



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

Processo nº 10600.720135/2015-74
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-005.539 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de junho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente MINAS GERAIS SECRETARIA DE ESTADO DA EDUCACAO
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. PEDIDO DE PERÍCIA. INSUBSISTÊNCIA

O indeferimento do pleito quanto ao pedido de perícia não tem o condão de macular a decisão exarada em primeira instância, em face do livre convencimento da autoridade julgadora na apreciação da prova formadora de sua convicção.

NULIDADE. FALTA DE MOTIVAÇÃO. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOCORRÊNCIA

O procedimento fiscalizatório foi efetuado dentro dos preceitos normativos atinentes à matéria, com observância ao art. 142 do CTN, e o contribuinte foi devidamente intimado para apresentar as razões de defesa, juntada de provas que entendesse necessárias para fundamentar suas alegações. Restou plenamente assegurado o contraditório e a ampla defesa.

TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

O adicional do terço constitucional de férias possui natureza de retribuição pelo trabalho, integrando a remuneração e o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária.

PRÊMIO PRODUTIVIDADE

Quanto ao prêmio de produtividade, não assiste razão à Recorrente quanto às alegações aduzidas da presente matéria, pois pelo contexto fático-probatório resta clara a sua natureza remuneratória.

SEGURADOS OMITIDOS EM GFIP

Caberia ao sujeito passivo a exposição das razões de sua insurgência e carrear provas relacionadas às discordâncias, a teor do que dispõe o artigo 16, III, do

Decreto nº 70.235/72. Deveria o contribuinte apontar e provar nos autos a condição de servidor efetivo e/ou aposentado de cada um dos trabalhadores relacionados pela fiscalização nos citados anexos do TVF, o que não foi feito no presente caso.

DA MULTA APLICADA

Quanto à insubsistência da aplicação da multa e a alegação de *bis in idem*, constata-se que não houve qualquer duplicidade, tendo sido aplicada de forma correta somente a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso voluntário e rejeitar as preliminares. No mérito, por voto de qualidade, negar provimento ao recurso. Vencidos os conselheiros Andréa Viana Arrais Egypto (relatora), Rayd Santana Ferreira, Luciana Matos Pereira Barbosa e Matheus Soares Leite, que votaram por dar provimento parcial ao recurso, para excluir da base de cálculo apurada os pagamentos efetuados a título de adicional de terço constitucional de férias. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cleberson Alex Friess.

(Assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(Assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto - Relatora

(Assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Cleberson Alex Friess, Luciana Matos Pereira Barbosa, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Andréa Viana Arrais Egypto, Matheus Soares Leite e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão da 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto - SP (DRJ/RPO), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, mantendo o Crédito tributário, conforme ementa do Acórdão nº 14-60.700 (fls. 1633/1673):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. FALTA DE CLAREZA NA DESCRIÇÃO DOS FATOS PELA ACUSAÇÃO FISCAL. INEXISTÊNCIA.

Descabida a declaração de nulidade, por cerceamento do direito de defesa, quando o relatório fiscal e seus anexos contêm a descrição pormenorizada dos fatos imputados ao sujeito passivo, indicam os dispositivos legais que ampararam o lançamento e expõem de forma clara e objetiva os elementos que levaram a fiscalização a concluir pela efetiva ocorrência dos fatos jurídicos desencadeadores do liame obrigacional.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ADICIONAL DE 1/3 DAS FÉRIAS.

Integra o salário-de-contribuição o adicional de 1/3 (um terço) de férias, de que trata o inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PRÊMIO POR PRODUTIVIDADE.

Entende-se por salário de contribuição, para o segurado empregado e contribuinte individual, a totalidade dos rendimentos pagos a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

Somente os valores pagos a título de participação dos empregados nos lucros ou resultados da sociedade empresária, na forma da Lei nº 10.101/2000, não sofrem incidência de contribuições sociais previdenciárias.

SERVIDORES PÚBLICOS NÃO EFETIVOS. CARGO EM COMISSÃO. VINCULAÇÃO AO REGIME GERAL DE PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Os servidores públicos ocupantes de cargos comissionados de recrutamento amplo, de livre nomeação e exoneração, não ocupantes de cargos efetivos, devem contribuir para o Regime Geral de Previdência Social - RGPS, na qualidade de segurados obrigatórios.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO.

Nos casos de lançamento de ofício deve ser aplicada a penalidade de ofício, aplicando-se a multa de mora somente nos casos de recolhimento espontâneo.

PENALIDADE. PRINCÍPIO DO NÃO CONFISCO.

Inexiste desobediência ao princípio do não confisco quando a penalidade aplicada tem respaldo em lei.

APRESENTAÇÃO DE PROVAS. PRECLUSÃO.

As provas documentais devem ser apresentadas no momento da impugnação, sob pena de preclusão, excetuado fundado motivo para não tê-lo feito naquela oportunidade.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Estando presentes nos autos todos os elementos de convicção necessários à adequada solução da lide, indefere-se, por prescindível, o pedido de diligência ou perícia com o intuito de produzir provas que deveriam ser apresentadas na impugnação.

*Impugnação Improcedente**Crédito Tributário Mantido*

O presente processo trata do lançamento de contribuições previdenciárias patronais, incluindo as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa resultantes dos riscos ambientais do trabalho – GILRAT, e de contribuições previdenciárias devidas pelos segurados, incidentes sobre parcelas remuneratórias pagas, devidas ou creditadas a segurados a seu serviço, devidas e não recolhidas pelo Contribuinte em época própria, apuradas em Folhas de Pagamento e não declaradas em GFIP (Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social), referentes ao período de Janeiro/2010 a Dezembro/2011.

O valor do Crédito Tributário apurado:

- No Auto de Infração referente à Contribuição da Empresa e do Empregador, consolidado em 22/12/2015, acrescido de juros de mora e multa proporcional, é de R\$ 14.373.995,42 (fl. 08).
- No Auto de Infração referente à Contribuição Previdenciária dos Segurados, consolidado em 22/12/2015, acrescido de juros de mora e multa proporcional, é de R\$ 6.165.157,89 (fl. 23).

O Total das Obrigações tributárias lançadas nos dois Autos de Infração é de R\$ 20.539.153,31 (fl. 02).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal – TVF (Relatório Fiscal), de fls. 32 a 47:

1. O procedimento fiscal teve início em 21/01/2015, por meio do Termo de Início de Procedimento Fiscal;

-
2. Durante o procedimento fiscal informações, documentos e esclarecimentos foram solicitados, inclusive arquivos digitais com informações contábeis e da folha de pagamento;
 3. Foram analisadas e consideradas todas as informações obtidas através de consultas e extrações provenientes do banco de dados dos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil, inclusive os declarados nas GFIP consideradas válidas;
 4. O procedimento fiscal foi encerrado em caráter parcial, por envolver outros períodos não incluídos neste processo;
 5. Os fatos geradores apurados correspondem à remuneração de servidores não efetivos, vinculados ao Regime Geral da Previdência Social – RGPS;
 6. Da análise das Folhas de Pagamento apresentadas a fiscalização apurou que o valor da remuneração de segurados empregados é superior ao valor declarado em GFIP. Constatou que não foram consideradas algumas rubricas na composição da base de cálculo, dentre as quais se destaca a Gratificação de 1/3 de férias (verba 0152, omitida sistematicamente da GFIP em janeiro de 2010) e o Prêmio de produtividade (rubricas 0399 e 0373);
 7. Comparados os valores registrados em folhas de pagamento com os respectivos valores declarados em GFIP, houveram casos onde segurados empregados foram omitidos da GFIP em determinadas competências. Intimado o Contribuinte para justificar as divergências, nada foi apresentada, razão pela qual foi feito o lançamento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração dos segurados omitidos em GFIP (Demonstrativo nas fls. 502/1.090);
 8. As alíquotas aplicadas foram:
 - a. De contribuição de segurado: 7,65% a 11%, respeitado o limite máximo do salário de contribuição;
 - b. Patronal: 20%;
 - c. GIRAT: de 1%, conforme enquadramento da atividade preponderante para o CNAE 8520-1/00 (Ensino Médio);
 9. Foram aplicadas Multa de Ofício e de Mora.

