciações das autoridades competentes relativos à restituição, compensação, resarcimento, reembolso, imunidade, suspensão, isenção e à redução de alíquotas de tributos e contribuições.

§ 1º O julgamento de impugnação de penalidade aplicada isoladamente em razão de descumprimento de obrigação principal ou acessória será realizado pela DRJ competente para o julgamento de litígios que envolvam o correspondente tributo ou contribuição.

§ 2º O julgamento de manifestação de inconformidade contra o indeferimento de pedido de restituição, resarcimento ou reembolso, ou a não-homologação de compensação será realizado pela DRJ competente para o julgamento de litígios que envolvam o tributo ou contribuição ao qual o crédito se refere.

Concluído que as restituições e as operações concomitantes requeridas não maculam o lançamento fiscal, resta dizer que a Fiscalização aceitou as compensações que haviam sido realizadas, registrando-as como crédito "DNF", como bem explicado no despacho de fls. 283/287.

(...)

Reportando-nos às considerações acima, impende destacar os seguintes pontos:

- (i) O direito creditório reconhecido no processo n.º 36624.000952/2004-75, que à época estava apensado ao processo n.º 11831.002416/2007-81 (NFLD n.º 35.435.193-1), já foi integralmente aproveitado. A operação concomitante foi realizada, mas os créditos tributários extintos foram objeto do Parcelamento Especial (PAES) instituído pela Lei n.º 10.864 de 2003. O crédito do impugnante foi utilizado para pagar integralmente as parcelas de 2 a 10 e parcialmente a parcela 11 do Parcelamento Especial. Por conseguinte, o crédito não pode ser utilizado para abater a NFLD em julgamento.
- (ii) No processo n.º 36624.004958/2005-01, que encontrava-se apenso aos presentes autos quando do julgamento de primeira instância, não consta decisão a respeito do direito creditório pleiteado. Mesmo sem ter sido objeto de análise, em consulta ao “Comprot” verificou-se que o mesmo encontra-se arquivado, conforme cópia extraída do referido sistema e anexada abaixo e
- (iii) Na impugnação, a empresa vincula o direito creditório pleiteado no processo n.º 36624.004958/2005-01 à NFLD em julgamento. Todavia, a vinculação é posterior e não pode macular o lançamento fiscal. A operação

concomitante em discussão é questão atinente à cobrança do crédito, não à sua procedência. Não é competência da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) discutir os procedimentos de cobrança do crédito tributário. O órgão julgador deve apenas decidir a respeito da procedência do crédito.

24/05/2021

Comprot - Página inicial

Ministério da Fazenda  
**Comprot - Comunicação e Protocolo**

**Consulta de Processo**

Dados Básicos   Movimentos   Posicionamentos

**Dados do Processo**

Número: 36624.004958/2005-01  
Data de Protocolo: 04/12/2007  
Documento de Origem: RQO27062005  
Procedência:  
Assunto: RESTITUICAO - ASSUNTOS PREVIDENCIARIOS  
Nome do Interessado: GEOTEMI CONSTRUCOES E PROJETOS LTDA  
CNPJ: 61.017.745/0001-58  
Tipo: Digital  
Sistemas: Profisc: Não e-Processo: Sim SIEF: Controlado pelo SIEF

**Localização Atual**

Órgão de Origem: EQ PREP ANALISE PROCESSOS-DRF-OSASCO-SP  
Órgão: ARQUIVO DIGITAL ORGAOS CENTRAIS-RFB-MF  
Movimentado em: 22/08/2019  
Sequência: 0012  
RM: 10622  
Situação: ARQUIVADO  
UF: DF

Este documento não indica a existência de qualquer direito creditório.

De todo o exposto, resta concluir-se, ter sido acertada a decisão de primeira instância, não merecendo qualquer reparo, uma vez que, conforme bem pontuado pelo *juízo a quo*, nos presentes autos se discute exclusivamente a procedência ou não do crédito tributário lançado, não se confundindo com o direito creditório pleiteado pelo contribuinte em processo diverso, no caso, no processo nº 36624.004958/2005-01. De modo que, a existência de eventual crédito poderá ser discutida quando da cobrança da dívida fiscal.

Sem embargo de tudo o que já foi dito, é mister que se esclareça ser de competência da unidade administrativa da circunscrição fiscal do contribuinte a análise em relação aos eventuais créditos pleiteados pelo contribuinte no processo nº 36624.004958/2005-01.

### **Da Taxa SELIC**

No tocante à discordância do Recorrente quanto à utilização da taxa SELIC para cálculo de juros de mora, é de se ressaltar que tal temática é recorrente neste colegiado que tem entendimento sedimentando no sentido reconhecer a legalidade da incidência de juros SELIC, conforme se depreende dos enunciados de Súmulas abaixo reproduzidos:

#### **Súmula CARF nº 2:**

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a constitucionalidade de lei tributária.

#### **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. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Pertinente, ainda, deixar consignado que, a teor do disposto na Súmula CARF nº 108, a seguir reproduzida os juros moratórios incidem sobre o valor correspondente à multa de ofício:

#### **Súmula CARF nº 108**

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. (**Vinculante**, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Portanto, sendo a atividade de lançamento vinculada e obrigatória sob pena de responsabilidade funcional, não há margem para qualquer discretionariedade por parte do fisco no momento da constituição do crédito tributário para não exigir a multa de ofício e os juros de mora em virtude do descumprimento a destempo da obrigação tributária por parte do contribuinte.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da decisão de primeira instância.

#### **Conclusão**

Por todo o exposto e por tudo mais que consta dos autos, vota-se em negar provimento ao recurso voluntário nos termos do voto em epígrafe.

Débora Fófano dos Santos