



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

Processo nº 10580.733682/2011-71
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-004.397 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de novembro de 2014
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES
Recorrente RD TURISMO TRANSPORTES RODOVIÁRIOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

MATÉRIA *SUB JUDICE*. CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL.
RENÚNCIA.

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial, antes ou depois do lançamento, implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário; no entanto, a definitiva do STJ submetida ao regime do art. 543-C do CPC soluciona os processos sobrestados no tribunal de origem.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Conhecido em Parte

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar provimento.

Julio Cesar Vieira Gomes – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Luciana de Souza Espíndola Reis, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra decisão de primeira instância que julgou procedente a autuação fiscal com ciência em 13/12/2011 em razão de erro no preenchimento em GFIP do destinado as “compensações”.

É um processo correlato ao processo nº 10580.733456/2011-91 relativo a glosas de compensações com supostos créditos de contribuições previdenciárias incidentes sobre férias, 1/3 de férias, auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-maternidade (ação judicial nº 2008.33.00.000926-5), exclusão do valor do ICMS da base de cálculo de PIS/COFINS (ação judicial nº 2008.33.00.000927-9) e inconstitucionalidade da majoração da alíquota de COFINS (ação judicial nº 2008.33.00.000875-3). Os processos ainda não transitaram em julgado.

Seguem transcrições da ementa e trechos do relatório/voto que compõem o acórdão recorrido:

*DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.
OMISSÃO OU INCORREÇÃO DE INFORMAÇÕES EM GFIP.*

Apresentar GFIP com informações incorretas ou omissas constitui infração prevista na Lei nº 8.212, de 24/07/1991, art. 32, inciso IV e § 9º, incluídos pela MP 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009.

*GFIP. DOCUMENTO DE CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO.
COMPENSAÇÃO INDEVIDA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO.*

O crédito tributário pode ser constituído: por meio de lançamento por homologação expressa ou tácita, por meio de confissão de dívida tributária e de ofício.

A GFIP, como documento declaratório de valores devidos, e, por conseguinte, como instrumento de confissão de dívida, para a legislação previdenciária, é um documento de constituição de crédito.

A Lei nº 8.212, de 1991 determina que, nos casos em que não houver informação de dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária em GFIP, ou seja, quando não se formalizar a constituição do crédito tributário por meio de GFIP, mostrase necessária a lavratura de Auto de Infração, ressalvada a confissão do débito mediante Lançamento do Débito Confessado (LDC) ou parcelamento.

Tratando-se de compensação de contribuições previdenciárias efetuada na GFIP, caso a fiscalização a considere indevida, e portanto, discorde do valor confessado no referido documento, deverá, a autoridade fiscal, por ocasião da auditoria dos valores nela informados, proceder a glosa total ou parcial do valor que a empresa se aproveitou inapropriadamente.

A insurgência do sujeito passivo contra a decisão de considerar a compensação indevida, segue o rito processual previsto no Decreto nº 70.235, de 1972, ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO NÃO CONFISCO, DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA, DA PROPORCIONALIDADE, DA RAZOABILIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, conforme parágrafo único do art. 142, do CTN. Os atos praticados pela administração devem obedecer aos estritos ditames da lei. O julgador de instância administrativa não possui competência para apreciar argüições de justeza, inconstitucionalidade e ilegalidade da legislação previdenciária.

Contra a decisão, o recorrente interpôs recurso voluntário, onde reitera as alegações trazidas na impugnação:

Competência da DRJ, o julgamento da manifestação apresentada.

Considerando que, no caso, há divergência de entendimento quanto à aplicação da legislação tributária a Administração entendendo pela possibilidade de cobrança dos supostos débitos, uma vez que a peticionante não dispõe de decisão judicial autorizando o creditamento nos termos do artigo 66 da Lei 8.383/91 poder-se-ia, afirmar então que o julgamento da manifestação apresentada seria de competência da DRJ, por força do artigo 25 do decreto 70.235/72 alterado pela Medida Provisória 449/08.

Infundada a decisão que não homologou a compensação declarada pela ora Peticionante.

Cabe esclarecer que a Peticionante declarou em suas GFIP a compensação dos débitos em questão, não em virtude apenas do Mandado de Segurança nº.2008.33.00.0009265, que tem natureza meramente declaratória. A compensação aludida decorreu da uniformização de jurisprudência sobre as verbas discutidas em âmbito judicial, bem como face o prescrito no art. 66 da Lei 8.383/91 c/c com o art. 74 da Lei 9.430/96, por se tratar de tributos sujeito ao lançamento por homologação. Assim, infundada a decisão que não homologou a compensação declarada pela ora Peticionante.

Suspensão da exigibilidade do crédito tributário, em razão de apresentação de Manifestação de Inconformidade.

Indubitável que a exigibilidade dos supostos débitos em questão, cuja compensação não foi homologada, está suspensa em razão da Manifestação de Inconformidade, devendo a autoridade competente, além de dar o devido prosseguimento à Manifestação de Inconformidade, tomar as medidas cabíveis para que os débitos não constem como restrição à expedição de Certidão Negativa de Débitos ou outra com o mesmo efeito, assim como para que não sejam inscritos em Dívida Ativa da União e no CADIN.

Do direito em debate nos autos do processo judicial nº 2008.33.00.0009265 e trâmite na 3ª Vara da Justiça Federal da Comarca de Salvador/Bahia. Análise sob a égide do princípio da legalidade tributária (CF, art. 150, inciso I) . Acórdão substitutivo, prolatado desde o dia 20/08/2010, contempla parte das verbas objeto do processo judicial, substituindo a sentença de improcedência alegada pela autoridade autuante. Ação encontra-se atualmente no STJ para fins de julgamento do Recurso Especial.

Em apertada síntese, busca a Peticionante através do processo judicial nº 2008.33.00.0009265 em trâmite na 3ª Vara da Justiça Federal da Comarca de Salvador/Bahia

– a declaração do direito de não ser compelida a recolher a contribuição previdenciária sobre auxílio acidente/doença, férias gozadas e 1/3 de férias, bem como salário maternidade.

O cerne da questão consiste face a não-incidência da contribuição previdenciária patronal sobre os valores em debate diante da análise da hipótese de incidência aplicável ao caso.

Não se discute a eventual natureza destes valores se remuneratória, salarial ou indenizatória , nem mesmo o conteúdo destes conceitos para fins previdenciários ou trabalhistas, posto que construídos em outros contextos e arraigados sob outras óticas.

Do mesmo modo, não se discute o fato destes pagamentos serem incorporáveis ou não ao salário, se são considerados para fins de aposentadoria, ou, ainda, se integram ou não o salário-de-contribuição dos segurados.

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

E, ao contrário do que afirma o Auditor, há decisão favorável nos autos do processo acima citado, e pela teoria da substituição o Acórdão prolatado desde o dia 20/08/2010 que já contempla parte das verbas substitui a sentença de improcedência alegada pela autoridade autuante.

Neste sentido, segue anexo a Petição Inicial da ação ora informada, bem como o Acórdão publicado.

Frise-se que a ação encontra-se atualmente no STJ para fins de julgamento do Recurso Especial.

Equivocada qualquer argumentação de que a discussão em Juízo impede a compensação. Do direito de efetuar a auto-compensação, de acordo com o previsto no artigo 66 da Lei nº 8.383/91. Não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170A do CTN.

Possui a Peticionante o direito de efetuar a compensação dos valores indevidamente pagos de imediato, independentemente de autorização ou processo administrativo.

Ora, o direito de se efetuar a auto-compensação de acordo com o artigo 66 da Lei nº 8.383/91 já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 78.301-BA

...

Após essa histórica decisão, ficou assentado que os tributos sujeitos ao regime de lançamento por homologação como é o caso da contribuição previdenciária podem e devem ser compensados pelo contribuinte independentemente de autorização administrativa ou de decisão judicial, pela simples aplicação do art. 66, da Lei n. 8.383/91, afastadas as regras infra-legais editadas em sentido contrário.

Nesse contexto, faz-se necessário eventual socorro ao Judiciário apenas para que a Peticionante não sofra indevidas retaliações por parte do Fisco, o que é, em síntese, o objetivo primordial da ação em questão, sendo equivocada qualquer eventual argumentação no sentido de que a discussão em Juízo impediria a compensação.

...

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

...

