



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo n° 10680.723456/2010-73
Recurso n° Especial do Contribuinte
Acórdão n° 9202-005.402 – 2ª Turma
Sessão de 27 de abril de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente HOSPITAL SOCOR S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2007 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. RELEVAÇÃO DA MULTA IMPOSSIBILIDADE. EMPRESA INCORPORADORA. SUCESSÃO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO SUCESSOR.

APLICAÇÃO DA SUMULA CARF 47: Cabível a imputação da multa de ofício à sucessora, por infração cometida pela sucedida, quando provado que as sociedades estavam sob controle comum ou pertenciam ao mesmo grupo econômico.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em conhecer do Recurso Especial, vencido o conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, que não conheceu do recurso. No mérito, por unanimidade de votos, acordam em negar-lhe provimento. Votaram pelas conclusões os conselheiros Maria Helena Cotta Cardozo, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Heitor de Souza Lima Júnior, João Victor Ribeiro Aldinucci e Luiz Eduardo de Oliveira Santos.

(Assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos – Presidente em exercício

(Assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Luiz Eduardo de Oliveira Santos, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo, Patrícia da

Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior e João Victor Ribeiro Aldinucci.

Relatório

O presente Recurso Especial trata de pedido de análise de divergência motivado pelo Contribuinte face ao acórdão 2301-003.954, proferido pela 1ª Turma Ordinária / 3ª Câmara / 2ª Seção de Julgamento.

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a Recorrente, referente às contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), incidentes sobre remuneração paga ou creditada a segurados empregados, conforme Relatório Fiscal de fls. 11/14.

O Contribuinte apresentou impugnação, porém, às fls. 67/70, a 8ª Turma da DRJ/BHE julgou integralmente procedente o lançamento.

Às fls. 78/100, o Contribuinte apresentou Recurso Voluntário, alegando, em síntese: i) ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do INCRA; ii) ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do SEBRAE; iii) ilegalidade/inconstitucionalidade SESC SENAC; iv) ilegalidade/inconstitucionalidade Salário Educação; v) exclusão das verbas não remuneratórias da base de cálculo das contribuições previdenciárias; vi) base de cálculo das contribuições incidentes sobre a folha de salários / ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão dos valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado que usufrui do auxílio doença e do auxílio acidente, bem dos valores pagos à título de salário – maternidade, férias e adicional de 1/3 na base de cálculo destas contribuições sociais; vii) ausência de fato gerador; viii) alcance das definições e conceitos das normas tributárias; ix) direito de produção de prova.

A 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, às fls. 102/112, DEU PROVIMENTO ao Recurso Ordinário. A ementa do acórdão recorrido assim dispôs:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2007 a 31/12/2007

INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AFASTAMENTO DE ATÉ 15 DIAS POR DOENÇA.

O afastamento remunerado por até quinze dias do trabalho por motivo de doença é um direito do trabalhador que é suportado pelo empregador e seu pagamento tem natureza remuneratória.

ACRÉSCIMO DE 1/3 SOBRE FÉRIAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA.

O acréscimo de 1/3 sobre férias é um direito assegurado pela Constituição aos empregados que integra o conceito de remuneração, sujeitando-se, conseqüentemente, à contribuição previdenciária.

SALÁRIO MATERNIDADE. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. Por expressa determinação legal o salário maternidade é considerado salário de contribuição.

MULTA MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

A Recorrente não suscitou a questão da multa em seu Recurso Voluntário, em que pese o fato de a autuação ter sido lançada quando já vigia a novel legislação que trata da aplicação da multa mais benéfica.

Não sendo questão de ‘Ordem Pública’ que significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito e não tendo sido matéria anatematizada no RV, não já de ser analisado e julgado, mantendo a multa aplicada.

Às fls. 122/128, o Contribuinte interpôs **Recurso Especial** de divergência, alegando divergência jurisprudencial em relação às seguintes matérias: **i) os quinze primeiros dias de afastamento por auxílio-doença; ii) salário-maternidade; iii) férias; e iv) adicional de férias**. Aduziu que o acórdão recorrido entendeu caracterizar salário indireto, havendo incidência de contribuição previdenciária sobre tais parcelas concedidas; já o acórdão paradigma afirmou que tais valores estariam amparados pela isenção tributária prescrita na Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alíneas.

Às fls. 154/158, a 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento realizou o Exame de Admissibilidade do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte, **DANDO PARCIAL SEGUIMENTO** ao recurso em relação somente às seguintes matérias: **quinze primeiros dias de afastamento de auxílio-doença e adicional de férias**, pois, com relação às rubricas salário-maternidade e férias não ficou configurada a divergência apontada, ao contrário, as duas decisões convergem para o mesmo entendimento de que sobre tais verbas há incidência de contribuição previdenciária.

A matéria foi reexaminada pela Câmara Superior de Recursos Fiscais, às fls. 159/160, que manteve o despacho de parcial seguimento do Recurso Especial.

A União apresentou **Contrarrazões** ao Recurso Especial, às fls. 172/180, rebatendo, no mérito, os argumentos defendidos pelo Contribuinte, pugnando pela manutenção do Acórdão.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes – Relatora

O Recurso Especial interposto pelo Contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto, merece ser conhecido.

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a Recorrente, referente às contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), incidentes sobre remuneração paga ou creditada a segurados empregados, conforme Relatório Fiscal de fls. 11/14.

A discussão gira em torno da base de cálculo destas contribuições (TERCEIROS), motivo pelo qual estão sendo discutidas as verbas cujo entendimento do contribuinte são de origem indenizatória e não remuneratória, motivo pelo qual alega que não devem compor a base de cálculo do tributo.

O Acórdão recorrido deu provimento parcial ao Recurso Ordinário.

O Recurso Especial apresentado pelo Contribuinte trouxe para análise a divergência jurisprudencial no tocante aos **quinze primeiros dias de afastamento de auxílio-doença** e ao **adicional de férias**.

A meu ver as verbas em discussão possuem indiscutível caráter indenizatório, o que exclui as mesmas da base de cálculo do salário de contribuição para fins da contribuição previdenciária devida aos cofres públicos.

Nesse sentido aponta a doutrina pátria e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ressaltando que se deve levar em conta o caráter finalístico da verba como fator preponderante para sua classificação em indenizatória ou remuneratória.

Observe-se que a redação do artigo 28, I da lei 8212/91 ao disciplinar o conceito de salário de contribuição para o empregado e trabalhador avulso refere-se a totalidade de rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, **destinados a retribuir o trabalho**.

A finalidade do **adicional de férias (1/3)**, não é o de remunerar o trabalhador, mas sim o de garantir um extra a ser usufruído no período de descanso, uma vez que seus gastos fixos habituais já comprometem a remuneração mensal. Do mesmo modo ocorre no período que a empresa paga **os primeiros 15 dias de atestado médico**, pelos mesmos fundamentos, pois surge novamente aqui a ausência de trabalho. Logo, não há que se falar em verba remuneratória, pois não há trabalho realizado, mas sim uma indenização recebida

Dessa análise pode-se extrair que o terço constitucional sobre férias e os primeiros 15 dias que antecedem o auxílio-doença não se encontram denominados no conceito de salário de contribuição para fins previdenciários, motivo pelo qual não há que se falar em literalidade da lei, quanto menos em aplicação da estrita legalidade.

Também não se trata aqui de afastar a constitucionalidade da norma, mas tão somente de interpretá-la em consonância com os próprios ditames constitucionais que expressamente definiram o trabalho como fato gerador da exação fiscal.

Cumprido esclarecer que, a presente discussão teve início dentro do Regime Próprio de Previdência Social, conforme podemos verificar no voto do STJ em sede de uniformização de jurisprudência no qual determinou que a TNU adequasse seus julgados para não incidência:

PETIÇÃO Nº 7.296 - PE (2009/0096173-6) RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON
REQUERENTE : FAZENDA NACIONAL PROCURADOR : ROBERTA CECÍLIA DE
QUEIROZ RIOS E OUTRO(S) REQUERIDO : VIRGÍNIA MARIA LEITE DE ARAÚJO
ADVOGADO : CLAUDIONOR BARROS LEITÃO - DEFENSOR PÚBLICO EMENTA
TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO - INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE
JURISPRUDÊNCIA DAS TURMAS RECURSAIS DOS JUIZADOS ESPECIAIS
FEDERAIS - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - **TERÇO CONSTITUCIONAL DE
FÉRIAS - NATUREZA JURÍDICA - NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO -
ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO
NO PRETÓRIO EXCELSO.** 1. A Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos
Juizados Especiais Federais **firmou entendimento, com base em precedentes do Pretório
Excelso, de que não incide contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de
férias.** 2. A Primeira Seção do STJ considera legítima a incidência da contribuição
previdenciária sobre o terço constitucional de férias. 3. **Realinhamento da jurisprudência
do STJ à posição sedimentada no Pretório Excelso de que a contribuição previdenciária
não incide sobre o terço constitucional de férias, verba que detém natureza
indenizatória e que não se incorpora à remuneração do servidor para fins de
aposentadoria.** 4. Incidente de uniformização acolhido, para manter o entendimento da
Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência dos Juizados Especiais Federais, nos
termos acima explicitados.

Com referência ao Regime Geral de Previdência – INSS, o STJ inicialmente
teve entendimento diverso, de que se tratava de verba eminentemente remuneratória, pois seu
direito era adquirido em decorrência do período de exercício de trabalho remunerado, sendo,
portanto, devida a incidência da contribuição (RE 345.458, 2 Turma, Relatora Ellen Grace).

Contudo, este entendimento foi revisto pelo STJ, que passou a acompanhar o
entendimento manifestado pelo STF, no sentido de que as verbas que possuem natureza
indenizatória/compensatória, assim o terço constitucional sobre férias e os primeiros 15 dias
que antecedem o auxílio-doença não devem sofrer incidência da referida contribuição
previdenciária:

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 REsp 957.719/SC (Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 16.11.2010), ratificando entendimento das Turmas de Direito Público deste Tribunal, adotou a Documento: 34122204 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 18/03/2014 Página 1 de 5 Superior Tribunal de Justiça 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".

1.3 Salário maternidade. O salário maternidade tem natureza salarial e a transferência do encargo à Previdência Social (pela Lei 6.136/74) não tem o condão de mudar sua natureza. Nos termos do art. 3º da Lei 8.212/91, "a Previdência Social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade, idade avançada, tempo de serviço, desemprego involuntário, encargos de família e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente". O fato de não haver prestação de trabalho durante o período de afastamento da segurada empregada, associado à circunstância de a maternidade ser amparada por um benefício previdenciário, não autoriza conclusão no sentido de que o valor recebido tenha natureza indenizatória ou compensatória, ou seja, em razão de uma contingência (maternidade), paga-se à segurada empregada benefício previdenciário correspondente ao seu salário, possuindo a verba evidente natureza salarial. Não é por outra razão que, atualmente, o art. 28, § 2º, da Lei 8.212/91 dispõe expressamente que o salário maternidade é considerado salário de contribuição. Nesse contexto, a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, no Regime Geral da Previdência Social, decorre de expressa previsão legal. Sem embargo das posições em sentido contrário, não há indício de incompatibilidade entre a incidência da contribuição previdenciária sobre o salário maternidade e a Constituição Federal. A Constituição Federal, em seus termos, assegura a igualdade entre homens e mulheres em direitos e obrigações (art. 5º, I). O art. 7º, XX, da CF/88 assegura proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei. No que se refere ao salário maternidade, por opção do legislador infraconstitucional, a transferência do ônus referente ao pagamento dos salários, durante o período de afastamento, constitui incentivo suficiente para assegurar a proteção ao mercado de trabalho da mulher. Não é dado ao Poder Judiciário, a título de interpretação, atuar como legislador positivo, a fim estabelecer política protetiva mais ampla e, desse modo, desincumbir o empregador do ônus referente à contribuição previdenciária incidente sobre o salário maternidade, quando não foi esta a política legislativa. A incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade encontra sólido amparo na jurisprudência deste Tribunal, sendo oportuna a citação dos seguintes precedentes: REsp 572.626/BA, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20.9.2004; REsp 641.227/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 29.11.2004; REsp 803.708/CE, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 2.10.2007; REsp 886.954/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 29.6.2007; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008; REsp 891.602/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 21.8.2008; AgRg no REsp 1.115.172/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 25.9.2009; AgRg no Ag 1.424.039/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.10.2011; AgRg nos EDcl no REsp 1.040.653/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 15.9.2011; AgRg no REsp 1.107.898/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 17.3.2010. Documento: 34122204 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 18/03/2014 Página 2 de 5 Superior Tribunal de Justiça

1.4 Salário paternidade. O salário paternidade refere-se ao valor recebido pelo empregado durante os cinco dias de afastamento em razão do nascimento de filho (art. 7º, XIX, da CF/88, c/c o art. 473, III, da CLT e o art. 10, § 1º, do ADCT). Ao contrário do que ocorre com o salário maternidade, o salário paternidade constitui ônus da empresa, ou seja, não se trata de benefício previdenciário. Desse modo, em se tratando de verba de natureza salarial, é legítima a incidência de contribuição previdenciária sobre o salário paternidade. Ressalte-se que "o salário-paternidade deve ser tributado, por se tratar de licença remunerada prevista constitucionalmente, não se incluindo no rol dos benefícios previdenciários" (AgRg nos EDcl no REsp 1.098.218/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 9.11.2009).

2. Recurso especial da Fazenda Nacional.

2.1 Preliminar de ofensa ao art. 535 do CPC. Não

havendo no acórdão recorrido omissão, obscuridade ou contradição, não fica caracterizada ofensa ao art. 535 do CPC. 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. Documento: 34122204 - EMENTA / ACORDÃO - Site certificado - DJe: 18/03/2014 Página 3 de 5 Superior Tribunal de Justiça 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. 2.4 Terço constitucional de férias. O tema foi exaustivamente enfrentado no recurso especial da empresa (contribuinte), levando em consideração os argumentos apresentados pela Fazenda Nacional em todas as suas manifestações. Por tal razão, no ponto, fica prejudicado o recurso especial da Fazenda Nacional. 3. Conclusão. Recurso especial de HIDRO JET EQUIPAMENTOS HIDRÁULICOS LTDA parcialmente provido, apenas para afastar a incidência de contribuição previdenciária sobre o adicional de férias (terço constitucional) concernente às férias gozadas. Recurso especial da Fazenda Nacional não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

Observo que a discussão não é nova neste Tribunal Administrativo/CARF, pois inclusive já há entendimentos nesse sentido, conforme julgado abaixo:

2402-003.564 Acórdão

Número do Processo: 10783.722724/2011-62

Data de Publicação: 21/06/2013

Contribuinte: CHOCOLATES GAROTO SA

Relator(a): RONALDO DE LIMA MACEDO

EMENTA: Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias Período de apuração: 01/07/2009 a 31/12/2009 COMPENSAÇÃO. VALORES PAGOS SOBRE AS VERBAS TITULADAS DE TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS E DOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR AUXÍLIO-DOENÇA OU ACIDENTE DO TRABALHO. AUXÍLIO-CRECHE. NATUREZA INDENIZATÓRIA. SÚMULA Nº 310/STJ. PARECER PGFN Nº 2.118/2011. DIREITO DE CRÉDITO. VERBAS QUE NÃO OSTENTAM O CARÁTER REMUNERATÓRIO. POSSIBILIDADE. Não devem ser glosadas as compensações efetuadas com valores de contribuições devidas pela recorrente, quando se pleiteia o seu abatimento com valores pagos indevidamente ou a maior. No caso, devem ser considerados como direito de crédito a Recorrente os pagamentos de contribuições a maior incidentes sobre o terço/adicional constitucional de férias e os quinze primeiros dias de afastamento do trabalho em decorrência de auxílio-doença e acidente do trabalho, bem como os pagamentos referentes ao auxílio-creche. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Conforme dispõe o Enunciado nº 310 de Súmula STJ, o auxílio-creche não integra o salário de contribuição. Em decorrência de entendimento pacífico da jurisprudência e orientação constante do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, PGFN/CRJ/Nº 2.118/2011, não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio-creche VERBAS PAGAS A TÍTULO DE ABONO JORNADA E ABONO TURNO FIXO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. As parcelas pagas aos empregados a título de Abono Jornada e Abono Turno Fixo, em desacordo com a legislação previdenciária, integra o salário de contribuição. As importâncias recebidas à título de ganhos eventuais e abonos não integram o salário de contribuição somente quando expressamente desvinculados do salário por força de lei. VERBA PAGA A TÍTULO DE REEMBOLSO DE MATERIAL ESCOLAR. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. O reembolso de material escolar está inserido no conceito de salário de contribuição previsto no art. 28, inciso I, da Lei 8.212/1991, uma vez que se constitui em uma vantagem econômica para o trabalhador, auferida como retribuição ao trabalho prestado, caracterizando, assim, o recebimento de uma remuneração indireta. RECURSO DE OFÍCIO. NEGADO. Quando a decisão de primeira instância está devidamente consubstanciada no arcabouço jurídico-tributário, o recurso de ofício será negado. Recursos de Ofício Negado e Voluntário Provido em Parte.

Os doutrinadores tem ressaltado que a redação do texto legal, gera o questionamento de inúmeras situações. A professora MELISSA FOLMANN¹ explica que a CF/88 em seu artigo 158, I, a: “elegeu o trabalho (atividade laboral remunerada) como fato gerador da incidência de contribuição social previdenciária, no que foi seguida pela Lei 8212/91 (artigo 28), contudo, a expressão “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados” motiva a discussão acerca do enquadramento destas verbas na base de cálculo das contribuições sociais.

E assim pondera que quanto ao terço de férias (...) “a matéria encontra-se em Repercussão Geral perante o STF no RE 593068”. Entretanto, tanto o Superior Tribunal de Justiça, quanto o CARF compreenderam tratar-se de verba indenizatória não passível de contribuição previdenciária”.

¹FOLMANN, Melissa. **Contribuições sociais previdenciárias sobre folha de salários e análise econômica do direito: crise de destinação**. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord). Tributação: Democracia e liberdade. São Paulo: Noeses, 2014, p. 255-280.

Vale lembrar, portanto, que embora sobrestada ao reconhecimento de repercussão geral no STF, a matéria foi objeto de análise no STJ em sede de repetitivo de controvérsia, sobre a qual não cabe mais nenhum recurso no próprio STJ. Deste modo, embora o acórdão não goze de trânsito em julgado material, **até que venha a ser julgada a repercussão geral Tema 163 – no STF, esta exara formalmente o posicionamento do STJ, de modo que deve ser aplicado pelos Tribunais Administrativos.**

Meu posicionamento é o de que o Tribunal Administrativo deve ser útil à sociedade, motivo pelo qual deve se adequar a jurisprudência dominante do Poder Judiciário, a fim de evitar a repetitiva judicialização de demandas (tão nefasta ao orçamento público), mesmo que não esteja adstrita a aplicação dela por força do regimento, uma vez que a jurisprudência citada não procede de repetitivo de controvérsia (STJ), nem de repercussão geral (STF).

Saliento aqui, que não desconheço a previsão do Art. 214, § 4 do decreto 3048/99, mas considerando o princípio da juridicidade, abarcado no Art. 2º da Lei 9784/99, que preleciona que o julgador no âmbito do Tribunal Administrativo deve atuar conforme a lei e o Direito, **sendo a Jurisprudência do STJ uma das fontes do Direito, aplico-a como razão de decidir.**

Não se trata aqui de afastar a constitucionalidade da norma, mas sim de interpretar o ordenamento jurídico com base em uma das fontes do Direito previstas em Lei Específica do Processo Administrativo Federal, tomando a máxima de que “a Lei não prevê palavras inúteis”, a aplicação acima referida está permitida dentro do âmbito administrativo fiscal, vez que este está abarcado no Procedimento Administrativo Federal.

Ressalvado acima meu posicionamento pessoal sobre as matérias discutidas, onde acredito que a melhor interpretação seja aquela dada pelo STJ na ementa que transcrevi acima, não devendo incidir Contribuição Previdenciária sobre as verbas decorrentes do terço constitucional sobre férias e dos primeiros quinze dias do auxílio-doença, passo a analisar o caso concreto discutido nos autos.

Compulsando os autos observo que o Contribuinte inovou em sede de Recurso Voluntário, tratando de temas não discutidos na Impugnação. Embora esta questão tenha passado despercebida na Turma Ordinária, gerou o equívoco do acórdão recorrido tratar de temas não alcançados nestes autos.

Assim, independentemente da discussão da natureza da verba, esta não aproveita ao recorrente, uma vez que tais verbas não compõem a base de cálculo da tributação discutida no lançamento da diferença de contribuições sobre o décimo terceiro salário. (OBSERVAR LANÇAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO)

Por fim, ressalto que a maioria do colegiado não concorda com o meu posicionamento quanto a natureza indenizatória das verbas discutidas nestes autos, havendo, inclusive, decisão majoritária deste colegiado sobre a incidência de contribuição previdenciária sobre elas. Contudo acompanham o encaminhamento de não aproveitamento do julgamento ao recorrente, por se tratar de matéria estranha ao lançamento.

Diante do exposto voto no sentido de conhecer do Recurso Especial interposto pelo Contribuinte para no mérito negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes