



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

Processo n° 18088.720124/2011-19
Recurso n° 111.111 Voluntário
Acórdão n° **2403-001.310 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 16 de maio de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE ARARAQUARA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/2010 a 31/10/2010

Ementa:

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA NÃO EXPRESSAMENTE IMPUGNADA.

Na forma da redação dada pela Lei n 8.748, de 1993, o comando do inciso III, artigo 16 do Decreto 70.235/72, exige que a impugnação faça constar os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Também o artigo 17 do Decreto 70.235/72 preceitua que: “Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.” Em instância administrativa, de forma subsidiária, o artigo 286 do Código de Processo Civil – CPC, impõe ao autor que individue e descreva, quantitativamente e qualitativamente, na forma mais concreta possível, o que pretende em Recurso, a fim de possibilitar a correta compreensão da decisão proferida.

MULTA QUALIFICADA

Ausentes os pressupostos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei n° 4.502/64 - não se alcança motivação para impingir a penalidade de multa qualificada nos termos do § 1° do artigo 44 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei n° 11.941, de 2009).

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos em dar provimento parcial ao recurso, determinando a exclusão da multa isolada ao tempo que se aplique a multa de ofício no percentual de 75%.

Ivacir Júlio de Souza - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Jhonatas Ribeiro de Souza.

CÓPIA

Relatório

A instância “*ad quod*” produziu o Relatório abaixo que, li, compulsei com os autos tendo corroborado, o transcrevi na íntegra com grifos de minha autoria:

“ Trata-se de Auto de Infração a obrigação principal – AIOP DEBCAD nº 37.306.155-2 lavrado em face do contribuinte acima identificado que constitui contribuições devidas à Seguridade Social, parcela patronal, decorrente de glosas de compensações indevidamente levadas a efeito pela empresa, importando o feito em crédito tributário na monta de R\$ 40.775.517,15 (Quarenta milhões, setecentos e setenta e cinco mil, quinhentos e dezessete reais e quinze centavos), valor consolidado em 28/06/2011.

De acordo com o relato fiscal, o contribuinte realizou compensações no período de maio a outubro de 2010 que se revelaram parcialmente incorretas. A compensação homologada pela fiscalização refere-se àquela feita na competência de outubro, atinente ao re-enquadramento do CNAE fiscal e conseqüente alíquota de RAT, de 2% par 1%, tendo em vista ter-se demonstrado que a sua atividade preponderante seria vinculada à área de Educação.

Já as compensações levadas a cabo entre maio e setembro foram glosadas, pelas razões que a seguir se expõe.

*Instado pela fiscalização a apresentar a memória de cálculo das compensações efetuadas bem como documentos e guias de recolhimento que lhes dessem suporte, o contribuinte reportou-se às compensações efetuadas decorrentes da redução do RAT (posteriormente homologadas pela fiscalização), e “... **compensações sobre verbas indenizatórias/compensatórias**” decorrentes de **decisões pretensamente pacificadas no STF e STJ, quais sejam horas extras, terço de férias e “demais adicionais”** especificados em anexo.*

Apresentou, também, documentos referentes aos processos judiciais – Mandados de Segurança – intentados por ele para afastar-se da relação jurídico-tributária em relação às verbas que especifica.

*Segundo analisou a fiscalização, **haveriam 3 processos judiciais impenetrados pelo contribuinte junto à Segunda Vara Federal da Subseção Judiciária de Araraquara, com objetos distintos e resultados diversos. Seriam eles:***

*1) **Processo 000487782.2010.4.03.6120, Mandado de Segurança cujo propósito seria obter a declaração de inexistência de relação jurídica referente à contribuição previdenciária patronal incidente sobre as remunerações pagas aos segurados***

empregados a título de horas extras, terço constitucional de férias e demais verbas de natureza indenizatória, abrangendo período que compreenderia de 06/2000 a 06/2010 e subseqüentes, para a qual, em sentença datada de 09/08/2010, concedeu-se parcialmente a ordem para reconhecer a inexistência da relação jurídico-tributária e afastar a incidência da quota patronal sobre o valor pago a título de adicional de férias indenizadas.

*II) Processo 000487430.2010.4.03.6120, Mandado de Segurança com pedido de liminar com idêntico propósito buscando o afastamento da contribuição previdenciária patronal, inclusive SAT, para o período que compreenderia 04/2000 até 09/2004, atinente a totalidade dos valores pagos a título de subsídios aos agentes políticos do impetrante, inclusive com o afastamento da restrição normativa que impõe a prescrição quinquenal (IN/MPS/SRP nº 15, art. 3º), para a qual, em sentença prolatada em 30/09/2010 o juízo a quo **entendeu prescrito o direito à compensação postulada**, concluindo também que não haveria interesse de agir no tocante à declaração de inexistência da contribuição postulada, posto que sua execução foi suspensa por Resolução do Senado Federal considerando, também que não haveria direito líquido e certo ao afastamento da restrição pleiteada, posto que estaria em consonância com o art. 168, I do CTN, pelo que **denegou a segurança postulada.***

*III) Processo 000415866.2011.4.03.6120, Mandado de Segurança em que pleiteia a concessão de liminar com idêntico pedido (inexistência de relação jurídico-tributária e afastamento da exigibilidade do crédito tributário), incidentes sobre valores pagos a título de **aviso prévio indenizado, férias indenizadas e em pecúnia, salário educação, auxílio***

***creche, auxílio doença, auxílio acidente, abono assiduidade, abono único anual, vale transporte, adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno** – período de 04/2006 a 04/2011, para a qual obteve **deferimento parcial** para suspender a exigibilidade de contribuições previdenciárias (incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91), sobre os valores pagos a título de aviso prévio indenizado, férias indenizadas, salário educação, auxílio creche, auxílio doença (primeiros 15 dias), abono assiduidade, abono único anual e vale transporte.*

No entanto, prossegue o relato fiscal, análise das folhas de pagamento, recibos de férias e termos de rescisão trabalhista em confronto com a ‘tabela de incidência de contribuições previdenciárias’ para as folhas de pagamento de 05/2005 a 04/2010 fornecidas pelo contribuinte mediante intimação específica, verificou que:

1 – a rubrica adicional constitucional de férias sobre férias indenizadas não se constitui nem se constituiu em base de cálculo da contribuição previdenciária;

2 – as rubricas salário-educação, auxílio creche, auxílio doença (15 primeiros dias), abono único anual e vale transporte, sequer existem na tabela de rubricas, ou seja, não existem tais rubricas nas folhas de pagamento dos empregados;

3 – a rubrica abono assiduidade compõe a base de cálculo da contribuição previdenciária e o contribuinte teria obtido, liminarmente, a suspensão de sua exigibilidade, **no entanto tal verba não se encontra na memória de cálculo como tendo sido compensada;**

4 – por fim, no que tange às rubricas aviso prévio indenizado o contribuinte declarou – Termo de Intimação Fiscal nº 4 – que tais créditos não foram utilizados para compensação, e que os créditos decorrentes da rubrica férias indenizadas foram fulminados pela ‘prescrição’, de maneira que apesar de constar na memória de cálculo, **tal crédito não foi motivo de utilização para a compensação.**

Isto posto concluiu a fiscalização que:

1 – **estaria decaído o direito de se compensar de quaisquer valores referentes ao período de 04/2000 até 04/2005;**

2 – **o contribuinte não declarou nem recolheu contribuição previdenciária sobre a maior parte das rubricas que solicita à Justiça a suspensão das exigibilidade da contribuição previdenciária; algumas, inclusive, nem são consideradas bases de cálculo da contribuição previdenciária;**

3 – **não teve atendido pelo Judiciário seu pleito pedindo compensação no processo 487430.2010.4.03.6120;**

4 - **já no tocante às rubricas objeto do processo 4877.82.2010.4.03.6120, o pedido não contempla o direito à compensação;**

Dessa forma, considerou falsa a declaração atinente às compensações efetuadas nas GFIPs das competências de 05 a 09/2010 – “ ... uma vez que não vislumbramos prova do alegado direito ...” , razão pela qual as **glosou e as constituiu no presente Auto de Infração, citando os dispositivos legais e normativos norteadores do tema.**

DA IMPUGNAÇÃO (Inclusão ausente no original)

O contribuinte interessado apresentou, através de representante legalmente constituído, o documentos ‘retificação administrativa’ em que pede a **retificação parcial** do Auto de Infração para o expurgo do valor original na monta de **R\$ 1.549.968,58** e os respectivos acréscimos, referentes à verba “terço de férias” que compõem os créditos utilizados para compensação e glosada pela fiscalização, **cuja exigibilidade estaria suspensa pelo Acórdão nº 4302/2011 exarado nos autos do processo nº 0004877.82.2010.4.03.6120, bem como sua desconstituição e cancelamento e que seja reconhecida a suspensão da exigibilidade dessa contribuição patronal, pelas razões ali esposadas.**

Apresentou, também, o documento ‘recurso de impugnação parcial’; reputado⁴ tempestivo pelo órgão preparador de origem,

no qual impugna o valor de R\$ 21.930.856,16 referente a multa isolada de 150% e R\$ 13.070.602,46, referente a glosa de compensações, reportando-se aos anexos de I a VI e alegando, em síntese, que:

*i) o **STF a partir do RE nº 345.548/RS** e iterativos julgamentos fixou entendimento de que é ilegítima a incidência de contribuição previdenciária sobre ‘adicional de férias’, ‘horas extras’ e demais ‘adicionais eventuais’ por se tratarem de ‘verbas indenizatórias/compensatórias’, sendo que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor para fins de benefícios sofrem a incidência da contribuição previdenciária; na mesma linha, aduz que o **RE nº 593.068** do mesmo Tribunal reconheceu a existência da ‘repercussão geral’ da matéria constitucional suscitada sobre tais verbas;*

*ii) já o **STJ**, através do ‘incidente de uniformização jurisprudencial’ reviu seu entendimento anterior para adequar-se à posição sedimentada no ‘pretório excelso’;*

iii) com base nas citadas jurisprudências o Município apurou créditos referente as verbas discriminadas no Anexo I e procedeu às compensações que foram ‘glosadas’ pela fiscalização sob alegação de ‘falsidade de declaração’, imputando-lhe multa isolada de 150%;

*iv) acrescenta que o **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, através do Acórdão 4302/2011, reconheceu a suspensão da exigibilidade da exação sobre 1/3 de férias em período decenal;*

*v) concluiu afirmando que as compensações foram efetuadas com base na jurisprudência emanada pelo **STF e STJ** e devem ser homologadas, inexistindo falsidade de declaração.*

É a síntese do essencial para o julgamento. ”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.1.032, a 7ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Ribeirão Preto – SP - DRJ/RPO, em 09 de janeiro de 2012, exarou o Acórdão nº14-36.155, mantendo precedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.1.059, onde reiterou as alegações que fizera em instancia “ad quod”

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 2.623, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DAS COMPENSAÇÕES

Segundo o Relatório fiscal, a Autoridade Fiscal analisou as folhas de pagamento, recibos de férias e termos de rescisão trabalhista em confronto com a ‘tabela de incidência de contribuições previdenciárias’ para as folhas de pagamento de 05/2005 a 04/2010 fornecidas pelo contribuinte mediante intimação específica, verificou que:

“ 1 – a rubrica adicional constitucional de férias sobre férias indenizadas não se constitui nem se constituiu em base de cálculo da contribuição previdenciária;

2 – as rubricas salário-educação, auxílio creche, auxílio doença (15 primeiros dias), abono único anual e vale transporte, sequer existem na tabela de rubricas, ou seja, não existem tais rubricas nas folhas de pagamento dos empregados;

3 – a rubrica abono assiduidade compõe a base de cálculo da contribuição previdenciária e o contribuinte teria obtido, liminarmente, a suspensão de sua exigibilidade, no entanto tal verba não se encontra na memória de cálculo como tendo sido compensada;

4 – por fim, no que tange às rubricas aviso prévio indenizado o contribuinte declarou – Termo de Intimação Fiscal nº 4 – que tais créditos não foram utilizados para compensação, e que os créditos decorrentes da rubrica férias indenizadas foram fulminados pela ‘prescrição’, de maneira que apesar de constar na memória de cálculo, tal crédito não foi motivo de utilização para a compensação.”

Isto posto concluiu a fiscalização que:

“1 – estaria decaído o direito de se compensar de quaisquer valores referentes ao período de 04/2000 até 04/2005;

2 – o contribuinte não declarou nem recolheu contribuição previdenciária sobre a maior parte das rubricas que solicita à Justiça a suspensão das exigibilidade da contribuição previdenciária; algumas, inclusive, nem são consideradas bases de cálculo da contribuição previdenciária;

3 – não teve atendido pelo Judiciário seu pleito pedindo compensação no processo 487430.2010.4.03.6120;

4 - já no tocante às rubricas objeto do processo 4877.82.2010.4.03.6120, o pedido não contempla o direito à compensação; ”

Dessa forma, considerou falsa a declaração atinente às compensações efetuadas nas GFIPs das competências de 05 a 09/2010 – “ ... *uma vez que não vislumbramos prova do alegado direito ...* ”, razão pela qual as glosou e as constituiu no presente Auto de Infração, citando os dispositivos legais e normativos norteadores do tema .

Cumprir ressaltar que tais relatos não foram expressamente contestados na fase de impugnação e tampouco em sede recursal.

É relevante atentar para a circunstância - não apontada nos autos - se todas as rubricas referem-se aos pagamentos efetuados aos pagamentos de SERVIDORES MUNICIPAIS ou se estariam eventualmente contemplando, no bojo, remuneração aos segurados empregados contratados sob o Regime Geral da Previdência Social - RGPS. Neste sentido as cópias colacionadas pela Autoridade autuante às folhas 92 a 104, referem-se , todas , a empregados CELETISTAS.

Sem necessidade de maiores elucubrações, nas hipótese dos empregados sob o RGPS, se verifica de imediato que para as sobreditas rubricas, pagas aos trabalhadores sob as previsões legal que constam da legislação previdenciária, impõe-se incidência tributária pois trata-se de contraprestações pagas pelo trabalho do empregado desempenhados em condições especiais que as justifiquem.

Recentes julgados do Superior Tribunal do Trabalho – TST e do Superior Tribunal de Justiça – STJ corroboram pacífico tal entendimento:

“ Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma AgRg no Ag 1330045 / SP, 16/11/2010.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. SALÁRIO - MATERNIDADE. HORAS-EXTRAS, ADICIONAIS NOTURNO, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE. NATUREZA JURÍDICA. VERBAS DE CARÁTER REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE DECIDIU A CONTROVÉRSIA À LUZ DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. 1. Fundando-se o Acórdão recorrido em interpretação de matéria eminentemente constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto reverter o julgado significaria usurpar competência que, por expressa determinação da Carta Maior, pertence ao Colendo STF, e a competência traçada para este Eg. STJ restringe-se unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional. 2. Precedentes jurisprudenciais: REsp 980.203/RS, DJ 27.09.2007; AgRg no Ag 858.104/SC, DJ 21.06.2007; AgRg no REsp 889.078/PR, DJ 30.04.2007; REsp 771.658/PR, DJ 18.05.2006. 3. O salário-maternidade possui natureza salarial e integra, conseqüentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária. 4. As verbas recebidas a título de horas extras, gratificação por liberalidade do empregador e adicionais de periculosidade, insalubridade e noturno possuem natureza remuneratória, sendo, portanto, passíveis de contribuição previdenciária. 5. Conseqüentemente, incólume resta o respeito ao Princípio da Legalidade, quanto à ocorrência da contribuição previdenciária sobre a retribuição percebida pelo servidor a título de adicionais de insalubridade e

periculosidade. 6. Agravo regimental parcialmente provido, para correção de erro material, determinando a correção do erro material apontado, retirando a expressão "CASO DOS AUTOS" e o inteiro "

“ Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma , REsp 1149071 / SC, 02/09/2010

TRIBUTÁRIO.CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA ? SALÁRIO-MATERNIDADE - BENEFÍCIO SUBSTITUTIVO DA REMUNERAÇÃO - POSSIBILIDADE ? ART. 28, § 2º, DA LEI 8.212/91 ? ADICIONAL DE PERICULOSIDADE, INSALUBRIDADE E HORAS EXTRAS - PARCELAS REMUNERATÓRIAS - ENUNCIADO 60 DO TST - AUXÍLIO-DOENÇA E AUXÍLIO-ACIDENTE - CARÁTER INDENIZATÓRIO - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - REALINHAMENTO JURISPRUDENCIAL - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SUFICIÊNCIA DA PRESTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. 1. Inexiste violação aos arts. 458, 459 e 535 do CPC se o acórdão recorrido apresenta estrutura adequada e encontra-se devidamente fundamentado, na forma da legislação processual, abordando a matéria objeto da irresignação. 2. O salário-maternidade é benefício substitutivo da remuneração da segurada e é devido em razão da relação laboral, razão pela qual sobre tais verbas incide contribuição previdenciária, nos termos do § 2º do art. 28 da Lei 8.212/91. 3. Os adicionais noturnos, de periculosidade, de insalubridade e referente à prestação de horas-extras, quando pagos com habitualidade, incorporam-se ao salário e sofrem a incidência de contribuição previdenciária. 4. O STJ, após o julgamento da Pet 7.296/DF, realinhou sua jurisprudência para acompanhar o STF pela não-incidência de contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias. Precedentes. 5. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de auxílio-doença pagos pelo empregador, nem sobre as verbas devidas a título de auxílio-acidente, que se revestem de natureza indenizatória. Precedentes. 6. Recurso especial provido em parte.”

“ Superior Tribunal de Justiça - 1ª Turma , REsp 1098102 / SC, 02/06/2009

(...)

6. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade ostentam caráter salarial, à luz do enunciado 60 do TST, razão pela qual incide a contribuição previdenciária. ”

Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma AgRg no REsp 957719 / SC, 17/11/2009

8. Também quanto às horas extras e demais adicionais, a jurisprudência desta Corte firmou-se no seguinte sentido: "TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA DOS EMPREGADORES. ARTS. 22 E 28 DA LEI N.º 8.212/91. SALÁRIO. SALÁRIO-MATERNIDADE. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO. ADICIONAIS DE HORA-EXTRA, TRABALHO NOTURNO, INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. NATUREZA SALARIAL PARA FIM DE INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PREVISTA NO ART. 195, I, DA CF/88. SÚMULA 207 DO STF. ENUNCIADO 60 DO TST. 1. A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme no sentido de que a contribuição previdenciária incide sobre o total das remunerações pagas aos empregados, inclusive sobre o 13º salário e o salário-maternidade (Súmula n.º 207/STF). 2. Os adicionais noturno, hora-extra, insalubridade e periculosidade possuem caráter salarial. Iterativos precedentes do TST (Enunciado n.º 60). 3. A Constituição Federal dá as linhas do Sistema Tributário Nacional e é a regra matriz de incidência tributária. 4. O legislador ordinário, ao editar a Lei n.º 8.212/91, enumera no art. 28, § 9º, quais as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não se encontra a previsão de exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade. 5. Recurso conhecido em parte, e nessa parte, improvido." (REsp n.º 486.697/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Denise Arruda, DJU de 17/12/2004) 9. Conseqüentemente, incólume resta o respeito ao Princípio da Legalidade, quanto à ocorrência da contribuição previdenciária sobre a retribuição percebida pelo servidor a título de um terço constitucional de férias, horas extras e adicionais de insalubridade, periculosidade e noturno. 10. Agravos regimentais desprovidos"

Às fls. 1.308, a Recorrente afirma - **sem efetivamente demonstrar** - que efetuou recolhimentos sobre horas extras, adicional noturno, adicional de insalubridade e de periculosidade:

" DO DIREITO A COMPENSAÇÃO ADMINISTRATIVA SEM ANUÊNCIA D O JUDICIÁRIO O U D A RFB - RECEITA FEDERAL D O BRASIL

O MUNICÍPIO EFETUOU OS RECOLHIMENTOS DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA PATRONAL INCIDENTE SOBRE AS EXAÇÕES A TITULO DE "TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS"; "HORA EXTRA" "E DEMAIS VERBAS DE NATUREZA JURÍDICA" "COMPENSATÓRIA INDENIZATÓRIA ", PREVISTA NO ART. 22 -I DA LEI 8.212/91."

Às fls. 1.592/1.595 **confessando que se utilizou das verbas acima** para compensar, colacionou resumido demonstrativo sem exibir cópias dos recolhimentos que sustentaram a produção da planilha.

Por várias vezes na extensa peça recursal buscou sustentar seu ato em farta jurisprudência com ênfase no **RE 593068 RG / SC - SANTA CATARINA** que ficou decidido de repercussão geral :

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 13/06/2012 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMARA, Assinado digitalmente em 15/06/2012 por IVACIR JULIO DE SOUZA, Assinado digitalmente em 21/06/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 25/06/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“ RE 593068 RG / SC - SANTA CATARINA

REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO
EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA

Julgamento: 07/05/2009

EMENTA: CONSTITUCIONAL. REPERCUSSÃO GERAL. TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. REGIME PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. BASE DE CÁLCULO. TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS. GRATIFICAÇÃO NATALINA (DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO). HORAS EXTRAS. OUTROS PAGAMENTOS DE CARÁTER TRANSITÓRIO. LEIS 9.783/1999 E 10.887/2004. CARACTERIZAÇÃO DOS VALORES COMO REMUNERAÇÃO (BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO). ACÓRDÃO QUE CONCLUI PELA PRESENÇA DE PROPÓSITO ATUARIAL NA INCLUSÃO DOS VALORES NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO (SOLIDARIEDADE DO SISTEMA DE CUSTEIO). 1. Recurso extraordinário em que se discute a exigibilidade da contribuição previdenciária incidente sobre adicionais e gratificações temporárias, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno', e 'adicional de insalubridade'. Discussão sobre a caracterização dos valores como remuneração, e, portanto, insertos ou não na base de cálculo do tributo. Alegada impossibilidade de criação de fonte de custeio sem contrapartida de benefício direto ao contribuinte. Alcance do sistema previdenciário solidário e submetido ao equilíbrio atuarial e financeiro (arts. 40, 150, IV e 195, § 5º da Constituição). 2. Encaminhamento da questão pela existência de repercussão geral da matéria constitucional controvertida.

Decisão

Decisão: O Tribunal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Menezes Direito. Não se manifestaram as Ministras Cármen Lúcia e Ellen Gracie. Ministro JOAQUIM BARBOSA Relator.”(**grifos de minha autoria**)

Aduz que a decisão além de não ser de observação “*erga omnes*”, trata-se de recurso sobre matéria afeta aos SERVIDORES PÚBLICOS FEDERAIS e não aos municipais.

Em resumo a Auditora Fiscal lavrou o Auto de Infração com exação oportunizando que a Recorrente oferecesse defesa pontual e esta não o fez.

Às fls. 1.059 registra o índice do conteúdo das 07 pastas apresentadas que compõem o Recurso Voluntário em apreço que pelos próprios títulos nomeados pela Recorrente se observa que o conteúdo dispõe essencialmente sobre questões de direito:

- “- Pasta I – Da Suspensão da Exigibilidade;
- Pasta II – Do Direito de Compensação administrativa;
- Pasta III – Dos cálculos;
- Pasta IV - Da Prescrição;
- Pasta V – Decisões Judiciais – MS;
- Pasta VI – Da Inaplicabilidade da Multa isolada de 150%
- Pasta VII –Fundamentação Jurídica”

Cumpra-se reparar que pasta alguma contém material fático apresentando, por exemplo, cópias de folhas de pagamentos e outros documentos com destaques para os valores das rubricas indevidamente recolhidos.

Na forma da redação dada pela Lei n 8.748, de 1993, o comando do inciso III , artigo 16 do Decreto 70.235/72, exige que a impugnação faça constar os **motivos de fato e de direito** em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir , *verbis* :

“ Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

~~*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta;*~~

~~*IV - as diligências que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem.*~~

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;(Redação dada pela Lei n 8.748, de 1993) (grifos de minha autoria)”

Isto exibido, demonstra que o recurso apresentado não contesta expressamente os termos do Auto de Infração lavrado, limitando-se a requerer a compensação do seu valor com os créditos oriundos de decisões judiciais **onde - na ampla maioria – não figuras como autor e que sequer encontram-se pacificadas.**

Aduz que a Recorrente, também, não impugnou expressamente **as razões que motivaram o Relator “ad quod”** na condução de seu voto quando no decisum não deu provimento às alegações procedidas em sede de impugnação, que ressalte-se, também não combatia expressamente o lançamento promovendo tão-somente caudalosa peça com exortações de direito e não fáticas.

Convicto de que o Auto de Infração em comento não se insere dentro das exceções previstas nos incisos I, II e III do artigo 286 do Código de Processo Civil – CPC , **subsidiariamente busco amparo no sobredito artigo que impõe ao autor que individue e**

descreva, quantitativamente e qualitativamente, na forma mais concreta possível, o que pretende em Recurso, a fim de possibilitar a correta compreensão da decisão proferida.

Neste diapasão, com redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, cumpre sucumbir ao comando do artigo 17 do Decreto 70.235/72 para observar que “ Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.”

DA MULTA ISOLADA

Não obstante as considerações supra, é compulsório enfrentar as alegações sobre o contido na “ Pasta VI – Da Inaplicabilidade da Multa isolada de 150% .”

Retornando ao Relatório fiscal a Auditora Fiscal revela que “ considerou falsa a declaração atinente às compensações efetuadas nas GFIPs das competências de 05 a 09/2010 – “ ... *uma vez que não vislumbramos prova do alegado direito ...* ”, razão pela qual as glosou e as constituiu no presente Auto de Infração, citando os dispositivos legais e normativos norteadores do tema .”

Entendo procedente a lavratura do Auto de Infração, entretanto, me soa um tanto singela a declaração posto que tenho convencimento de que faltar vislumbre do direito de fazer não significa exatamente provar falsa uma declaração.

Os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 trazem a exegese para forma convicção:

“ Art. 71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou Retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da Autoridade fazendária:

I- da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua Natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a Obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente.

Art. 72. Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou Retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da Obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido a evitar ou diferir o seu pagamento.

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais Ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.”

A recorrente questiona se na conduta de informar à Repartição fiscal compensação de tributo com créditos que julga de natureza não tributária estaria presente uma das circunstâncias previstas nos arts. 71, 72 e 73 da referida Lei.

Referindo-me às razões e não aos valores e ou rubricas, a análise dos autos revela que a Recorrente se baseou em decisões judiciais que entendeu lhe facultavam agir sendo lícito pois fazê-lo ainda que não venha lograr efetivo êxito face às glosas possíveis de sofrer

Neste sentido - ausentes os pressupostos dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64 - não alcanço motivação para impingir à Recorrente a penalidade de multa qualificada nos termos do § 1º do artigo 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) :

§ 1º O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Assim, resta imputar multa de ofício na razão dos 75% legalmente previstos na forma do comando do artigo 35-A, com a redação dada pela Lei n 11.941, de 2009.

Desse modo, dou provimento às alegações para ser aplicada a multa de ofício .

CONCLUSÃO

Diante de tudo que foi exposto, conheço do Recurso para NO MÉRITO, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL , determinando a exclusão da MULTA ISOLADA ao tempo que se aplique a MULTA DE OFÍCIO.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza - Relator