Portanto, não se aplica ao presente caso o regime dos artigos 170 e 170A do CTN, pois o que está sendo postulado no writ em destaque repita-se é a compensação no regime do lançamento por homologação (auto-lançamento), previsto no art. 66 da Lei n.8.383/91.

Da constituição do crédito tributário. As informações apresentadas em GFIP são meramente declaratórias e não têm o condão de constituir o suposto crédito tributário. As declarações constantes das GFIP não constituem confissão de dívidas sobre créditos.

É função do sujeito ativo da obrigação tributária, em caso de averiguação de ausência de pagamento, pagamento a menor, suspensão ou compensações supostamente indevidas, proceder ao lançamento de ofício e notificar o sujeito passivo para que pague no prazo assinalado, sob pena de, não o fazendo, sujeitar-se à cobrança judicial, desde que precedida da inscrição na dívida ativa.

Por decorrência lógica, ao informar por via de GFIP a operação de compensação com fundamento em processos judiciais, não pratica o sujeito passivo qualquer ato tendente a constituir o crédito tributário, não havendo razão para que o Fisco proceda à inscrição na dívida ativa e à respectiva cobrança de seus créditos.

Assim, eventual saldo devedor apurado pelo fisco envolve as informações apresentadas em GFIP e estas são meramente declarações transmitidas pela empresa não têm o condão de constituir o suposto crédito tributário.

Outrossim, o fato das declarações constantes em GFIP, além de não poder ser visto como confissão de dívidas sobre créditos, não exime o Fisco de proceder ao lançamento de ofício e posterior instauração de eventual procedimento administrativo a fim de verificar a existência de supostas irregularidades e lançar o tributo, constituindo o crédito tributário.

Dos índices de atualização. Observância.

No que tange aos índices de correção monetária e juros para atualização do crédito tributário da Peticionante, foram observadas as regras vigentes.

No que tange a atualização pela UFIR, esta decorre do disposto na Lei 8.383/91 nos arts 1º e 66, parágrafo 3º, bem como juros de mora de 1% ao mês a partir de cada recolhimento indevido.

No que tange a taxa SELIC, esta decorre do disposto no art. 39, parágrafo 4º da Lei 9.250/95.

Nulidade do Auto de Infração.

Crédito tributário com a exigibilidade suspensa, inicialmente, por força de determinação judicial, o que atrai a regra do inciso V do art. 151 do CTN. Nos termos do art. 63 da Lei nº 9.430/96, o Auto de Infração somente pode ser lavrado para prevenir a decadência, sem a cobrança da multa de ofício ou moratória.

...

O Código Tributário Nacional, em seu art. 161, prescreve que "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária". Nota-se que é a impontualidade no pagamento do tributo ou, em outras palavras, a sua quitação a destempo que confere à Fazenda Pública o direito de apenar o contribuinte.

...

Multa excessiva e indevida.

É nula a multa lançada sem fundamento legal ou com fundamento em dispositivos normativos que não prevêem infração alguma, e nem sequer a correlata sanção.

...

Não observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das multas fiscais.

Tem-se como parâmetro dos limites das multas fiscais a razoabilidade e a proporcionalidade da exação.

A doutrina constitucional moderna e o Supremo Tribunal Federal, nesse sentido, determinam que não se deve analisar as leis somente sob a ótica do princípio da reserva legal.

...

Da natureza confiscatória das multas em peleja.

A cobrança e a multa ora combatidas são injustas, indevidas, excessivas e escorchantes, padecendo de vícios de inconstitucionalidade, pois ofendem magnos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, vedação ao confisco, capacidade contributiva e segurança jurídica. E ainda, não há falar na aplicação da malfadada multa, uma vez que não se comprovou a ocorrência do fato que a originou.

Traz aos autos o recurso especial nº 1.322.945/DF:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.945 - DF (2012/0097408-8)

*RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
RECORRENTE : GLOBEX UTILIDADES S/A ADVOGADO :
NELSON WILIANS FRATONI RODRIGUES RECORRIDO :
FAZENDA NACIONAL PROCURADOR : PROCURADORIA-
GERAL DA FAZENDA NACIONAL*

*EMENTA RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS USUFRUÍDAS. AUSÊNCIA DE EFETIVA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO PELO EMPREGADO. NATUREZA JURÍDICA DA VERBA QUE NÃO PODE SER ALTERADA POR PRECEITO NORMATIVO. AUSÊNCIA DE CARÁTER RETRIBUTIVO. AUSÊNCIA DE INCORPORAÇÃO AO SALÁRIO DO TRABALHADOR. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARECER DO MPF PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO. **RECURSO ESPECIAL PROVIDO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE O SALÁRIO-MATERNIDADE E AS FÉRIAS USUFRUÍDAS.***

Pesquisado o andamento especial, foram acolhidos os embargos declaratórios da Fazenda Nacional atribuindo-se efeitos infringentes em razão do RESP nº 1.230.957/RS

*EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.322.945 - DF
(2012/0097408-8)*

*RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL PROCURADOR :
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
EMBARGADO : GLOBEX UTILIDADES S/A ADVOGADO :
NELSON WILLIANS FRATONI RODRIGUES*

*EMENTA TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO
RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.
SALÁRIO-MATERNIDADE E FÉRIAS USUFRUÍDAS.
PROCESSO PAUTADO. PUBLICIDADE. ADIAMENTO.
JULGAMENTO REALIZADO NA SEGUNDA SESSÃO
SUBSEQÜENTE. TEMPO RAZOÁVEL. DESNECESSIDADE DE
REINCLUSÃO EM PAUTA. PARTE QUE NÃO PODE ALEGAR
SURPRESA. OMISSÃO QUANTO À TESE DE QUE O ART.
543-C DETERMINA A SUSPENSÃO DOS DEMAIS
PROCESSOS QUE TRATEM DO MESMO ASSUNTO.*

*COMANDO LEGAL DIRIGIDO APENAS AOS TRIBUNAIS DE
SEGUNDA INSTÂNCIA. PRECEDENTES. PEDIDO DE
DESISTÊNCIA PARCIAL HOMOLOGADO. INCIDÊNCIA DA
CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NOVA ORIENTAÇÃO
DA PRIMEIRA SEÇÃO. ENTENDIMENTO FIRMADO NO
RESP 1.230.957/RS, REL. MIN. MAURO CAMPBELL
MARQUES, SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC.
POSSIBILIDADE DE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS
INFRINGENTES AOS EMBARGOS. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL ACOLHIDOS, COM
EFEITOS INFRINGENTES.*

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Relator

Procedimentos formais

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento também não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III - por edital, quando resultarem improficuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou as alegações pertinentes do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias. Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216).

Portanto, em razão do exposto e nos termos das regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

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.

Superadas as questões preliminares passo ao mérito.

No mérito

De fato, a jurisprudência do STJ em recurso repetitivo é pela não incidência sobre algumas das parcelas considerados pelo recorrente como origem de seu crédito (Adicional de férias gozadas e Auxílio-doença nos primeiros 15 dias). No mesmo acórdão

também se reconheceu a incidência sobre o salário-maternidade, revendo entendimento no julgamento do Resp nº 1.322.945 - DF:

RECURSO ESPECIAL Nº 1.230.957 - RS (2011/0009683-6)

*RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL PROCURADOR :
PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRENTE : HIDRO JET EQUIPAMENTOS
HIDRÁULICOS LTDA/ ADVOGADO : LUCAS BRAGA
EICHENBERG E OUTRO(S)*

*RECORRIDO : OS MESMOS INTERES. : ASSOCIACAO
NACIONAL DE BANCOS - ASBACE ADVOGADO : FÁBIO DA
COSTA VILAR E OUTRO(S)*

*INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MANTENEDORAS
DE ENSINO SUPERIOR - ABMES ADVOGADO : FÁBIO DA
COSTA VILAR EMENTA 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. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS
HIDRÁULICOS LTDA.*

1.1 Prescrição.

*O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o RE 566.621/RS,
Tribunal Pleno, Rel. Min.*

*Ellen Gracie, DJe de 11.10.2011), no regime dos arts. 543-A e
543-B do CPC (repercussão geral), pacificou entendimento no
sentido de que, "reconhecida a inconstitucionalidade art. 4º,
segunda parte, da LC 118/05, considerando-se válida a
aplicação do novo prazo de 5 anos tão-somente às ações
ajuizadas após o decurso da vacatio legis de 120 dias, ou seja, a
partir de 9 de junho de 2005". No âmbito desta Corte, a questão
em comento foi apreciada no REsp 1.269.570/MG (1ª Seção, Rel.
Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 4.6.2012), submetido ao
regime do art. 543-C do CPC, ficando consignado que, "para as
ações ajuizadas a partir de 9.6.2005, aplica-se o art. 3º, da Lei
Complementar n. 118/2005, contando-se o prazo prescricional
dos tributos sujeitos a lançamento por homologação em cinco
anos a partir do pagamento antecipado de que trata o art. 150, §
1º, do CTN".*

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

Acontece que o entendimento no Resp nº 1.230.957 não se tornou definitivo, está pendente de revisão no âmbito do STF pela interposição de recursos extraordinários com repercussão geral (RE 576967 - Salário-maternidade e RE 593.068 - Adicional de férias):

Resp nº 1.230.957

24/07/2014(15:55hs) Processo Suspenso por Recurso Extraordinário com repercussão geral (265)

O entendimento do STJ em recurso repetitivo somente pode ser aplicado aos processos judiciais sobrestados no tribunal de origem quando se tornam definitivo. Como permanecem sobrestados no STF todas as matérias discutidas pelo recorrente, o processo nº 2008.33.00.000926-5 ainda não transitou em julgado. Ressalta-se também que o artigo 62-A da Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 somente prevê a reprodução pelas turmas do CARF no caso de decisão definitiva:

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.

Assim, pela ausência de uma solução definitiva no âmbito dos tribunais superiores, a ação judicial individual promovida pelo recorrente, onde se discute o reconhecimento ou não de que os tributos tenham sido pagos indevidamente por não incidência, é concomitante ao presente processo administrativo, o que implica a renúncia de se discutirem as mesmas questões:

Lei nº 6.830/80

Art. 38 (...)

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Lei n.º 8.213, de 24/07/91:

Art. 126 (...)

§3º A propositura, pelo beneficiário ou contribuinte, de ação que tenha por objeto idêntico pedido sobre o qual versa o processo administrativo importa renúncia ao direito de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso interposto.

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

No que se refere ao sobrestamento do processo, como já salientamos, as matérias estão pendentes no STF em repercussão geral. Acontece que a Portaria MF nº 545, de 18/11/2013 revogou a necessidade de sobrestamento no CARF:

PORTARIA No 545, de 18/11/2013

Altera o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovado pela Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda.

O MINISTRO DE ESTADO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos I e II do parágrafo único do art. 87 da Constituição Federal e o art. 4º do Decreto nº 4.395, de 27 de setembro de 2002, resolve:

Art. 1º Revogar os parágrafos primeiro e segundo do art. 62- A do Anexo II da Portaria MF nº 256, de 22 de junho de 2009, publicada no DOU de 23 de junho de 2009, página 34, Seção 1, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais -CARF.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

Portaria MF nº 256, de 22/06/2009

Art. 62-A.(...)

§ 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.

Assim, de acordo com as regras acima não cabe o sobrestamento e se deve reconhecer a concomitância para o não conhecimento do mérito. A revisão da autuação ficará condicionada ao entendimento definitivo do STF sobre as verbas e a demonstração de que, de fato, o recorrente é efetivamente possuidor do crédito não prescrito alegado às fls. 210.

Multa Aplicada

No processo nº 10580.733456/2011-91 a fiscalização observou a legislação e não aplicou multa de ofício, mas tão somente a multa moratória no limite máximo de 20%, conforme artigo 61 da Lei nº 9.430/1996, o que é o critério mais benéfico ao recorrente:

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

...

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

No presente processo por erro de preenchimento de GFIP a fiscalização também observou a regra mais benéfica ao recorrente. Em face da regra trazida pelo artigo 26 da Lei nº 11.941, de 27/05/2009 aplicou o artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, observando assim o artigo 106 do Código Tributário Nacional.

Por fim, a recorrente alega inconstitucionalidades, sobretudo pelo seu entendimento de que a multa teria fins confiscatórios; no entanto, o artigo 26-A do Decreto nº 70.235/72 restringe a atuação do órgão administrativo no sentido de afastar dispositivo legal vigente:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Por tudo, voto por conhecer em parte do recurso para, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes