



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.722545/2011-04
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2301-006.695 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 03 de dezembro de 2019
Recorrente BRUSQUE PREFEITURA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

COMPENSAÇÃO. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE.

É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

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, como explicitado no art. 214, § 4º, do Regulamento da Previdência Social.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Wesley Rocha e Marcelo Freitas de Souza Costa, que deram provimento.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Antonio Savio Nastureles, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Marcelo Freitas de Souza Costa, Sheila Aires Cartaxo Gomes, Fernanda Melo Leal e João Mauricio Vital (Presidente). Ausente a Conselheira Juliana Marteli Fais Feriato.

Fl. 2 do Acórdão n.º 2301-006.695 - 2ª Sejul/3ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo n.º 13971.722545/2011-04

Relatório

Autuação e Impugnação

Trata o presente processo, glosa de compensações de contribuições previdenciárias (autos de infração e-fls. 157 a 167), referente ao ano-calendário 2009. Por bem descreverem os fatos e as razões da impugnação, adoto o relatório da decisão de primeira instância, o qual transcrevo a seguir:

1. O presente processo (Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário do Processo, fls. 02) tem por objeto impugnação ao Auto de Infração n.º 51.002.2278, fls. 158, referente à glosa de compensação a maior de contribuições incidentes sobre remuneração paga aos agentes políticos julgadas inconstitucionais (Levantamento G3, 12 e 13/2009) e de compensações indevidas referentes às contribuições incidentes sobre o terço de férias com lastro na ação civil pública n.º 577697.2010.404.7215 não transitada em julgado (G1, 12 e 13/2009) e de compensações indevidas do terço de férias indenizado, não recolhidas (G2, 12 e 13/2009), no valor de 1.546.882,77, consolidado em 14/11/2011, incluídos juros e multa de mora.

2. No Auto de Infração n.º 51.002.2286 (fls. 165/167), constituiu-se multa isolada em razão de a “rubrica 063 – adicional de 1/3 de férias indenizadas” não constituir base de incidência e, sendo assim, não ter sido declarada em GFIP e tampouco recolhida, sendo a declaração de compensação falsa (Levantamento M1, 12/2009 – desdobramento do levantamento G2).

2.1. Por depender dos mesmos elementos de prova, o presente processo está apensado ao processo n.º 13971.722544/201151.

Constatada a ausência nos autos de impugnação aos Autos de Infração n.º 51.002.2278 e n.º 51.002.2286 (fls. 963 dos autos principais), o órgão preparador foi instado a manifestar-se, tendo juntado aos autos principais (n.º 13971.722544/201151, fls. 1251/1361) a impugnação pertinente ao presente processo apenso. Para a devida formalização do presente processo apenso, junta-se cópia da referida impugnação (fls. 169/279) extraída dos autos principais.

3. O procedimento fiscal, as apurações e os lançamentos efetuados estão explicitados no Relatório Fiscal (fls. 02/06), nos anexos dos Auto de Infração e demais documentos constantes dos autos (fls. 07/167).

3. Cientificada do lançamento em 16/11/2011 (fl. 158), a empresa apresentou impugnação (fls. 169/178) em 16/12/2011 (fl. 169), instruída com os documentos de fls. 179/279, acolhida como tempestiva pelo órgão preparador (fl. 1262 dos autos n.º 13971.722544/201151), na qual alega, em síntese, que:

a) Tempestividade. A impugnação foi apresentada no prazo do art. 15 do Decreto 70.235, de 1972, diante da ciência do lançamento em 16/11/2011 e do protocolo da defesa em 16/12/2011.

b) Delimitação da impugnação. A municipalidade efetuou o pagamento das seguintes situações mencionadas no presente lançamento fiscal: a) compensações referentes às contribuições incidentes sobre a remuneração paga aos agentes políticos; e b) compensações referentes ao adicional de 1/3 de férias, cuja base não teria incidência para o cálculo da contribuição previdenciária. Não houve pagamento quanto à situação das compensações referentes às contribuições incidentes sobre adicional de 1/3 de férias com suporte em ação judicial não transitada em julgado, servindo a presente impugnação para demonstrar a regularidade de procedimento.

c) Compensações das competências 12 e 13/2009. As compensações envolvem créditos decorrentes de pagamentos indevidos sobre verbas de caráter indenizatório da folha de pagamento dos servidores municipais (terço constitucional de férias gozadas ou não), conforme jurisprudência. Os valores foram calculados em relação à cota patronal mais RAT, aplicando-se a correção pela taxa Selic desde o pagamento indevido até a data da compensação.

O terço constitucional de férias possui clara natureza indenizatória, caso em que a tributação se percebe ilegal a cobrança da contribuição mesmo na hipótese de férias gozadas. Trata-se de interpretação literal do texto constitucional, a versar sobre o terço de férias em contraponto à incidência legal da contribuição previdenciária.

Desta forma, sendo as férias indenizadas, ou mesmo sendo as férias gozadas e de empregados celetistas ou servidores públicos ligados ao regime geral, não há que se falar/de incidência de contribuições previdenciárias sobre os valores recebidos a título do mencionado terço constitucional de férias, pois que, trata-se de verba indenizatória, comprovando-se assim o direito à restituição, inclusive de forma administrativa, dos valores pagos indevidamente no período imprescrito antes da compensação.

Portanto, tendo o Supremo Tribunal Federal e outros tribunais já se manifestado sobre a ilegalidade da cobrança sobre referido tipo de verba, não há que se falar em falta de amparo legal, desta maneira, deve ser revisto o auto de infração com a anulação do mesmo nesta parte.

d) Sonegação e Multas. Diante da impugnação parcial, o Auto de Infração não se sustentará integralmente. Todavia, por cautela, registre-se que, ao contrário do que indica o Relatório Fiscal, no período de 12/2009 a 13/2009, em relação às compensações sobre o terço constitucional de férias, não houve falta de amparo legal ou sonegação fiscal, ou melhor, não há compensações indevidas, visto serem compensações legítimas, com amparo jurisprudencial. Logo, o Auto de Infração deve ser revisto com a anulação da referida parte, bem como das multas correspondentes.

e) Pedido. Requer o reconhecimento da legalidade das compensações efetuadas em 12/2009 e 13/2009, nas rubricas 030 e 035 adicional de 1/3 de férias, visto se tratarem de compensações executadas sobre o respaldo jurisprudencial da Corte Suprema, não necessitando de decisão judicial e muito menos de decisão transitada em julgado; e na mesma esteira, seja a anulação da multa correspondente, aplicada pelo não reconhecimento da compensação .

Acórdão de Primeira Instância

Os membros da 5ª Turma da DRJ-CTA, por unanimidade de votos, julgaram a impugnação improcedente, na forma do relatório e voto (e-fls. 280 a 284) conforme transcrição de ementa seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

PROVA. PRESSUPOSTO DE FATO.

Não tendo a prova e as alegações apresentadas pelo contribuinte o condão de afastar os pressupostos de fato e de direito do lançamento, impõe-se a improcedência da impugnação.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Conforme item 6. do acórdão, a recorrente impugnou somente o levantamento G1 e formulou em 16/12/2011 pedido de parcelamento do levantamento MI do Auto de Infração n.º 51.002.2286 (único levantamento desse Auto de Infração) e dos levantamentos G2 e G3 do Auto de Infração n.º 51.002.2278, processo digital n.º 13962.720232/2011-12.

Recurso Voluntário

Cientificado dessa decisão em 08/05/2014 (e-fl.286), o contribuinte interpôs em 28/05/2014 recurso voluntário (e-fls. 287 a 297), no qual reitera as mesmas alegações oferecidas em sede de impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheira Sheila Aires Cartaxo Gomes, Relatora.

Conhecimento

O recurso é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade, assim, dele tomo conhecimento.

Preliminares

Não foram alegadas questões preliminares no recurso voluntário.

Mérito

O litígio recai sobre a glosa de compensações apurada no levantamento G1.

Descreve o relatório fiscal que os valores glosados referem-se a compensações indevidas incidentes sobre o adicional de 1/3 de férias, cujo suporte foi a Ação Civil Pública da 4ª região vara federal n.º 5776-97.2010.404.7215, ainda não transitado em julgado.

O ponto nodal da presente controvérsia é a compensação de 1/3 (um terço) de férias, cuja inclusão na base de cálculo da contribuição previdenciária é controversa à luz do atual posicionamento da jurisprudência.

Ainda que a recorrente tenha obtido, eventualmente, provimento jurisdicional favorável à sua tese, o direito à compensação dos valores recolhidos a título de tais rubricas só se perfectibiliza após o trânsito em julgado da decisão judicial, à luz do que preconiza o art. 170-A, do Código Tributário Nacional, verbis:

Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial.

No presente caso, a recorrente optou por se compensar do crédito antes do trânsito em julgado da decisão, em afronta ao disposto supra transcrito art. 170-A do CTN, tendo a autoridade fiscal o poder-dever de efetuar a glosa dos valores indevidamente compensados e constituir o crédito tributário correspondente.

Os órgãos de julgamento administrativos devem aplicar os precedentes do STF e STJ quando esses foram proferidos em sede de recursos repetitivos ou com repercussão geral reconhecida a teor do disposto no art. 62 do RICARF. Ainda assim, importante ressaltar que não há qualquer tese definitiva (transitada em julgado) firmada pelo STJ ou STF em sede de recursos repetitivos ou repercussão geral, respectivamente, sobre as matérias objeto do presente caso. O tema envolvendo a não incidência das contribuições previdenciárias sobre o terço constitucional de férias (Tema Repetitivo STJ 479) foi, de fato, decidido pelo STJ através do REsp 1230957/RS. Contudo, tal decisão encontra-se suspensa por decisão da Vice-Presidência do STJ em razão do Recurso Extraordinário com repercussão geral reconhecida (RE 593068 / Tema 163).

Neste sentido, orientação consubstanciada na Nota PGFN/CRJ n.º 640/2014, a seguir transcrita:

"(...)

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

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

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

(...)

IV

Terço constitucional de férias

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

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

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

(...)"

Em virtude do exposto, por tais decisões não possuírem definitividade, os eventuais recolhimentos de contribuições incidentes sobre o terço constitucional de férias não podem ser considerados indevidos, pois não estão revestidos de liquidez e certeza. Mantenho o lançamento da glosa apurada e conseqüentemente da multa de ofício correspondente.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes