



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

Processo nº 19740.000119/2008-11
Recurso nº 265.433 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.744 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO: ABONO
Recorrente FAPES FUNDAÇÃO DE ASSISTÊNCIA E PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BNDES
Recorrida DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO NO RIO DE JANEIRO

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1998 a 30/06/2006

SALÁRIO INDIRETO - GRATIFICAÇÃO FÉRIAS - INCIDÊNCIA

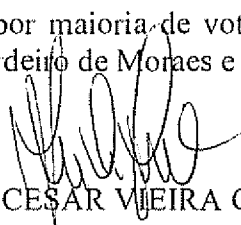
incide contribuição previdenciária sobre as rubricas pagas pela empresa que não estão incluídas nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no § 9º, art. 28, da Lei 8.212/91.

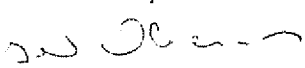
Recurso Voluntário Negado

Crédito Tributário Mantido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso, vencidos os conselheiros Damião Cordeiro de Moraes e Edgar Silva Vidal que davam provimento.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Consta do Relatório da NFLD (fls.32) que o fato gerador da presente notificação foi o pagamento, pela notificada a seus segurados empregados e dirigentes, de verba denominada "gratificação férias", considerada pela fiscalização como sendo de natureza remuneratória.

O agente notificante informa que o pagamento desta bonificação premia os esforços especiais despendidos pelos empregados da notificada para obtenção dos resultados alcançados no exercício anterior, e foi paga em parcela única, a título de Gratificação Extraordinária de Férias, importância equivalente a 20 dias de remuneração do empregado, calculada, para este efeito, com base nas verbas fixas de salário e comissão de função, conforme todas as 1^{as} cláusulas dos ACT's e seus respectivos Aditivos.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 12-19.918, da 15^a Turma da DRJ/RJOI (fls. 708), julgou o lançamento procedente em parte, excluindo do débito os valores lançados em competências alcançadas pela decadência prevista no art. 173, I, do CTN..

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 725 e seguintes), alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, ressalta que a inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabeleceu a Taxa SELIC sequer foi enfrentada pela primeira instância, que se justificou argumentando a falta de competência da esfera administrativa para exercer o controle de constitucionalidade.

Defende que o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos é um verdadeiro "poder-dever" dos órgãos administrativos tributários judicantes, uma vez que todos os Poderes devem obediência à Constituição, em respeito ao princípio da supremacia constitucional, e que a questão de inconstitucionalidade da Taxa SELIC deve, sim, ser apreciada por esse órgão colegiado..

No mérito, alega que a própria primeira instância afastou inteiramente a alegação constante do Relatório Fiscal de que a gratificação extraordinária, objeto do presente recurso, seria um reflexo dos abonos recebidos pelos empregados do BNDES.

Sustenta que, ao contrário do que resta consignado no v. acórdão, em nenhum momento a Recorrente pretendeu definir a natureza jurídica da gratificação extraordinária de férias com base na natureza jurídica de verba paga pelo BNDES ou por qualquer outra empresa.

Reafirma que a gratificação extraordinária, paga aos empregados da Recorrente, com a remuneração das férias, em valor equivalente a 20 (vinte) dias da remuneração dos empregados, na forma prevista nos respectivos Acordos Coletivos, possui natureza de abono de férias, desprovida de caráter salarial, não integrando a remuneração, e

excluída do salário-de-contribuição por expressa determinação legal, na forma do art. 144, da CLT.

Frisa que a Recorrente não estipulou qualquer condição para o pagamento da gratificação extraordinária de férias e que, da análise dos Acordos Coletivos verifica-se a inexistência de qualquer critério de aferição de eficiência, não existindo nenhum fator ou indicador de desempenho, sendo que a concessão de gratificação aos empregados com uma pequena e genérica motivação demonstra apenas uma gestão responsável por parte da Recorrente, não tendo o condão de descaracterizar a natureza jurídica de abono de férias previsto no art. 144 da CLT.

Transcreve dispositivos da Lei 8.212/91 e do Decreto 3.048/99 para demonstrar que a exclusão da verba em comento do conceito de salário-de-contribuição, se dá por força da própria legislação da previdência social, e não por simples cláusula de acordo coletivo.

Conclui que o pagamento da gratificação extraordinária de férias, efetuado pela recorrente, revestiu-se de natureza nitidamente não salarial, por não remunerar o trabalho, tratando-se de verba expressamente desvinculada do salário, legalmente excluída da composição do salário-de-contribuição.

Finaliza requerendo que seja dado provimento ao recurso, a fim de que, reformada a decisão, seja cancelada a NFLD, para evitar cobrança indevida de Contribuição previdenciária exigida sobre verba expressamente excluída da base de cálculo e solicitando também o cancelamento da cobrança dos juros de mora pela SELIC.

É o relatório.

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e não há qualquer óbice ao seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Inicialmente, a recorrente insurge-se contra a não apreciação de inconstitucionalidade do dispositivo legal que estabeleceu a Taxa SELIC pelo órgão julgador de primeira instância.

Defende que o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos é um verdadeiro "poder-dever" dos órgãos administrativos tributários judicantes, uma vez que todos os Poderes devem obediência à Constituição, em respeito ao princípio da supremacia constitucional, e que a questão de inconstitucionalidade da Taxa SELIC deve, sim, ser apreciada por esse órgão colegiado.

Contudo, cumpre observar que a Portaria 10.875/2007, que regia o Contencioso Administrativo Fiscal à época da emissão do Acórdão combatido, determinava que:

Art 18 É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 4º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional

Esse também é o entendimento manifestado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, conforme Parecer/CJ nº 2.547/2001:

(...)