Em 23/12/2015 o sujeito passivo tomou ciência dos Autos de Infração lavrados (fls. 02/03) e em 20/01/2016, tempestivamente, apresentou sua impugnação de fls. 1596 a 1619.

Diante da impugnação tempestiva, o processo foi encaminhado à DRJ/RPO para julgamento, onde, improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário lançado.

Em 25/08/2016 o Contribuinte tomou ciência do Acórdão (AR – fl. 1710) e, tempestivamente, em 01/09/2016, interpôs seu RECURSO VOLUNTÁRIO de fls. 1686 a 1709, onde:

1. Preliminarmente:

- Argui a nulidade processual mediante o indeferimento do requerimento de Perícia Contábil feito na Impugnação (fls. 1689/1690);
- Pleiteia a nulidade do procedimento fiscal por violação ao contraditório e à ampla defesa (fls. 1690/1692);
- Assevera que o todo o procedimento fiscal é inválido uma vez que o lançamento fiscal foi baseado em presunção (fls. 1692/1693);

2. Na eventualidade de não acolhimento de quaisquer das questões preliminares suscitadas, manifesta a necessidade de reforma do Acórdão recorrido, argumentando que as parcelas não computadas não deveriam integrar a base de cálculo das contribuições (fls. 1693/1700);

3. Com relação aos segurados empregados omitidos em GFIP, alega restar prejudicado o exercício do seu direito de defesa, violando os princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que no Relatório Fiscal não tem qualquer informação a respeito de quem seriam esses segurados empregados, suas funções e por qual razão eles não deveriam ser incluídos (fls. 1700/1707);

4. Alega que foram aplicadas duas multas distintas em função do mesmo fato gerador, evidenciando um *bis in idem*, razão pela qual entende que deve ser decotada a multa mais gravosa. Complementa dizendo que, no caso de serem mantidas as duas multas, verifica-se a necessidade de redução dos percentuais adotados, sob pena de evidente confisco de bens do Estado de Minas Gerais (fls. 1707/1708)

Conclui o RV requerendo sua admissão e julgamento a fim de:

1. Preliminarmente, declarar nula a decisão recorrida e/ou declarar nulo todo o procedimento fiscal;
2. No mérito, dar provimento ao recurso para reformar a decisão recorrida, cancelar o lançamento efetuado e reconhecer a inexistência do débito.

A PGFN foi cientificada da decisão e não apresentou contrarrazões ao Recurso Voluntário.

É o relatório

Voto Vencido

Conselheira Andréa Viana Arrais Egypto - Relatora.

Juízo de admissibilidade

O recurso voluntário foi apresentado dentro do prazo legal e atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminares

Nulidade da decisão de primeira instância – Pedido de perícia

Pleiteia a Recorrente nulidade da decisão de primeira instância em face do indeferimento na realização de perícia.

Cumpre nesse ponto destacar que a perícia tem por finalidade a elucidação de questões técnicas ou fáticas que suscitem dúvidas ao julgador, o qual cabe avaliar a necessidade da produção da prova técnica que exige conhecimento especial.

No presente caso, o Relatório Fiscal e seus anexos detalham de forma clara os critérios utilizados pela fiscalização na forma de apuração do crédito tributário a partir das diferenças encontradas em Folha de Pagamento, GFIP e arquivos digitais

Qualquer demonstração de que existem vícios no lançamento se dá por meio de alegações consistentes lastreadas com as provas documentais diretamente por parte do sujeito passivo, o que não foi feito no presente caso.

O julgador entendeu que a análise do presente caso prescinde da perfectibilização de prova pericial. Nesse sentido, o Decreto 70.235/1972 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, estabelece que ao julgador cabe a determinação das diligências que entender necessárias, pois na apreciação da prova formará livremente a sua convicção:

Art. 29. Na apreciação da prova, a autoridade julgadora formará livremente sua convicção, podendo determinar as diligências que entender necessárias.

Portanto, diferente do que foi suscitado pela recorrente, entendo que o indeferimento do seu pleito quanto ao pedido de perícia não tem o condão de macular a decisão exarada em primeira instância em face do livre convencimento da autoridade julgadora na apreciação da prova formadora de sua convicção.

Assim, rejeito a preliminar suscitada pela parte.

Nulidade – Falta de motivação e violação ao contraditório e ampla defesa

Segundo o Recorrente o lançamento foi imotivado em virtude da ausência de fundamentos para a inclusão da rubrica 1/3 (um terço) de férias, além de não constar quem

seriam os segurados empregados omitidos da GFIP, quais as suas funções e por qual motivo deveriam ser incluídos.

Não há que se falar em nulidade quando estão explicitados todos os elementos concernentes ao lançamento e claramente descritos os motivos da autuação, o que permite a perfeita compreensão da apuração do crédito tributário e observância do contraditório e da ampla defesa.

Consoante se verifica, o Auto de Infração fls. 8/30, com os Demonstrativos de Apuração, descrição dos fatos, enquadramento legal, o Termo de Verificação Fiscal adunado às fls. 32/46 e toda a documentação que lastreou o lançamento, demonstram a sua clara motivação.

Ademais, não há que se falar em lançamento baseado em presunção, quando o sujeito passivo foi intimado para apresentar os documentos constantes nos termos fiscais e, com base na documentação colhida e transmitida através dos sistemas eletrônicos com os dados fornecidos pelo contribuinte, foi efetuado lançamento, fundamentado nas razões de fato e de direito apresentadas pelo Auditor Fiscal para a apuração do crédito tributário na forma como estabelecida pelo art. 142 do CTN.

O procedimento fiscalizatório encontra-se subsidiado nos termos dos preceitos normativos atinentes à matéria, sendo o contribuinte devidamente intimado para apresentação das razões de defesa e para juntada de provas que entendesse necessárias para a fundamentação das suas alegações. Restou, portanto, plenamente assegurado o contraditório e a ampla defesa, razão porque afasto a preliminar suscitada.

Da Gratificação de 1/3 de férias

A Recorrente se insurge contra a exigência da contribuição relativa ao adicional do terço constitucional de férias, nos termos do item 5.1 do Termo de Verificação Fiscal (fl. 37), nos seguintes termos:

Dentre estas rubricas, merecem destaque a gratificação de 1/3 de férias (verba 0152, omitida sistematicamente da GFIP em janeiro de 2010) [...].

Ocorre que o Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do REsp 1.230.957 decidido em sede de recurso repetitivo, entendeu que não incide a contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, sobre o aviso prévio indenizado ou sobre os primeiros 15 dias de afastamento que antecedem ao auxílio-doença.

Posteriormente, o STF consolidou o entendimento, no RE 565.160, publicado em 23 de agosto de 2017, no sentido de que essa matéria possuía natureza infraconstitucional, razão pela qual deve prevalecer o entendimento firmado no âmbito do STJ sobre a matéria em comento.

Destarte, em virtude do que dispõe o art. 62, § 2º, do RICARF, aprovado pela Portaria nº 343/2015, os Conselheiros deverão reproduzir as decisões definitivas de mérito proferidas pelo STF e pelo STJ no rito dos artigos 543-B e 543-C do CPC, senão vejamos:

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 prevista pelos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973 Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Assim, no cálculo do tributo devido, deve ser excluída da base de cálculo os pagamentos efetuados a título de adicional do terço constitucional de férias.

Do prêmio de produtividade

Segundo alegações de defesa o prêmio produtividade não configura ganho habitual e refere-se à participação nos resultados aferido por metas estabelecidas em lei estadual (Lei nº 17.600/2000), sendo descabida a sua consideração como salário de contribuição por tratar-se de PLR, conforme disposto no art. 28, §9º, alínea "j", da Lei nº 8.212/91.

