



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

Processo n° 10384.001604/2010-40
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-005.071 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de abril de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MUNICIPIO DE AMARANTE
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2009

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. HORA EXTRA. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS.

É devida a incidência da contribuição previdenciária sobre verbas pagas a título de horas extras e terço constitucional de férias.

Apenas as decisões definitivas de mérito exaradas na sistemática prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, devem ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

DIREITO CREDITÓRIO. ÔNUS DA PROVA.

A comprovação do direito creditório compete a quem dele se aproveita, sendo dever do contribuinte apresentar elementos modificativos, impeditivos ou extintivos do direito de constituição do crédito tributário devidamente exercido pelo Fazenda Nacional.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar arguida e, no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Débora Fófano Dos Santos, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiya, Sheila Aires Cartaxo Gomes (suplente convocada), Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente). Ausente o conselheiro Daniel Melo Mendes Bezerra.

Relatório

O presente processo trata de recurso voluntário impetrado em face do Acórdão 02-59.559, de 18 de agosto de 2014, exarado pela 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte (fl. 356 a 366), que assim relatou a lide administrativa:

Trata-se de crédito lançado contra o Município de Amarante – Prefeitura Municipal que, de acordo com o relatório fiscal de fls. 10 a 17, refere-se à contribuição da empresa resultante de glosas por compensações indevidas, no período de 03/2009 a 10/2009, no valor de R\$ 251.469,80, consolidado em 20/4/2010.

As compensações foram realizadas pelo contribuinte sob o argumento de que foram incluídas na base de cálculo rubricas que não compõem o salário-de-contribuição, como: remunerações de agentes políticos no período de 02/1998 a 09/2004; horas extras de 03/2001 a 04/2004, 12/2004 a 03/2005, 06/2005, 12/2005 a 01/2006, 03/2006, 06/2006, 11/2006, 03/2007, 02/2009 e 04/2009; terço constitucional de férias de 01/2000 a 02/2000, 04/2000 a 07/2000, 10/2000 a 11/2000, 02/2001 a 05/2001, 07/2001 a 10/2001, 12/2001 a 08/2004, 12/2004 a 03/2005, 05/2005 a 11/2006, 01/2007 a 05/2007, 07/2007 a 08/2008, 10/2008 a 07/2009; ajuda de custo de 01/2004 a 04/2004, 06/2004 a 07/2004; e abono pecuniário de férias de 01/2000 a 04/2001, 07/2001, 06/2003 a 09/2003, 05/2004, 09/2004, 11/2004 a 12/2004, 09/2005 a 01/2006, 03/2006 a 04/2006, 08/2006 a 12/2006, 02/2007 a 03/2007, 07/2007 a 09/2007, 12/2007 a 08/2008 e 10/2008 a 07/2009.

Segundo a fiscalização a glosa da compensação realizada pelo autuado se deu em razão dos seguintes fatos:

- no período de 01/1999 a 13/2000, 08/2004 e 09/2004 os valores declarados em GFIP como devidos à previdência social foram superiores aos efetivamente recolhidos;*
- não foi observado o prazo prescricional para proceder à compensação;*
- as remunerações dos vereadores não foram declaradas em GFIP, assim, não integraram a base de cálculo das contribuições, no período de 02/1998 a 09/2004;*
- a compensação, ainda que devida, somente poderia ser realizada pela própria Câmara Municipal de Amarante – PI;*
- os valores pagos a título de horas extras, terço constitucional de férias, ajuda de custo e abono pecuniário integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias;*
- nos anos de 2008 e 2009, as remunerações dos segurados do RGPS declaradas em GFIP foram inferiores aos valores informados nas folhas de pagamento da Prefeitura.*

O contribuinte teve ciência da autuação, em 27/4/2010, e apresentou impugnação em 26/5/2010, fls. 312 a 332, alegando em síntese:

PRESCRIÇÃO DECENAL. CORRETA INTERPRETAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR 118/2005 E DA SÚMULA VINCULANTE 08/STF.

Alega que a prescrição para compensação ou restituição dos tributos sujeitos a lançamento por homologação indevidamente pagos antes da vigência da LC 118/2005 é de cinco anos, após o decurso de cinco anos do prazo para homologação tácita.

Diz que as normas internas não podem contrariar disposições do CTN.

Argumenta que o STJ considerou que os fatos geradores de tributos sujeitos a lançamento por homologação ocorridos antes da vigência da LC 118 ainda estariam sujeitos à antiga sistemática do 5+5, ou seja, o prazo para compensação ou restituição de tais tributos seria de 10 anos.

CRÉDITO DOS AGENTES POLÍTICOS

Informa que as compensações relativas ao período de 02/1998 a 09/2004 foram efetuadas com fundamentado em sentença judicial transitada em julgado, consubstanciada no acórdão STF – RE 351.717, cujos efeitos da declaração de inconstitucionalidade foram estendidos pela Resolução do Senado Federal 26/2005.

Diz que possui um crédito a ser recuperado de R\$ 613.997,89, conforme planilha de valores atualizados apresentada à fiscalização.

CRÉDITO DAS PARCELAS INDENIZATÓRIAS. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. HORAS EXTRAS. AJUDA DE CUSTO. ABONO DE FÉRIAS

Informa que seu crédito relativo às contribuições recolhidas sobre verbas indenizatórias alcança o valor de R\$ 317.308,15, atualizado pela Selic.

Alega que não há incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, horas extras, ajuda de custo e abono de férias. Cita decisões judiciais.

Argui que citadas verbas não incorporam o salário do contribuinte para fins de aposentadoria, assim, não devem compor a base de cálculo da contribuição previdenciária a ser recolhida pela empresa.

Alega que a não incidência de contribuição sobre a ajuda de custo paga ao empregado para ressarcir gasto com transporte está albergado pelo inciso XII do § 9º do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social, bem como no artigo 58, inciso XII, da Instrução Normativa RFB 971/2009.

Diz que a não incidência de contribuição sobre o abono pecuniário está positivada na mesma Instrução Normativa, artigo 58, inciso V, alínea “h”.

**PARCELAMENTOS REALIZADOS PELO MUNICÍPIO.
POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO.**

Diz que não há impedimento legal para que o Município compense os valores regularmente pagos através de parcelamento.

Alega que, caso os recolhimentos indevidos não sejam compensados pelo Município, somente seria possível a sua compensação de ofício pela Receita Federal.

Entretanto, não se deve considerar o contribuinte em débito enquanto estiver suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

Diz que o artigo 74, § 3º, IV, da Lei 9.430/1996, com a redação dada pela Lei 10.637/2002, determina que não poderão ser objeto de compensação os débitos consolidados em qualquer modalidade de parcelamento, sendo claro que a IN SRF 600/2005 extrapolou os limites legais, pois a compensação de ofício só pode ser feita com débitos vencidos e exigíveis do contribuinte.

Entende que deve ser afastada a aplicação do artigo 34, § 1º, da IN SRF 600/2005, porque o ato administrativo mais recente (IN SRF/SRP 629/2006) sequer fala em tal possibilidade relativa à hipótese de débitos parcelados.

Aduz que é facultado ao contribuinte requerer o ressarcimento dos valores indevidamente incluídos em parcelamento especial ou a sua compensação com outros débitos, não sendo admitido que a própria RFB proceda à compensação de ofício.

Alega que é legítima e que deve ser homologada a compensação objeto da presente autuação.

**POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES
RECOLHIDOS PELA CÂMARA MUNICIPAL**

Requer o reconhecimento de sua legitimidade para compensar as contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas pela Câmara Municipal, sob os seguintes argumentos:

- a) a Câmara Municipal não possui personalidade jurídica;*
- b) ela possui, apenas, personalidade judiciária, só podendo demandar em juízo para defender seus direitos institucionais;*
- c) é do Município a legitimidade, e não da Câmara de Vereadores, para realizar as compensações previdenciárias, com o fito de que sejam devolvidas as importâncias pagas a título de contribuições previdenciárias sobre a folha de salários, no que toca às remunerações dos ocupantes de cargos eletivos, como o prefeito, o vice-prefeito e os vereadores;*

d) a relação jurídica se estabelece entre os ocupantes dos cargos eletivos e o Município.

PEDIDOS

Requer:

a) a aplicação das normas do CTN aos valores compensados, utilizando-se da sistemática dos “5+5”, uma vez que os fatos geradores ocorreram em data anterior à vigência da LC 118/2005, em observância ao entendimento do STJ;

b) a verificação do efetivo recolhimento das contribuições indevidas pelo Município;

c) a retificação dos valores passíveis de compensação apresentados pela fiscalização, com a homologação do valor de R\$ 200.895,18, compensados nas competências 03 a 10/2009, excluindo-se a multa e juros de mora aplicados.

Debruçada sobre os termos da impugnação, a 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG, exarou o Acórdão ora recorrido em que julgou a impugnação improcedente, lastreada nas conclusões abaixo resumidas:

CRÉDITO DOS AGENTES POLÍTICOS

(...) ... Não é a simples suspensão da legislação por Resolução do Senado que faz nascer o crédito. Esta suspensão diz respeito ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma legal instituidora da cobrança. O crédito em si decorre do concreto recolhimento de valor que, posteriormente, tenha sido considerado indevido.

PRESCRIÇÃO.

(...) Não estando o Município albergado por decisão judicial, o prazo de prescrição a ser-lhe aplicado é o de cinco anos da data do pagamento, como previsto na Lei Complementar 118/2005, artigo 3º. Logo, ainda que se comprovasse o efetivo recolhimento indevido no período de 02/1998 a 09/2004 apenas os valores recolhidos a partir de 03/2004 poderiam ser objeto de compensação.

PERSONALIDADE JURÍDICA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO DOS VALORES RECOLHIDOS PELA CÂMARA MUNICIPAL

(...) Assim, considerando que as GFIP da Câmara Municipal e da Prefeitura Municipal devem ser apresentadas nos seus respectivos CNPJ, não existe possibilidade de compensação pela Prefeitura Municipal (ou seus órgãos) de contribuições previdenciárias indevidamente recolhidas pela Câmara Municipal.

VERBAS INDENIZATÓRIAS

Para o segurado do RGPS, qualquer parcela destinada a retribuir o seu trabalho integra o salário de contribuição, conforme Lei 8.212/1991, artigo 28, inciso I: (...)

Dessa forma, apenas as parcelas expressamente incluídas nessa relação estão fora da incidência das contribuições.

TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS

A legislação previdenciária é clara quanto à incidência de contribuição sobre o terço constitucional de férias.

HORAS EXTRAS

O pagamento relativo à hora extra também não está na relação do art. 28, § 9º, sendo, portanto, parte integrante do salário de contribuição.

AJUDA DE CUSTO

(...) Todavia, o contribuinte nada apresenta que comprove a contratação, deslocamento e estadia de funcionário a serviço da prefeitura em localidade distante de sua residência ou em canteiro de obra de modo a justificar a compensação pretendida.

ABONO DE FÉRIAS

(...) Conforme relatório fiscal, foi verificado nas folhas de pagamento, onde consta a rubrica abono (e não abono de férias), que a parcela paga traduz-se em verdadeira complementação salarial. Não houve observância do período máximo de conversão dos dias de férias em abono pecuniário e a referida parcela foi paga em meses em que o segurado não percebia verbas inerentes às férias, como no caso do terço constitucional de férias, além de ser o abono pago por meses consecutivos à mesma pessoa.

O abono pago e constante das folhas de pagamento não se refere ao abono pecuniário de férias previsto nos art. 143 e 144 da CLT, mas tão somente a uma complementação salarial concedida aos empregados do Município, logo, seu montante deve integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

COMPENSAÇÃO DE VALORES PARCELADOS

(...) Em pesquisa realizada no sistema informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil – plenus (tela de consulta, fl. 353/355) verifica-se que os parcelamentos existentes em nome do Município de Amarante são de datas posteriores à da presente autuação, exceto os realizados na forma da Lei 12.058, negociados em 27/10/2009. Contudo, citado parcelamento engloba tão somente competências do

ano de 2007, fora, portanto, do período de recolhimento das contribuições tidas como indevidas pelo impugnante.

COMPENSAÇÃO INDEVIDA

(...) O Município de Amarante não comprovou o recolhimento indevido das contribuições objeto das compensações glosadas durante a ação fiscal nem na impugnação.

Cabe salientar que as planilhas de cálculo dos créditos supostamente devidos, fls. 22/25 (agentes políticos), 26/28 (verbas de natureza indenizatória) apresentadas à fiscalização não são suficientes para comprovar o recolhimento indevido de contribuições previdenciárias e invalidar o lançamento fiscal.

Também não foi comprovada a inclusão das referidas contribuições em parcelamento, não havendo que se falar em aplicação da Lei 9.430/1996 (art. 74, § 3º, IV) e IN SRF 600/2005 (art. 34, § 1º).

CONCLUSÃO

Do exposto, voto por julgar improcedente a impugnação e manter o crédito tributário exigido no auto de infração 37.243.057-0.

Ciente do Acórdão da DRJ em 23 de setembro de 2014, fl. 368, ainda inconformado, o contribuinte apresentou, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fl. 370 a 381, em que limita seu descontentamento aos seguintes temas, os quais serão detalhados no curso do voto a seguir:

- 1 - Da natureza indenizatória do terço de férias e adicional de horas extras;
 - 2 - Da necessidade de sobrestamento do feito até pronunciamento do STF;
 - 3 - Das divergências entre valores declarados e recolhidos
- É o relatório necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Relator

Por ser tempestivo e por atender as demais condições de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

Inicialmente, cumpre destacar que a decisão recorrida se apresenta definitiva para todos os temas que não foram expressamente objeto do presente recurso voluntário.

Após breve resumo dos fatos, a defesa inicia a explanação de seus argumentos de mérito na sequência enumerada no Relatório supra, a partir da qual entendo

salutar iniciar a análise do seu segundo tópico, que se constitui matéria prejudicial de mérito, com o nítido propósito de suspender o curso do processo principal, aguardando-se a sua solução em outro feito.

Da necessidade de sobrestamento do feito até pronunciamento do STF.

A defesa requer o sobrestamento do feito, nos termos do § 1º do art. 62-A do Regimento interno deste Conselho, já que o Supremo Tribunal Federal sobrestou a análise da matéria nos autos do Recurso Extraordinário nº 593068, submetido à sistemática prevista nos art. 543-B da Lei nº 5.869/73.

Entretanto, não há amparo legal que justifique o deferimento do pleito.

Na vigência do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, que foi aprovado pela Portaria MF 256, de 22 de julho de 2009, havia expressamente previsão para sobrestamento dos julgamentos dos recursos no âmbito do CARF, em situações semelhantes, como se vê abaixo:

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

§ 1º Ficarão sobrestados os julgamentos dos recursos sempre que o STF também sobrestar o julgamento dos recursos extraordinários da mesma matéria, até que seja proferida decisão nos termos do art. 543-B.

§ 2º O sobrestamento de que trata o § 1º será feito de ofício pelo relator ou por provocação das partes.

Contudo, a Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015, aprovou novo Regimento Interno que não previu tal possibilidade de sobrestamento, decerto para melhor compatibilizar os preceitos regimentais à Lei 5.172/66 (CTN) e ao Decreto 70.235/1972.

O CTN, em seu art. 97, prevê que somente a lei pode estabelecer hipóteses de suspensão de tributo. Já o art. 151 do mesmo diploma estabelece que as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo, suspendem a exigibilidade do crédito tributário.

No âmbito federal, o Decreto 70.235/1972, recepcionado com status de lei ordinária, regulamenta o processo administrativo fiscal e dispõe no seu art. 62:

Art. 62. Durante a vigência de medida judicial que determinar a suspensão da cobrança, do tributo não será instaurado procedimento fiscal contra o sujeito passivo favorecido pela decisão, relativamente, à matéria sobre que versar a ordem de suspensão.

Parágrafo único. Se a medida referir-se a matéria objeto de processo fiscal, o curso deste não será suspenso, exceto quanto aos atos executórios.

Portando, mesmo no caso de medida judicial que determine a suspensão da cobrança de um tributo, o curso administrativo do contencioso fiscal não se interrompe, exceto quanto aos seus atos executórios.

Assim, no caso em tela, em que o sobrestamento do processo estaria vinculado a uma mera expectativa da existência futura de um indébito tributário, seja pela nova redação regimental que, a contrario sensu, já indicaria a inaplicabilidade do sobrestamento, seja pela previsão legal de não interrupção do curso da lide administrativa, o Colegiado deve se manifestar sobre o mérito da demanda, sem prejuízo de ajustes posteriores efetuados no exercício da autotutela administrativa pela unidade responsável pela administração do tributo.

Assim, nada a prover.

Da natureza indenizatória do terço de férias e adicional de horas extras;

Afirma a defesa que, de acordo com a Constituição Federal, o atual regime previdenciário tem caráter contributivo, o que importa concluir que atos infraconstitucionais, em particular a lei 8.212/91 e a IN RFB 971/09, não podem se furtar ao princípio contributivo.

Em apertada síntese, no que diz respeito ao adicional de horas extras, afirma a defesa que se trata de indenização pelo excesso na jornada de trabalho do trabalhador e pelo sacrifício suportado pelo exercício de seu mister durante período de descanso, concluindo que o mesmo raciocínio vale para o terço constitucional de férias.

Para corroborar seus argumentos, cita doutrina e precedentes judiciais no mesmo sentido.

Previstas no art. 195 da Constituição Federal, as Contribuições para a Seguridade Social em discussão foram regulamentadas pela Lei 8.212/91, e em seu art. 28 pode-se notar que a regra geral é a tributação dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título:

Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (...)

Entretanto, a leitura das inúmeras alíneas do § 9º acima evidencia que as horas extras e o terço de férias não estão entre os valores excluídos do campo de tributação previdenciária.

A compatibilidade dos termos da Lei 8.212/91 com a Constituição Federal é matéria que não comete ao julgador administrativo e sobre ela este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou uniforme e reiteradamente, tendo, inclusive, emitido Súmula de observância obrigatória, nos termos do art. 72 de seu Regimento Interno, aprovado pela Portaria do Ministério da Fazenda nº 343, de 09 de junho de 2015, cujo conteúdo transcrevo abaixo:

Súmula CARF nº 2

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

Por outro lado, a incidência das contribuições previdenciárias sobre as verbas pagas a título de horas extras foi objeto de apreciação do Superior Tribunal de Justiça, mediante voto do Ministro Herman Benhamim, no Recurso Especial nº 1.358.281, submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008, portanto, de observância obrigatória neste julgamento administrativo, o qual restou assim ementado:

TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL. BASE DE CÁLCULO. ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE E HORAS EXTRAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS DA PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. SÍNTESE DA CONTROVÉRSIA 1. Cuida-se de Recurso Especial submetido ao regime do art. 543C do CPC para definição do seguinte tema: "Incidência de contribuição previdenciária sobre as seguintes verbas trabalhistas: a) horas extras; b) adicional noturno; c) adicional de periculosidade". **CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA E BASE DE CÁLCULO: NATUREZA REMUNERATÓRIA 2. Com base no quadro normativo que rege o tributo em questão, o STJ consolidou firme jurisprudência no sentido de que não devem sofrer a incidência de contribuição previdenciária "as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador" (REsp 1.230.957/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 18/3/2014, submetido ao art. 543C do CPC). 3. Por outro lado, se a verba possuir natureza remuneratória, destinando-se a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, ela deve integrar a base de cálculo da contribuição. **ADICIONAIS NOTURNO, DE PERICULOSIDADE, HORAS EXTRAS: INCIDÊNCIA** 4. Os adicionais noturno e de periculosidade, as horas extras e seu respectivo adicional constituem verbas de natureza remuneratória, razão pela qual se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária (AgRg no REsp 1.222.246/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 17/12/2012; AgRg no AREsp 69.958/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 20/6/2012; REsp 1.149.071/SC, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 22/9/2010; Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 9/4/2013; REsp**

1.098.102/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 17/6/2009; AgRg no Ag 1.330.045/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 25/11/2010; AgRg no REsp 1.290.401/RS; REsp 486.697/PR, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 17/12/2004, p. 420; AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 9/11/2009). [...] CONCLUSÃO 9. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. (STJ REsp: 1358281 SP 2012/02615969, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 23/04/2014, S1 PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 05/12/2014)

Já em relação ao terço constitucional de férias, vale ressaltar que o tema é objeto do REsp nº 1.230.957, em que já houve manifestação judicial pela não incidência de contribuições previdenciárias. Contudo, tal julgamento encontra-se sobrestado em função do Recurso Extraordinário 593.068/SC.

Ao analisar o que restou decidido no REsp nº 1.230.957, a Procuradoria da Fazenda Nacional exarou a Nota PGFN/CRJ nº 640/2014, que assim dispõe:

"(...)

5. No presente caso, conforme se verá mais adiante, não obstante o RESP nº 1.230.957/RS ter sido parcialmente desfavorável à Fazenda Nacional, não é possível a inclusão dos temas na lista a que se refere o inciso V do art. 1º da Portaria nº 294/2010, em razão de se vislumbrar a possibilidade de reversão do entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Desse modo, a presente Nota Explicativa, além de delimitar o que ficou decidido no RESP nº 1.230.957/RS, tem apenas como intuito cumprir o disposto no art. 3º da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 01/2014, informando à RFB a não-inclusão de temas em lista de dispensa de contestar e recorrer.

6. Os recursos especiais existentes nos autos do RESP 1.230.957, submetidos ao rito do art. 543-C do CPC, tratavam, em essência, da incidência de contribuição previdenciária, a cargo da empresa, no contexto do Regime Geral da Previdência Social (RGPS), sobre as seguintes verbas: a) terço constitucional de férias; b) salário-maternidade; c) salário-paternidade; d) aviso prévio indenizado; e) importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

7. Decidiu-se pela incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas atinentes ao salário-maternidade e ao salário-paternidade. Quanto à incidência da contribuição sobre as demais verbas, prevaleceu entendimento desfavorável à Fazenda Nacional. Em face de tal posicionamento desfavorável, importa fazer algumas considerações para cada uma das exações, tendo em vista que se entende pela continuidade de impugnação das decisões que apliquem o entendimento do STJ firmado em desfavor à Fazenda Nacional.

(...)

Terço constitucional de férias

15. Ainda no RESP nº 1.230.957/RS, o STJ decidiu pela não incidência de contribuição previdenciária quanto ao adicional de um terço referido às férias indenizadas, bem como no caso das férias gozadas. Em relação às férias indenizadas, não há a exação, com base no art. 28, §9º, “d”, da Lei nº 8.212/91; já quanto às férias gozadas, o STJ, partindo da premissa de que o STF teria firmado a orientação de que o terço constitucional de férias possuiria natureza compensatória/indenizatória, a partir de precedentes do STF que se referiam a servidores sujeitos ao Regime Próprio dos Servidores Públicos (RPPS), não haveria ganho habitual a ensejar a tributação.

16. A Corte Superior considerou, assim, que a importância paga a título de terço constitucional de férias gozadas não se destina a retribuir serviços prestados, tampouco configura tempo à disposição do empregador, de modo que não se enquadraria no disposto no art. 22, I, “d” da Lei nº 8.212/1991, nem se amoldaria no conceito de salário-de-contribuição do empregado previsto no art. 28, I, da Lei nº 8212/1991.

17. Todavia, como o entendimento do STJ, em relação à contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias dos empregados, derivaria de orientação do STF relativamente à exação sobre o terço constitucional de férias dos servidores públicos e, tendo em vista que o RE nº 593.068 teve sua repercussão geral reconhecida, justamente para tratar dessa questão, verifica-se que a matéria ainda não está pacificada, de maneira que também não é possível a inclusão do tema na lista prevista no inciso V do art. 1º da Portaria PGFN nº 294/2010.

(...)”

Assim dispõe o art. 62 do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF 343, de 09 de junho de 2015:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Desta forma, inexistente decisão definitiva de mérito, estando ainda sobrestada a discussão judicial sobre a incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas pagas a título de terço constitucional de férias, não há que se falar em reprodução obrigatória pelos membros desta Corte.

Assim, alinhando-me à decisão recorrida, por não identificar as horas extras e o terço de férias dentre as exceções dispostas no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91, entendo que sobre estas devem incidir a tributação previdenciária, restando, portanto, irretocável o lançamento e a decisão recorrida.

Das divergências entre os valores declarados e recolhidos

Alega o contribuinte que os sistemas da Receita Federal do Brasil, em particular o extrato CCORGFIP, relaciona os valores informados pelo contribuinte em GFIP com os efetivamente recolhidos, evidenciando prova incontestável

Faz algumas considerações sobre recolhimentos e retenções no Fundo de participação dos Municípios levadas a termo no âmbito de parcelamentos especiais instituídos.

Afirma que fazendo o comparativo entre o valor declarado e o recolhido, chega-se ao montante compensável, não havendo de se falar em glosa do referidos valores, já que tais recolhimentos causaram forte desequilíbrio na contas municipais.

Neste ponto, importante rememorar o motivo das glosas de compensação que levaram ao presente lançamento:

Segundo a fiscalização a glosa da compensação realizada pelo autuado se deu em razão dos seguintes fatos:

- no período de 01/1999 a 13/2000, 08/2004 e 09/2004 os valores declarados em GFIP como devidos à previdência social foram superiores aos efetivamente recolhidos;
- não foi observado o prazo prescricional para proceder à compensação;
- as remunerações dos vereadores não foram declaradas em GFIP, assim, não integraram a base de cálculo das contribuições, no período de 02/1998 a 09/2004;
- a compensação, ainda que devida, somente poderia ser realizada pela própria Câmara Municipal de Amarante – PI;
- os valores pagos a título de horas extras, terço constitucional de férias, ajuda de custo e abono pecuniário integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias;
- nos anos de 2008 e 2009, as remunerações dos segurados do RGPS declaradas em GFIP foram inferiores aos valores informados nas folhas de pagamento da Prefeitura.

Os únicos motivos para as glosas que estão relacionados a divergências entre valores declarados e recolhidos estão relacionados ao período de 01/1999 a 13/2000, 08/2004, 09/2004, 2008 e 2009, período para o qual a Decisão recorrida concluiu:

COMPENSAÇÃO DE VALORES PARCELADOS

O Município argui direito a compensar contribuições sociais incluídas em parcelamentos, sem, no entanto, apresentar

qualquer prova de que tenha parcelado e pago contribuições sociais indevidas.

Em pesquisa realizada no sistema informatizado da Secretaria da Receita Federal do Brasil – plenus (tela de consulta, fl. 353/355) verifica-se que os parcelamentos existentes em nome do Município de Amarante são de datas posteriores à da presente autuação, exceto os realizados na forma da Lei 12.058, negociados em 27/10/2009. Contudo, citado parcelamento engloba tão somente competências do ano de 2007, fora, portanto, do período de recolhimento das contribuições tidas como indevidas pelo impugnante.

Não obstante, o contribuinte não contesta diretamente as afirmações do julgador de 1ª Instância, limitando-se a alegar, de forma genérica, que o comparativo entre o valor declarado e o recolhido seria suficiente à identificação do montante compensável.

Ora, não é momento de efetuarmos comparativos para chegar ao valor de um eventual crédito em favor do contribuinte. Tal montante deveria ter sido apurado antes de se proceder à compensação, já que esta só é possível se os créditos forem líquidos, certos e passíveis de restituição.

Estamos diante do julgamento de argumentos da defesa em sede de 2ª Instância administrativa, fase em que os motivos que levaram à ação fiscal estão claramente delineados e devem ser apontados de forma objetiva e direta.

Veja o que preceitua a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil):

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Assim, não tendo o contribuinte apresentado elementos inequívocos que pudessem apontar para o direito creditório alegado, há de se manter o lançamento e a decisão recorrida.

Conclusão:

Assim, tendo em vista tudo que consta nos autos, bem assim na descrição e fundamentos legais que integram do presente, voto por rejeitar a preliminar argüida e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo

Processo nº 10384.001604/2010-40
Acórdão n.º **2201-005.071**

S2-C2T1
Fl. 399