Ante o exposto, esta Consultoria Jurídica posiciona-se no sentido de que a Administração deve abster-se de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade e, sobretudo, de aplicar tal reconhecimento ou declaração nos casos em concreto, de leis, dispositivos legais e atos normativos que não tenham sido assim expressamente declarados pelos órgãos jurisdicionais e políticos competentes ou reconhecidos pela Chefia do Poder Executivo.

Assim, a autoridade julgadora, como agente da Administração, não está obrigada a apreciar as alegações de inconstitucionalidade de dispositivos legais, já que está impedida de aplicá-las.

Ademais, o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre as matérias, nos termos do art. 19 do referido Regimento Interno, por meio dos Enunciados nºs 02/2007 e 03/2007, transcritos a seguir:

Enunciado nº 02.

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Enunciado nº 03.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Portanto, rejeito a preliminar suscitada.

No mérito, apesar de a recorrente reconhecer que a primeira instância afastou o entendimento de que a gratificação extraordinária seria um reflexo dos abonos recebidos pelos empregados do BNDES, entendeu, de forma equivocada, que restou consignado no v. acórdão que a Recorrente pretendeu definir a natureza jurídica da gratificação extraordinária de

férias com base na natureza jurídica de verba paga pelo BNDES ou por qualquer outra empresa.

Porém, da leitura do voto que culminou no Acórdão recorrido, verifica-se que o Relator em nenhum momento atribuiu tal pretensão à recorrente, mas apenas defendeu seu próprio entendimento exposto no item 8.1.1 argumentando, no item seguinte (fl. 713), que não há como definir a natureza jurídica da gratificação extraordinária de férias, paga aos empregados da FAPES, com base na natureza jurídica de uma verba paga por outra empresa, o BNDES.

A recorrente tenta demonstrar que a gratificação extraordinária, paga aos seus empregados, com a remuneração das férias, em valor equivalente a 20 (vinte) dias da sua remuneração, na forma prevista nos respectivos Acordos Coletivos, possui natureza de abono de férias, desprovida de caráter salarial, não integrando a remuneração, e excluída do salário-de-contribuição por expressa determinação legal, na forma do art. 144, da CLT.

Contudo, a fiscalização constatou, da análise dos Acordos Coletivos, que o pagamento da verba intitulada “gratificação extraordinária férias” está condicionado a fatores de eficiência de todo o corpo funcional, de tempo de serviço e de assiduidade de cada empregado

Consta da cláusula primeira do Aditivo do acordo coletivo de trabalho de 2005 que *“A FAPES concederá a seus empregados, em caráter excepcional, tendo em vista os esforços especiais despendidos para a obtenção dos resultados alcançados no exercício de 2004”*

Assim, tal verba se reveste de caráter de prêmio, pois foi concedida como uma gratificação pelo resultado alcançado no exercício de 2004.

A própria notificada reconhece que a verba em comento é gratificação, quando afirma, no item 18 de sua peça recursal (731) que *“A concessão de gratificação aos empregados com uma pequena e genérica motivação (“...tendo em vista os esforços especiais despendidos para a obtenção dos resultados alcançados no exercício de 2004...”) demonstra apenas uma gestão responsável por parte da Recorrente,...”*

E a CLT discrimina as parcelas que compõem a remuneração do empregado, conforme seu art. 457:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador (grifei)

Assim tanto as gratificações como os abonos, que em regra são eventuais, integram a remuneração do empregado por expressa previsão legal.

Da mesma forma, o conceito de salário de contribuição expresso no art. 28 inciso I da Lei 8.212/91 é **“...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...”**

Portanto, a condição de se tratar ou não de salário não está vinculada ao interesse da fonte pagadora em, com aquele pagamento, assalariar ou não seu empregado. Ou seja, não é o nome do pagamento ou a vontade da empresa em si que vai determinar sua natureza jurídica.

O que irá afastar a verba paga a título de “Gratificação Extraordinária Férias” da incidência tributária é o enquadramento nas hipóteses de exclusão do parágrafo 9º do art. 28, da Lei 8.212/91.

E o item 7, da alínea “e”, do § 9º, do art. 28, da Lei 8.212/91, exclui do salário de contribuição apenas os abonos expressamente desvinculados do salário, o que não é o caso presente, já que a recorrente não comprovou que havia lei desvinculando expressamente tal rubrica do salário.

Da mesma forma, restou demonstrado que a verba em comento não é o abono tratado no art. 144, da CLT, como quer fazer crer a recorrente, já que é um pagamento feito pelo empregador conforme critérios por ele estabelecidos, em função do tempo de serviço e da assiduidade do empregado.

Portanto, a rubrica “Gratificação Extraordinária Férias” não foi paga em conformidade com os art. 143 e 144 da CLT, motivo pelo qual integra o salário de contribuição.

Considerando que, conforme art. 176 do CTN, “a isenção, ainda que prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão...”, conclui-se que a verba em comento integra o salário de contribuição, uma vez que não está incluída nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no § 9º, art. 28, da Lei 8.212/91.

Ademais, no presente caso, a parcela paga a título de “Gratificação Férias” se originou em decorrência única e exclusiva do vínculo laboral entre empregado e empregador, não devendo, portanto, ser excluída da base de cálculo da contribuição.

Nesse sentido e

Considerando que o pagamento da verba objeto da notificação não se enquadra no § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91,

Considerando tudo mais que dos autos consta

VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 1 de dezembro de 2010



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS