



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

Processo n° 10480.733718/2013-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-006.163 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de maio de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL
Recorrente VALE VERDE EMPREENDIMENTOS AGRICOLAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

RECURSO VOLUNTÁRIO. FALTA DE INTERESSE RECURSAL.

Não se deve conhecer do recurso voluntário quando faltar interesse recursal ao sujeito passivo.

AUTO DE INFRAÇÃO. ERRO NA DETERMINAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. METODOLOGIA EQUIVOCADA DE APURAÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. INEXISTÊNCIA.

1. Não houve erro jurídico na determinação das bases de cálculo dos diversos lançamentos, uma vez que a autoridade administrativa identificou os fatos geradores das contribuições e suas respectivas bases.

2. A ação fiscal foi conduzida por servidor competente, que concedeu à recorrente os prazos legais para a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos; as autuações foram devidamente motivadas e foi concedido ao sujeito passivo o prazo legal para a formulação de impugnação; os lançamentos ainda contém clara descrição do fato gerador da obrigação, da matéria tributável, do montante do tributo devido, da identificação do sujeito passivo e da penalidade aplicável; não houve nenhum prejuízo para os direitos de defesa e do contraditório da recorrente, que puderam ser exercidos na forma e no prazo legal.

3. Os lançamentos estão instruídos com os relatórios de apropriação de documentos apresentados - RADA, que demonstram como a documentação fornecida pela contribuinte ou apurada em procedimento fiscal foi apropriada pelo agente autuante. Entre tais documentos, constam as guias de recolhimentos e eventuais créditos diversos, o que revela que não foram desconsiderados os pagamentos e demais declarações.

CONTRIBUIÇÕES SUBSTITUTIVAS DEVIDAS PELA AGROINDÚSTRIA. EXCLUSÃO DO ICMS DA BASE DE CÁLCULO. AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO.

1. As notas fiscais colacionadas aos autos não contêm valores destacados a título de ICMS e nem mesmo a existência de ICMS-ST.
2. Da mesma forma, os relatórios indicam a não incidência do imposto nas operações.

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1º DA LEI 10256/2001. NOVA REDAÇÃO AO ART. 25 DA LEI 8212/91. FUNRURAL. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. NOVA REDAÇÃO AO ART. 22A DA LEI 8212/91. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF. PROCESSO PENDENTE DE JULGAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE O CARF DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. SÚMULA Nº 2.

1. Quanto ao denominado FUNRURAL, a Suprema Corte, sob o regime dos arts. 1036 e seguintes do CPC, declarou ser *"constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção"* (STF, RE 718874).
2. Quanto à contribuição substitutiva devida pela agroindústria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da tese relativa à sua inconstitucionalidade. Processo pendente de julgamento.
3. Inexistindo declaração de inconstitucionalidade sob o regime da repercussão geral, é vedado aos membros do CARF deixar de observar a lei (art. 62, *caput*, do RICARF).
4. Súmula CARF 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE O TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS INDENIZADAS OU GOZADAS, SOBRE O AVISO PRÉVIO INDENIZADO E SOBRE A IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. RECURSO PROVIDO.

Em recurso repetitivo, de observância obrigatória pelo CARF, o Superior Tribunal de Justiça decidiu que não incidem contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional de férias indenizadas ou gozadas, sobre o aviso prévio indenizado e sobre a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do Recurso para, na parte conhecida, afastar a preliminar de nulidade. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento parcial, a fim de excluir da base de cálculo do AI DEBCAD 51.049.680-6 as importâncias pagas a título de terço constitucional de férias, aviso prévio indenizado e a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença, vencidos os conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Mauricio Nogueira Righetti e Denny Medeiros da Silveira, que lhe deram provimento parcial em menor extensão. Manifestou a intenção de apresentar declaração de voto o Conselheiro Denny Medeiros da Silveira.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho - Presidente

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Denny Medeiros da Silveira, João Victor Ribeiro Aldinucci, Mauricio Nogueira Righetti, Jamed Abdul Nasser Feitoza, Luis Henrique Dias Lima, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior.

Relatório

A fiscalização lavrou os seguintes Autos de Infração (AI) DEBCAD em face do sujeito passivo:

- (a) AI DEBCAD 51.028.196-6, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, pela agroindústria, incidentes sobre a comercialização da produção rural;
- (b) AI DEBCAD 51.049.682-2, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, devidas por sub-rogação, incidentes sobre a aquisição de produtos rurais (cana-de-açúcar) de produtor rural pessoa física, as quais foram retidas pelo sujeito passivo, mas não foram recolhidas;
- (c) AI DEBCAD 51.049.683-0, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, devidas por sub-rogação, incidentes sobre a aquisição de produtos rurais (cana-de-açúcar) de produtor rural pessoa física, as quais não foram retidas, mas foram apuradas pela fiscalização;
- (d) AI DEBCAD 51.049.680-6, para a constituição das contribuições devidas à seguridade social, parte segurados empregados, as quais foram retidas, mas não foram recolhidas;
- (e) AI DEBCAD 51.049.681-4, para a constituição das contribuições devidas a outras entidades e fundos (salário-educação, INCRA, SENAI, SESI, SEBRAE e SENAR).

Cientificado dos lançamentos, o sujeito passivo apresentou impugnação fazendo resumo dos fatos, aduzindo a tempestividade da defesa e deduzindo os seguintes pontos de insurgência:

- (a) preliminar de nulidade por cerceamento de defesa;
- (b) erro na base de cálculo do AI DEBCAD 51.028.196-6;
- (c) inconstitucionalidade/ilegalidade da legislação que fundamenta a exação;
- (d) não incidência do SENAR sobre a receita decorrente de exportação;
- (e) não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas de natureza indenizatória.

Os autos foram remetidos em diligência fiscal, em razão das alegações de ocorrência de erros de fato na apuração da base de cálculo.

Em resposta, a autoridade lançadora concluiu serem procedentes as alegações relativas às inclusões indevidas de valores de devolução de mercadorias e de exportação, indicando os respectivos valores a serem excluídos do lançamento.

O processo retornou novamente em diligência, para pronunciamento da autoridade lançadora acerca das novas matérias de fato aduzidas pela defesa, tendo sido emitida nova Informação Fiscal, segundo a qual:

Os argumentos e documentos apresentados pela defendente demonstraram que os valores contabilmente lançados na conta “mercadorias a entregar” também não integram a base de cálculo das contribuições discutidas. Em assim sendo, os Autos de Infração DEBCAD 51.028.196-6 e 51.049.681-4 devem ser retificados para a exclusão dos valores que incidiram sobre “devolução de mercadorias”, “exportações” e “mercadorias a entregar”, levantamento PR PRODUÇÃO, conforme valores de contribuição ali discriminados.

Em sessão realizada em 12 de março de 2015, a DRJ julgou a impugnação procedente em parte, conforme decisão assim ementada:

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIACÃO.

Não cabe à esfera administrativa conhecer de argüições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo, matéria de competência do Poder Judiciário.

NULIDADE.

Ausentes as hipóteses do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, não há como prosperar a argüição de nulidade.

ICMS. INTEGRA BASE DE CÁLCULO.

O valor do ICMS integra a base utilizada para o cálculo da contribuição incidente sobre a produção rural.

DILIGÊNCIA. INDEFERIMENTO.

O pedido de diligência desnecessária deve ser indeferido.

COMPROVAÇÃO DE QUE A EXIGÊNCIA FISCAL INCIDIU SOBRE VALORES QUE NÃO COMPÕEM A HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO.

Comprovado que a exigência fiscal incidiu sobre valores lançados na contabilidade sob o título de “devolução de mercadorias”, “exportações” e “mercadorias a entregar” e que tais valores não compõem a hipótese de incidência tributária, retifica-se o lançamento fiscal.

O montante exonerado não desafiou a interposição de recurso de ofício.

O sujeito passivo foi intimado da decisão através de edital eletrônico, com data de ciência prevista para 20/07/2015 e interpôs recurso voluntário em 11/08/2015, no qual, em conformidade com sua impugnação, suscitou as seguintes teses recursais:

a) preliminar de nulidade do lançamento em face do erro na base de cálculo;

- b) erro na base de cálculo decorrente da falha na metodologia utilizada pela fiscalização para apurar o tributo, pois o fiscal teria se limitado a colher informações contábeis, não se atentando aos pagamentos e demais declarações;
- c) erro na base de cálculo do AI DEBCAD 51.028.196-6, diante da não exclusão do ICMS-ST;
- d) inconstitucionalidade/ilegalidade do art. 1º da Lei 10.256/01, que alterou a redação do art. 22-A, incs. I e II, e art. 25 da Lei 8212/91;
- e) não incidência do SENAR sobre a receita decorrente de exportação;
- f) exclusão da parcela destacada a título de ICMS das bases de cálculo das contribuições;
- g) ilegalidade da incidência de contribuição sobre verbas de natureza indenizatória, tais como terço constitucional de férias, terço constitucional sobre férias gozadas, aviso prévio indenizado, importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio doença.

O julgamento do recurso foi convertido em diligência, a fim de verificar se o sujeito passivo efetuou o parcelamento dos débitos controlados nestes autos, sobretudo diante de informações esparsas a respeito de um provável parcelamento.

À fl. 3432, a autoridade informou não haver contas ativas de parcelamento.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci - Relator

1 Conhecimento

O recurso voluntário é tempestivo, mas deve ser parcialmente conhecido.

A contribuinte não tem interesse recursal na tese relativa à não incidência do SENAR sobre a receita decorrente de exportação, uma vez que a DRJ, em conformidade com as informações fiscais colhidas em sede de diligências, acolheu a impugnação nesse ponto. Veja-se o seguinte trecho do voto condutor do acórdão de impugnação:

No que se refere às alegações de não incidência de contribuição sobre valores encontrados na contabilidade sob o título de “devolução de mercadorias”, “exportações” e “mercadorias a entregar”, conforme já destacado no Relatório supra, assiste razão à defendente, devendo o débito ser retificado conforme manifestação da autoridade lançadora na informação resultado da diligência e da qual o impugnante teve ciência.

Portanto, o recurso voluntário não tem aptidão para gerar uma decisão mais vantajosa para a recorrente nesse tocante, diante do acolhimento da tese esposada na própria defesa administrativa.

O interesse recursal reside justamente na possibilidade de a peça recursal provocar uma prestação jurisdicional concreta mais benéfica ao recorrente, o que não se vislumbra no presente caso, conforme já demonstrado.

2 Da nulidade do lançamento

Ao contrário do que afirma o sujeito passivo, não houve erro jurídico na determinação das bases de cálculo dos diversos lançamentos, uma vez que a autoridade administrativa identificou os fatos geradores das contribuições e suas respectivas bases, tais como (i) a receita bruta da comercialização da produção rural auferida pela agroindústria; (ii) a receita bruta da comercialização da produção rural auferida pelo produtor pessoa física; e (iii) a remuneração paga, devida ou creditada a segurados empregados.

A eventual inclusão indevida de valores deve ser decotada dos lançamentos, mas não implica qualquer nulidade, mormente porque não inviabiliza o direito de defesa da autuada e porque seria um erro de fato, e não um erro de direito.

A conclusão poderia ser diferente se, do ponto de vista jurídico, a autoridade administrativa tivesse eleito uma medida de grandeza equivocada, como, por exemplo, ter identificado a base de cálculo das contribuições substitutivas devidas pela agroindústria como sendo a folha de salários.

Como se viu, todavia, não houve erro de direito na identificação das bases, mas, hipoteticamente, a inclusão de valores de forma equivocada.

Por outro lado, a ação fiscal foi conduzida por servidor competente, que concedeu à recorrente os prazos legais para a apresentação de documentos e prestação de esclarecimentos; as autuações foram devidamente motivadas e foi concedido ao sujeito passivo o prazo legal para a formulação de impugnação; os lançamentos ainda contém clara descrição do fato gerador da obrigação, da matéria tributável, do montante do tributo devido, da identificação do sujeito passivo e da penalidade aplicável; não houve nenhum prejuízo para os direitos de defesa e do contraditório da recorrente, que puderam ser exercidos na forma e no prazo legal.

Ou seja, a fiscalização transcorreu dentro da mais restrita legalidade e não houve qualquer inobservância ao direito de defesa da recorrente, rejeitando-se, portanto, a preliminar de nulidade do lançamento.

3 Da utilização de metodologia equivocada

A recorrente afirma existir erro na base de cálculo decorrente da falha na metodologia utilizada pela fiscalização para apurar o tributo, pois o fiscal teria se limitado a colher informações contábeis, não se atentando aos pagamentos e demais declarações.

No entanto, os lançamentos estão instruídos com os relatórios de apropriação de documentos apresentados - RADA, que demonstram como a documentação fornecida pela contribuinte ou apurada em procedimento fiscal foi apropriada pelo agente autuante. Entre tais documentos, constam as guias de recolhimentos e eventuais créditos diversos, o que revela que não foram desconsiderados os pagamentos e demais declarações.

4 Da exclusão do ICMS-ST e do ICMS

Não devem ser providas as teses atinentes (i) à base de cálculo equivocada, diante da não exclusão do ICMS-ST; (ii) e à exclusão da parcela destacada a título de ICMS das bases de cálculo das contribuições.

As notas fiscais colacionadas às folhas 2310 e seguintes não contêm valores destacados a título de ICMS e nem mesmo a existência de ICMS-ST.

Da mesma forma, os relatórios de folhas 2332 e seguintes indicam a "*NÃO INCIDÊNCIA DE ICMS*".

Acrescente-se que a contribuinte não provou que teria tributado suas operações com o citado imposto, em nenhuma das modalidades afirmadas, inexistindo qualquer prova que possa implicar o acatamento de sua tese.

5 Da inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 10256/01

A recorrente defende a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 10256/01, que alterou a redação do art. 22-A, incs. I e II, e do art. 25, ambos da Lei 8212/91.

Quanto ao denominado FUNRURAL, a Suprema Corte, sob o regime dos arts. 1036 e seguintes do CPC, declarou ser "*constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/2001,*

incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção", conforme se vê na ementa abaixo:

TRIBUTÁRIO. EC 20/98. NOVA REDAÇÃO AO ARTIGO 195, I DA CF. POSSIBILIDADE DE EDIÇÃO DE LEI ORDINÁRIA PARA INSTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO DE EMPREGADORES RURAIS PESSOAS FÍSICAS INCIDENTE SOBRE A COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO RURAL. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI 10.256/2001. 1.A declaração incidental de inconstitucionalidade no julgamento do RE 596.177 aplica-se, por força do regime de repercussão geral, a todos os casos idênticos para aquela determinada situação, não retirando do ordenamento jurídico, entretanto, o texto legal do artigo 25, que, manteve vigência e eficácia para as demais hipóteses. 2.A Lei 10.256, de 9 de julho de 2001 alterou o artigo 25 da Lei 8.212/91, reintroduziu o empregador rural como sujeito passivo da contribuição, com a alíquota de 2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; espécie da base de cálculo receita, autorizada pelo novo texto da EC 20/98. 3. Recurso extraordinário provido, com afirmação de tese segundo a qual É constitucional formal e materialmente a contribuição social do empregador rural pessoa física, instituída pela Lei 10.256/01, incidente sobre a receita bruta obtida com a comercialização de sua produção.

(RE 718874, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Relator(a) p/ Acórdão: Min. ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 30/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-219 DIVULG 26-09-2017 PUBLIC 27-09-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-225 DIVULG 02-10-2017 PUBLIC 03-10-2017)

De acordo com o art. 62, § 1º, inc. II, alínea "b", do Regimento Interno deste Conselho - RICARF, tal decisão é de observância obrigatória pelos membros das turmas de julgamento, negando-se, pois, provimento ao recurso nesse particular.

Quanto à contribuição substitutiva devida pela agroindústria, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da tese relativa à sua inconstitucionalidade, conforme se vê na ementa abaixo:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ARTIGO 22A DA LEI Nº 8.212/91. REDAÇÃO CONFERIDA PELA LEI Nº 10.256/01. CONTRIBUIÇÃO DEVIDA PELA AGROINDÚSTRIA. PRODUTOR RURAL PESSOA JURÍDICA. INDUSTRIALIZAÇÃO DE PRODUÇÃO PRÓPRIA OU DE PRODUÇÃO PRÓPRIA E ADQUIRIDA DE TERCEIROS. RECEITA BRUTA PROVENIENTE DA COMERCIALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO. EXIGIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.(RE 611601 RG, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 03/06/2010, DJe-110 DIVULG 17-06-2010 PUBLIC 18-06-2010 EMENT VOL-02406-05 PP-01051 LEXSTF v. 32, n. 379, 2010, p. 227-236)

A questão ainda não foi julgada pela Suprema Corte e, inexistindo declaração de inconstitucionalidade sob o regime da repercussão geral, é vedado aos membros do CARF deixar de observar a lei (art. 62, *caput*, do RICARF).

Dito de outra forma, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária. Veja-se, nesse sentido, a Súmula CARF nº 2:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A verificação de que a norma implicaria infringência ao desenho constitucional da exação tributária exacerba a competência originária desta Corte administrativa, que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal, também se negando provimento quanto à tese de inconstitucionalidade do art. 22A da Lei 8212/91.

6 Da não incidência de contribuições sobre verbas indenizatórias

No que diz respeito ao AI DEBCAD 51.049.680-6, o qual abriga as contribuições retidas dos segurados empregados e não recolhidas, a recorrente sustenta a sua não incidência sobre o terço constitucional de férias, terço constitucional sobre férias gozadas, aviso prévio indenizado, bem como sobre a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

O Superior Tribunal de Justiça já julgou tais teses de não incidência em recurso especial representativo de controvérsia.

Convém transcrever, nesse contexto, a ementa abaixo, de observância obrigatória pelo CARF, conforme preleciona o já mencionado art. 62, § 1º, inc. II, alínea "b", do seu Regimento Interno.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

[...]

1.2 Terço constitucional de férias.

No que se refere ao adicional de férias relativo às férias indenizadas, a não incidência de contribuição previdenciária decorre de expressa previsão legal (art. 28, § 9º, "d", da Lei 8.212/91 - redação dada pela Lei 9.528/97).

Em relação ao adicional de férias concernente às férias gozadas, tal importância possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa). A Primeira Seção/STJ, no julgamento do AgRg nos EREsp

957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a seguinte orientação: "Jurisprudência das Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte consolidada no sentido de afastar a contribuição previdenciária do terço de férias também de empregados celetistas contratados por empresas privadas".

[...]

2.2 Aviso prévio indenizado.

A despeito da atual moldura legislativa (Lei 9.528/97 e Decreto 6.727/2009), as importâncias pagas a título de indenização, que não correspondam a serviços prestados nem a tempo à disposição do empregador, não ensejam a incidência de contribuição previdenciária.

A CLT estabelece que, em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que, sem justo motivo, quiser a sua rescisão, deverá comunicar a outra a sua intenção com a devida antecedência. Não concedido o aviso prévio pelo empregador, nasce para o empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço (art. 487, § 1º, da CLT). Desse modo, **o pagamento decorrente da falta de aviso prévio, isto é, o aviso prévio indenizado, visa a reparar o dano causado ao trabalhador que não fora alertado sobre a futura rescisão contratual com a antecedência mínima estipulada na Constituição Federal (atualmente regulamentada pela Lei 12.506/2011). Dessarte, não há como se conferir à referida verba o caráter remuneratório pretendido pela Fazenda Nacional, por não retribuir o trabalho, mas sim reparar um dano. Ressalte-se que, "se o aviso prévio é indenizado, no período que lhe corresponderia o empregado não presta trabalho algum, nem fica à disposição do empregador. Assim, por ser ela estranha à hipótese de incidência, é irrelevante a circunstância de não haver previsão legal de isenção em relação a tal verba"** (REsp 1.221.665/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.2.2011).

A corroborar a tese sobre a natureza indenizatória do aviso prévio indenizado, destacam-se, na doutrina, as lições de Maurício Godinho Delgado e Amauri Mascaro Nascimento.

Precedentes: REsp 1.198.964/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.10.2010; REsp 1.213.133/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 1º.12.2010; AgRg no REsp 1.205.593/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 4.2.2011; AgRg no REsp 1.218.883/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 22.2.2011; AgRg no REsp 1.220.119/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 29.11.2011.

2.3 Importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

*No que se refere ao segurado empregado, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe ao empregador efetuar o pagamento do seu salário integral (art. 60, § 3º, da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.876/99). **Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado.** Nesse contexto, a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que **sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.***

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.100.424/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.3.2010; AgRg no REsp 1074103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16.4.2009; AgRg no REsp 957.719/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.12.2009; REsp 836.531/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.8.2006.

[...]

Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1230957/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/02/2014, DJe 18/03/2014)

Veja-se que, quanto ao terço constitucional de férias, o Tribunal Superior entendeu que (i) a não incidência das contribuições sobre o adicional relativo às férias indenizadas decorre de expressa previsão legal, ao passo que (ii) a não incidência sobre o adicional relativo às férias gozadas decorre do fato de sua natureza indenizatória/compensatória, não constituindo, a par disso, ganho habitual.

Sobre a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença, entendeu-se que ela não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, de maneira que nenhum serviço é prestado pelo empregado.

Com relação ao aviso prévio indenizado, ainda vale ressaltar o seguinte:

O pagamento dessa verba em favor do empregado tem amparo no § 1º do art. 487 da CLT, segundo o qual *"a falta do aviso prévio por parte do empregador dá ao empregado o direito aos salários correspondentes ao prazo do aviso, garantida sempre a integração desse período no seu tempo de serviço"*.

Logo, o pagamento do aviso prévio indenizado não tem caráter remuneratório, vez que o empregado, nessa hipótese, não presta serviço para o empregador e nem está à sua disposição.

Não se trata de rendimento pago, devido ou creditado, destinado a retribuir o trabalho que não está sendo prestado.

Em se tratando de contrato de trabalho por prazo indeterminado, a parte que sem justo motivo pretender rescindi-lo, deverá comunicar a outra com a antecedência mínima prevista na CLT e na Lei nº 12506/11.

Não o fazendo o empregador, nasce para o empregado o direito ao salário correspondente, independentemente de qualquer prestação, não se podendo cogitar, pois, de retribuição de trabalho. Há apenas o pagamento de uma indenização, a qual visa a reparar o empregado que não fora alertado em tempo hábil.

O inc. I do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 explicita que o salário de contribuição constitui uma remuneração destinada a retribuir o trabalho.

Inexistindo o pagamento de remuneração, inexistente o núcleo do fato gerador da contribuição em referência, o que ocorre com o aviso prévio indenizado. O mesmo, a propósito, pode-se afirmar em relação à importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

A redação original da alínea *e* do § 9º do art. 28 foi alterada para excluir a menção do aviso prévio indenizado como não constitutivo do salário de contribuição.

Contudo, essa modificação legislativa em nada alterou o núcleo do fato gerador da contribuição, que exige a remuneração paga, devida ou creditada, destinada a retribuir o trabalho. Expressando-se de outra forma, a alteração legislativa não alterou a natureza da citada rubrica.

Essa interpretação está em conformidade com a alínea *a* do inc. I do art. 195 da CF, segundo a qual as contribuições sociais incidem sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados à pessoa física que lhe preste serviço.

É sabido que, ao instituir e partilhar competências tributárias, a Constituição pré-definiu o fato gerador e o sujeito passivo dos tributos.

Como se vê, de toda forma, não se está declarando inconstitucionalidade, mas apenas declarando a não incidência da contribuição sobre o aviso prévio indenizado, com base no inc. I do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, não havendo qualquer ofensa à Súmula CARF nº 2.

O REsp nº 1230957/RS está suspenso por Recurso Extraordinário com repercussão geral (Tema 163 - 265), mas o aviso prévio indenizado, por não ter caráter remuneratório, não é salário de contribuição.

Em síntese, deve ser dado provimento ao recurso nesse particular, a fim de excluir da base de cálculo do AI DEBCAD 51.049.680-6 as importâncias pagas a título de terço constitucional de férias, terço constitucional de férias gozadas, aviso prévio indenizado e a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

7 Conclusão

Diante do exposto, vota-se no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso voluntário para, na parte conhecida, REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de excluir da base de cálculo do AI DEBCAD 51.049.680-6 as importâncias pagas a título de terço constitucional de férias, terço constitucional de férias gozadas, aviso prévio indenizado e a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

(assinado digitalmente)

João Victor Ribeiro Aldinucci

Declaração de Voto

Conselheiro Denny Medeiros da Silveira

Com relação às chamadas “verbas indenizatórias”, com a *maxima venia*, divirjo do Relator quanto à “observância obrigatória pelo CARF” à citada decisão judicial.

Vejamos o que dispõe o Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9/6/15, Anexo II, art. 62, § 1º, inciso II, alínea “b”:

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.

§ 1º O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

[...]

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

[...]

*b) Decisão **definitiva** do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos 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, na forma disciplinada pela Administração Tributária; (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)*

(Grifo nosso)

Conforme se observa na transcrição acima, a observância, pelo CARF, às decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, no julgamento de recursos repetitivos e com repercussão geral, somente é obrigatória se tais decisões forem definitivas, porém, não é o que ocorre, até o momento, em relação à decisão em comento, ou seja, o REsp 1230957/RS.

Em consulta ao “site”¹ do Superior Tribunal de Justiça (STJ), constata-se, como bem apontado pelo Relator, que a decisão prolatada no julgamento do REsp 1230957/RS ainda não é definitiva, uma vez que o processo se encontra suspenso por Recurso Extraordinário, com repercussão geral, desde 6/8/15.

Sendo assim, entendemos que não cabe, nesse momento, afastar a incidência das contribuições sobre as verbas ora discutidas, tendo por fundamento o disposto no art. 62, § 1º, inciso II, alínea “b”, do Anexo II do RICARF.

(assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira

¹ Disponível em: < <http://www.stj.jus.br/portal/site/STJ>>. Acesso em: 9/5/18.