Nesse ponto convém trazer à colação os bens fundamentados trechos do TVF acerca da exigência traduzida no lançamento:

A Lei Estadual nº 17.600, de 01/07/2008, veio disciplinar o denominado Acordo de Resultados e conceituar o benefício do Prêmio de Produtividade em seu Capítulo IV nos seguintes termos:

[...] o Prêmio por Produtividade constitui uma forma de salário vinculada a fatores de ordem pessoal do servidor ou geral de muitos servidores, configurando-se como uma contraprestação dos serviços prestados.

Evidente também que o único recurso que o servidor possui para perceber tal bônus é o seu trabalho, ora duplamente subordinado pela vinculação com as metas estabelecidas pela Administração Pública e no interesse dessa. Nessas condições, integra o salário de contribuição, segundo a seguinte conceituação trazida pela Lei nº 8.212, de 1991 (redação dada pela Lei nº 9.528/1997):

[...]

Observa-se, ainda, que mencionado Prêmio não se acha relacionado entre as parcelas não integrantes do salário de contribuição descritas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991, e tampouco apresenta natureza indenizatória.

Trata-se de concessão não eventual, que se repete em intervalos regulares, usualmente no segundo semestre do ano posterior ao ano avaliado, sendo, dessa forma, remuneração adicional por um trabalho executado durante todo o exercício anterior.

Nessas circunstâncias, por força da Lei nº 8.212, de 1991, o Prêmio por Produtividade integra o salário de contribuição dos servidores comissionados de recrutamento amplo para fins de incidência da contribuição social previdenciária.

Tal conclusão não pode ser afastada pelo art. 38 da Lei estadual nº 17.600, de 2008, baseando-se em sua disposição de que o referido prêmio não se incorpora à remuneração (...) e não servirá de base de cálculo para outro benefício ou vantagem nem para a contribuição à seguridade social, uma vez que o inciso XXIII do art. 22 da Constituição Federal estabelece que compete privativamente à União legislar sobre seguridade social.

[...]

Cabe ressaltar que a natureza remuneratória de uma determinada parcela independe de sua denominação, conforme se depreende da leitura do Art. 28, I da lei 8.212/91 e outros dispositivos da legislação previdenciária.

Tampouco se poderia admitir que tais pagamentos, apesar de sua denominação, tivessem ocorrido sob o amparo da lei nº 10.101, de 19/12/2000, que trata da participação do trabalhador em lucros e resultados, haja vista que tal instrumento é um incentivo à produtividade nas empresas, livremente acordado através de instrumentos de negociação coletiva entre empregados e empregadores e outros requisitos, sendo ainda que a própria lei deixa claro que se trata de um instrumento de integração entre os fatores de produção capital e trabalho, conforme o excerto abaixo:

[...]

Ora, tais conceitos e institutos são estranhos à própria natureza do Ente Estatal e suas funções, uma vez que a pessoa jurídica de direito público não exerce atividade econômica, não possui objetivo de lucro e nem pode conceituar “resultados” no contexto aplicável às empresas privadas, haja vista que seu desempenho financeiro é vinculado a execução de um orçamento previamente aprovado em lei, não sendo concebível, portanto, a participação em lucros ou resultados contextualizada na bonificação de agentes públicos.

Dessa forma, quanto ao prêmio de produtividade, entendo que não assiste razão à Recorrente quanto às alegações aduzidas da presente matéria, pois pelo contexto fático-probatório resta clara a sua natureza remuneratória.

Dos segurados empregados omitidos em GFIP

Segundo o Recorrente foi cerceado o seu direito de defesa pois não consta no lançamento o detalhamento sobre os fundamentos da autuação ou qualquer informação de quem seriam os segurados omitidos em GFIP e quais suas funções.

Aduz que pela competência concorrente dos entes federativos pode instituir tributos de seus servidores e que falece competência à Receita Federal para cobrar contribuições previdenciárias dos servidores estaduais não efetivos.

Pois bem.

Com a publicação da Emenda Constitucional nº 20/1998, que incluiu o § 13 no art. 40 da Constituição Federal, foram introduzidas modificações no regramento jurídico relativo à vinculação dos servidores temporários obrigatoriamente ao RGPS, conforme se destaca a seguir:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

[...]

§ 13 – Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

A redação estabelecida no § 13 deixa claro que, a partir da publicação da EC nº 20, em 15/12/1998, os servidores ocupantes de cargo em comissão, bem como de cargo temporário, ao lado dos empregados públicos, vinculam-se obrigatoriamente ao RGPS.

Essa regra foi corroborada com a edição da Lei nº 9.717/1998, através da qual o legislador ordinário concedeu o direito de participação em regimes próprios de previdência social em caráter exclusivo somente aos servidores titulares de cargos efetivos, *verbis*:

Art.1º. Os regimes próprios de previdência social dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, dos militares dos Estados e do Distrito Federal deverão ser organizados, baseados em normas gerais de contabilidade e atuária, de modo a garantir o seu equilíbrio financeiro e atuarial, observados os seguintes critérios:

[...]

V – cobertura exclusiva a servidores públicos titulares de cargos efetivos e a militares, e a seus respectivos dependentes, de cada ente estatal, vedado o pagamento de benefícios, mediante convênios ou consórcios entre Estados, entre Estados e Municípios e entre Municípios;

Destarte, a Constituição da República estabelece a competência privativa da União para legislar sobre a seguridade social (art. 22, XXIII), a qual será financiada por toda a

sociedade, mediante recursos provenientes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das contribuições sociais do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada, senão vejamos:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

Nesse sentido, a Lei nº 8.212/91, que dispõe sobre a organização e Plano de Custeio da Seguridade Social, estabelece em seu artigo 15 que considera-se empresa, para os fins de aplicação das normas previdenciárias, os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional:

Art. 15. Considera-se:

I – Empresa a firma individual ou sociedade que assume o risco de atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional;

Destaque-se ainda o que a Lei nº 8.212/91 determinou acerca dos segurados obrigatórios e dos que são excluídos do Regime Geral de Previdência Social:

Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I- Como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

Art. 13. O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral de Previdência Social consubstanciado nesta Lei, desde que amparados por regime próprio de previdência social. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Assim, ocorrido o fato gerador, nasce a obrigação tributária decorrente da relação jurídica legalmente estabelecida, cabendo ao fisco, no caso de inadimplemento, a constituição do crédito tributário pelo lançamento (art. 142 do CTN).

No presente caso, a fiscalização procedeu ao lançamento das contribuições devidas, lastreada nas informações disponíveis, constantes dos arquivos digitais das Folhas de Pagamento e nas informações prestadas pelo órgão nas GFIP.

A auditoria fiscal identificou cada um dos segurados omitidos em GFIP, relacionando-os no anexo “SEGURADOS EM FOPAG NÃO INCLUÍDOS EM GFIP – LEVANTAMENTO F” (fls. 502/1.089), onde consta o nome, matrícula e número NIT dos segurados, detalhando, por mês e segurado, os valores da base de cálculo em Folha de Pagamento, em GFIP, e as diferenças encontradas.

Vale ainda destacar que o Recorrente não apresentou qualquer prova de que os servidores relacionados no Anexo “BC EM FOPAG MAIOR QUE EM GFIP – LEVANTAMENTO E” (doc. Fls. 48/501), e anexo “SEGURADOS EM FOPAG NÃO INCLUÍDOS EM GFIP – LEVANTAMENTO F” (fls. 502/1.089) seriam servidores efetivos vinculados ao RPPS.

Caberia ao sujeito passivo a exposição das razões de sua insurgência e carrear provas relacionadas às discordâncias, a teor do que dispõe o artigo 16, III, do Decreto nº 70.235/72.

Necessário ao contribuinte apontar e provar nos autos a condição de servidor efetivo e/ou aposentado de cada um dos trabalhadores relacionados pela fiscalização nos citados anexos do TVF, o que não foi feito no presente caso.

Assim, não merece prosperar as alegações do Recorrente.

Da aplicação da multa

Quanto à insubsistência da aplicação da multa e a alegação de *bis in idem*, constata-se que não houve qualquer duplicidade, tendo sido aplicada de forma correta somente a multa de ofício prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/1996.

Dessa forma, resta incólume o lançamento e a decisão recorrida.

Conclusão

Ante o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, rejeito as preliminares apontadas e, no mérito, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO para que no cálculo do tributo devido seja excluída da base de cálculo os pagamentos efetuados a título de adicional do terço constitucional de férias.

(Assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto.

Voto Vencedor

Conselheiro Cleberson Alex Friess - Redator Designado

Peço vênia à I. Relatora para divergir do seu voto, especificamente quanto ao adicional do terço constitucional de férias.

Assim como o pagamento do período de férias usufruídas pelo trabalhador, o respectivo acréscimo de um terço no montante devido, com base no inciso XVII do art. 7º da Carta Política de 1988, é destinado a retribuir o trabalho, integrando a remuneração e o salário-de-contribuição para fins de incidência da contribuição previdenciária.

A respeito da base de cálculo da contribuição previdenciária do segurado empregado, prescreve a Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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.

(...)

§ 2º Não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28.

(...)

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;

(...)

Não há dúvidas que a definição da base imponible pela lei ordinária é abrangente, não ficando limitada aos valores pagos em decorrência do trabalho efetivamente prestado (contraprestação), mas sim ao conceito de remuneração como retribuição pelo trabalho, que justifica a incidência da tributação, inclusive, nas hipóteses de parcelas recebidas quando do afastamento por férias, descanso semanal, enfim, nas hipóteses de interrupção do contrato do trabalho.

De mais a mais, o § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991, não incluiu no rol das exclusões do salário-de-contribuição a parcela recebida pelo trabalhador a título do adicional do terço de férias.

Tanto é assim que o § 4º do art. 214 do Regulamento da Previdência Social (RPS), veiculado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999, faz expressa alusão à incidência da contribuição previdenciária. Confira-se:

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 4º A remuneração adicional de férias de que trata o inciso XVII do art. 7º da Constituição Federal integra o salário-de-contribuição.

(...)

É certo, por outro lado, que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui jurisprudência consolidada no sentido da não incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração do terço constitucional de férias gozadas, dada a sua natureza indenizatória/compensatória, segundo o que foi decidido no Recurso Especial (REsp) nº 1.230.957/RS, julgado na sistemática dos recursos repetitivos.

Ocorre que houve o sobrestamento dos efeitos da decisão, devido ao reconhecimento de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (STF), cujo paradigma é o Recurso Extraordinário (RE) nº 593.068/SC, o qual trata da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, a gratificação natalina, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade.

Com efeito, o REsp nº 1.230.957/RS foi sobrestado pelo Tema 163/STF, conforme decisão da Vice-Presidência do STJ, em 25/07/2015 (Tema/Repetitivo 479).

Além disso, a natureza jurídica do terço constitucional de férias, indenizadas e gozadas, para fins de incidência da contribuição previdenciária patronal, foi reputada constitucional, reconhecida a existência de repercussão geral no RE nº 1.072.485/PR, que está pendente de julgamento (Tema 985/STF).

Como se observa, a questão em apreço foi elevada ao nível constitucional, não havendo decisão definitiva, devendo-se aguardar a deliberação da mais alta Corte deste país, de maneira tal que não se impõe a vinculação dos conselheiros ao decidido no REsp nº 1.230.957/RS, tendo em conta a redação do § 2º do art. 62 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, e suas alterações posteriores:

Art. 62 (...)

§ 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.

(destaquei)

Dessa feita, ao integrarem os conceitos de remuneração e o salário-de-contribuição do trabalhador, os pagamentos efetuados a título de adicional do terço constitucional de férias devem ser mantidos na base de cálculo da contribuição previdenciária do lançamento fiscal.

Conclusão

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR provimento ao recurso voluntário apresentado pelo contribuinte.

(assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess