



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

Processo nº 10073.721068/2011-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.105 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2013
Matéria COMPENSAÇÃO. SALÁRIO INDIRETO
Recorrente BR METALS FUNDICOES
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AI. NORMAS LEGAIS PARA SUA LAVRATURA. OBSERVÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se caracteriza o cerceamento do direito de defesa quando o fiscal efetua o lançamento em observância ao art. 142 do CTN, demonstrando a contento todos os fundamentos de fato e de direito em que se sustenta o lançamento efetuado, garantindo ao contribuinte o seu pleno exercício ao direito de defesa.

COMPENSAÇÃO. PRAZO PRESCRICIONAL. DECLARAÇÃO DE COMPENSAÇÃO ENVIADA APÓS A VACATIO LEGIS DA LC 118/05. PRAZO DE CINCO ANOS. PRECEDENTE DO EG. STF SISTEMÁTICA DO ART. 543-B DO CPC..

Em se tratando de caso no qual a recorrente efetuou o pedido de compensação após o prazo da *vacatio legis* da LC 118/05, o prazo prescricional para a realização do pedido de compensação é de 05 (cinco) anos contados da data do pagamento indevido.

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DECORRENTES DO PAGAMENTO PRETÉRITO DO TERÇO DE FÉRIAS E NOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR AUXÍLIO-DOENÇA. NATUREZA SALARIAL.

A compensação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, desse modo, caberia à recorrente demonstrar o direito líquido e certo a realizar as compensações, o que não restou demonstrado, tendo em vista que os valores compensados, referem-se a verbas, que não se encontram dentro do rol de exclusão da base de cálculo do § 9º do art. 28 da lei 8212/91, não possui o recorrente ação judicial específica que ampare a referida exclusão.

O chamado abono de férias ou 1/3 de férias encaixa-se perfeitamente no conceito de remuneração. Embora seja compulsório, dá-se simplesmente consubstanciado na existência de vínculo laboral, o qual o pagamento não se coaduna com verba indenizatório, visto que o valor recebido, nada mais é do que um ganho, não uma despesa com destinação certa e provável. Esse ganho também não apenas será usufruído pelo empregado, como poderá fazer uso da maneira que achar conveniente.

Tendo o empregador obrigação legal de pagar o salário devido ao empregado nos primeiros 15 dias de afastamento por doença, consistindo na verdade em licença médica, cujos direitos trabalhistas continuam a ser integralmente computados, o que denota interrupção do contrato de trabalho, não há como afastar a tributação da referida norma, até que o STF manifeste-se em definitivo sobre o tema.

DIREITO DE CRÉDITO. GLOSA. RECOLHIMENTO INDEVIDO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO.

Somente será reconhecido o direito do autor a efetuar compensação, se dos autos existir prova cabal da existência dos recolhimentos indevidos. Em não sendo o caso, há de ser indeferido o pedido de reestabelecimento da glosa.

LEI TRIBUTÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE.

Não cabe ao CARF a análise de inconstitucionalidade da Legislação Tributária.

INCRA. EMPRESAS URBANAS.

As empresas urbanas estão sujeitas ao pagamento da contribuição ao INCRA, conforme pacífica jurisprudência deste Eg. Conselho.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) rejeitar a preliminar de nulidade; e b) declarar prescrita a pretensão de compensação com pagamentos realizados anteriormente à 01/2004. II) Pelo voto de qualidade, no mérito, dar provimento parcial ao recurso ao recurso, para reconhecer a improcedência total do AI 51.011.674-4. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares (relator), Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que davam provimento parcial em maior extensão, para, também, reconhecer o direito de crédito relativamente às rubricas auxílio-doença nos primeiros 15 dias de afastamento e adicional de 1/3 de férias. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.

Elaine Cristina Monteiro E Silva Vieira – Redatora Designada e Presidente
(na data da formalização, conforme Ordem de Serviço nº.01/2013 – CARF.)

Igor Araújo Soares - Relator.

Processo nº 10073.721068/2011-97
Acórdão n.º **2401-003.105**

S2-C4T1
Fl. 786

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso de voluntário interposto por BR METALS FUNDIÇÕES LTDA, irresignada com acórdão por meio do qual foi mantida a integralidade das contribuições previdenciárias lançadas nos seguintes Autos de Infração:

a-) AI 51.011.673-6 : lavrado para a cobrança de contribuições decorrentes de glosa de compensação em GFIP, levada a efeito pela recorrente indevidamente com valores pagos a título de (i) décimo terceiro salário, (ii) Auxílio-Doença, (iii) RAT 3%, (iv) INCRA e SEBRAE e (v) Cooperativas de Trabalho;

Quanto a tais rubricas a recorrente as entendia como não componentes da base de cálculo de contribuições previdenciárias, e, especialmente quanto ao RAT, entendia que os funcionários de sua área administrativa não deviam estar sujeitos ao grau de risco de 3%, mas de alíquota menor.

b-) AI 51.011.674-4: lavrado para a cobrança da diferença da alíquota RAT, elevada de 2% para 3% pelo Decreto 6.042/07, a partir de 06/2007;

c-) AI 51.011.675-2: lavrado para a cobrança de contribuições destinadas a terceiros (SENAI), incidentes sobre a remuneração de segurados empregados a alíquota de 1%. Sobre este tópico, durante a ação fiscal a recorrente informou possuir convênio com o SENAI, todavia, deixou de apresentar referidos convênios alegando que os mesmos foram cancelados a partir de 07/2009, sendo que, a partir de então continuou informando o convênio em GFIP, todavia, sem efetuar o recolhimento das contribuições destinadas ao SENAI juntamente com as demais relativas aos terceiros.

Consta do relatório fiscal que para o AI 51.011.673-6, lavrado pela glosa de compensações, além da multa de mora de 20% aplicada, também fora aplicada a multa de 150%, de acordo com as alterações promovidas pela Lei 11.941/09, tendo em vista a realização de compensações indevidas. Todavia, esta multa foi lançada isoladamente nos autos do AI 51.011.676-0.

Ademais, as compensações foram realizadas em GFIP, com os recolhimentos tidos por devidos a partir de 01/1999.

O lançamento compreende as competências de 01/2009 a 12/2009, com a ciência do contribuinte acerca do lançamento efetivada em 30/09/2011. (fls. 01).

Em seu recurso sustenta que há vício no lançamento administrativo, quanto à falta de motivo para o ato, que estaria dificultando sua defesa, haja vista não estar claro e preciso na forma exigida pelo artigo 142 do CTN, de maneira a ensejar a anulação do mesmo;

Acrescenta que valeu-se de créditos legítimos e regularmente apurados, para a compensação, conforme assim descreveu:

a) Pagamento indevido de contribuição sobre auxílio-doença e seu complemento – os valores recebidos pelo empregado nos primeiros 15 dias

de afastamento, que antecedem o auxílio-doença, não têm natureza salarial, mas indenizatória, tal qual a complementação do benefício, que é excluído do salário de contribuição pelo artigo 28, § 9º, “n”, da Lei nº 8.212/91. Além disso, o STJ teria firmado entendimento neste sentido, conforme jurisprudência que juntou aos autos;

b) Contribuição indevida de RAT pelas empresas e recolhimento a maior – a delegação de competência conferida pela Lei nº 8.212/91 ao poder executivo para regulamentar os conceitos e alíquotas do RAT é inconstitucional; além disso, a compensação da alíquota RAT efetuada pela Impugnante decorreu do recolhimento a maior a partir de 07/2007, em razão da alteração trazida pelo Decreto nº 6.042/07, sendo que continuou a recolher pela alíquota de 3%, quando deveria ter recolhido pela alíquota de 2%;

c) Pagamento indevido de contribuição sobre 1/3 de férias – o 1/3 constitucional sobre férias não integra o salário de contribuição, a partir da exegese do artigo 28, § 9º, “d”, da Lei nº 8.212/91 e porque o STF vem se posicionando pelo afastamento da contribuição sobre o adicional de férias, sob o fundamento de que somente as parcelas incorporáveis ao salário do servidor devem sofrer a sua incidência, a teor da jurisprudência que juntou;

d) Pagamento indevido de contribuição sobre décimo terceiro salário – a natureza jurídica do décimo terceiro salário é indenizatória e não salarial, por tratar-se de bonificação imposta por lei, encargo social, que afasta incidência de contribuição, entendimento este, corroborado pelo doutrinador Plínio Garcia, que entende haver bitributação;

e) Contribuição para o INCRA pelas empresas urbanas – as empresas urbanas não recebem qualquer contraprestação do INCRA em seu benefício, sendo obrigadas a contribuir para entidade desvinculada de sua atividade eminentemente urbana, entendimento que é refletido no STJ, segundo a jurisprudência citada;

f) Pagamento indevido de contribuição ao SEBRAE – a instituição da contribuição para o SEBRAE é inconstitucional, pois não se trata de adicional, mas nova contribuição. Além disso, deveria ser cobrada somente das micro e pequenas empresas, que são as beneficiadas pelas atividades oferecidas pela Entidade, não sendo cabível a cobrança das demais categorias;

g) Pagamento indevido de contribuição sobre os pagamentos às cooperativas de trabalho – é inconstitucional a criação da contribuição por lei ordinária, pois se trata de nova fonte de custeio, logo, os recolhimentos foram indevidos

Aponta que com relação ao lançamento da diferença de RAT, o Decreto 6.042/07 passou a ter vigência a partir de 06/2007, diferentemente do entendimento da fiscalização, que vinculou tal período a data de regulamentação do FAP.

Defende que não houve subsunção do fato a norma, não tendo sido verificada situação capaz de justificar a aplicação da multa de 150%, bem como sustenta ser permitida a compensação de débitos próprios com créditos de terceiros.

Por fim defende que multa aplicada é confiscatória.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Igor Araújo Soares, Relator

CONHECIMENTO

Tempestivo o recurso, dele conheço.

PRELIMINARMENTE

Inicialmente, ressalto que a recorrente sustenta a nulidade de todos os Autos de Infração ora sob exame, sob o fundamento da fiscalização ter-lhe cerceado o direito de defesa, em virtude da violação do art. 142 do CTN.

Em que pesem os esforços, tenho que o pedido merece ser rejeitado.

Nada mais fez a fiscalização do que aplicar ao caso em concreto a legislação pertinente, atribuindo à recorrente, a responsabilidade pelo pagamento de contribuições previdenciárias por ela não adimplidas, levando a efeito simplesmente aquilo que determinado pela Lei 8.212/91. Assim, uma vez que não houve qualquer transgressão a norma legal em vigor, não há que se reconhecer a nulidade do lançamento.

Logo, ao que se depreende do relatório fiscal, verifica-se ter sido observado o que disposto no art. 142 do CTN a seguir:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Da análise do relatório fiscal de cada um dos Autos de Infração, verifica-se que estes vieram devidamente acompanhados de todos os anexos do Auto de Infração, sendo deles parte integrante, quando se percebe que todos foram concebidos em total observância às disposições do art. 142 do CTN e 37 da Lei n. 8.212/91, na medida em que todos os fundamentos de fato e de direito que ensejaram a lavratura do Auto e a imposição fiscal restaram devida e precisamente demonstrados esclarecidos, o que proporcionou e garantiu ao contribuinte a clara e inequívoca ciência e materialização da ocorrência do fato gerador e dos valores não recolhidos das contribuições sociais devidas, conforme também restou decidido pelo acórdão de primeira instância.

Não vejo, pois, como acolher o pedido do cerceamento do direito de defesa.

Assim, rejeito esta preliminar.

No que se refere a prescrição do pedido de compensação efetuado, tenho que o prazo a ser aplicado no presente caso é o prazo de 05 anos e não o de cinco mais cinco, conforme aponta o recorrente. Este entendimento, está em consonância, ainda com a recente manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto, quando analisou as modificações trazidas a lume pela Lei Complementar n. 118/05, nos autos do RE 566.621/RS, julgado sobre o rito do art. 543-B do CPC, vejamos:

DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI INTERPRETATIVA – APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI COMPLEMENTAR Nº 118/2005. DESCABIMENTO .VIOLAÇÃO À SEGURANÇA JURÍDICA . NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DA VACATIO LEGIS. APLICAÇÃO DO PRAZO REDUZIDO PARA REPETIÇÃO OU COMPENSAÇÃO DE INDÉBITOS AOS PROCESSOS AJUIZADOS A PARTIR DE 9 DE JUNHO DE 2005.

Quando do advento da LC 118/05, estava consolidada a orientação da Primeira Seção do STJ no sentido de que, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo para repetição ou compensação de indébito era de 10 anos contados do seu fato gerador, tendo em conta a aplicação combinada dos arts. 150, § 4º, 156, VII, e 168, I, do CTN.

A LC 118/05, embora tenha se auto-proclamado interpretativa, implicou inovação normativa, tendo reduzido o prazo de 10 anos contados do fato gerador para 5 anos contados do pagamento indevido.

Lei supostamente interpretativa que, em verdade, inova no mundo jurídico deve ser considerada como lei nova.

Inocorrência de violação à autonomia e independência dos Poderes, porquanto a lei expressamente interpretativa também se submete, como qualquer outra, ao controle judicial quanto à sua natureza, validade e aplicação.

A aplicação retroativa de novo e reduzido prazo para a repetição ou compensação de indébito tributário estipulado por lei nova, fulminando, de imediato, pretensões deduzidas tempestivamente à luz do prazo então aplicável, bem como a aplicação imediata às pretensões pendentes de ajuizamento quando da publicação da lei, sem resguardo de nenhuma regra de transição, implicam ofensa ao princípio da segurança jurídica em seus conteúdos de proteção da confiança e de garantia do acesso à Justiça.

Afastando-se as aplicações inconstitucionais e resguardando-se, no mais, a eficácia da norma, permite-se a aplicação do prazo reduzido relativamente às ações ajuizadas após a vacatio legis, conforme entendimento consolidado por esta Corte no enunciado 445 da Súmula do Tribunal.

O prazo de vacatio legis de 120 dias permitiu aos contribuintes não apenas que tomassem ciência do novo prazo, mas também que ajuizassem as ações necessárias à tutela dos seus direitos.

Inaplicabilidade do art. 2.028 do Código Civil, pois, não havendo lacuna na LC 118/08, que pretendeu a aplicação do

novo prazo na maior extensão possível, descabida sua aplicação por analogia. Além disso, não se trata de lei geral, tampouco impede iniciativa legislativa em contrário.

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.

Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC aos recursos sobrestados.

Recurso extraordinário desprovido.

No mesmo sentido o Eg. STJ:

PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. COMPENSAÇÃO. PRESCRIÇÃO. LC N. 118/05. INCIDÊNCIA. AÇÕES AJUIZADAS APÓS VIGÊNCIA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPERCUSSÃO GERAL NO RE 566.621/RS E NO RESP 1.269.570/MG. JUÍZO DE RETRATAÇÃO.

1. Na origem, cuida-se de ação anulatória contra a NFLD lavrada pela Fiscalização Previdenciária. Os débitos constituídos são referentes à contribuição devida pela remuneração dos empregados e empregadores, no período compreendido entre janeiro/1999 a fevereiro/2002, e decorrentes da desconsideração das compensações realizadas pela ora agravada com créditos oriundos de pagamentos indevidos efetuados entre abril/1990 e julho/1994.

2. A sentença de piso julgou procedente o pedido da autora da ação anulatória, reconhecendo o direito a compensação em relação aos créditos não extintos pelo decurso do prazo prescricional de 10 (dez) anos, declarando nula a autuação constante da NFLD; ou seja, reconheceu a irretroatividade da Lei Complementar n. 118/2005 e, por conseguinte, a aplicação do prazo decenal para a repetição do indébito até a entrada em vigor da referida norma.

3. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região negou provimento a ambos os apelos e à remessa oficial, consignado que: "No caso dos autos não se trata de aferir a data do ajuizamento da ação, mas de confrontar as datas supra indicadas com vista a estabelecer qual a interpretação aplicável na data em houve o exercício do direito pela parte autora, ou seja, a data em que foi efetuada a compensação glosada. Ora, estando em discussão a legalidade do lançamento fiscal consubstanciado na NFLD nº 35. 35.319.790-4, lavrada em 30/08/2002, relativa às competências de novembro de 1999 a setembro de 2001, resta evidente que o prazo prescricional a ser considerado é aquele dos "cinco mais cinco", na linha da fundamentação supra, não se aplicando o preceito contido no art. 3º da LC nº 118/2005, que não pode retroagir para alcançar fatos pretéritos." (fl.183, e-STJ)

4. Os autos retornaram da Vice-Presidência desta Corte Superior para fins de aplicação do art. 543-B do CPC.

5. Sob o regime de Repercussão Geral, a Excelsa Corte, no julgamento do RE 566.621/RS, pacificou a tese no sentido de que o prazo prescricional de cinco anos definido na Lei Complementar n. 118/2005 incidirá sobre as ações de repetição de indébito ou declaração do direito à compensação ajuizadas a partir da entrada em vigor da nova lei (9.6.2005), ainda que estas ações digam respeito a recolhimentos indevidos realizados antes da sua vigência. Entendimento também prestigiado pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1269570/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 23/5/2012, DJe 4.6.2012.

Agravo regimental provido. (AgRg no REsp 1092878/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 04/03/2013)

No presente caso os pedidos de compensação foram todos efetuados no período de 01/2009 a 12/2009, ou seja, quando já se encontrava em vigor a LC 118/05, motivo pelo qual o prazo a ser aplicado é o de 05 (cinco) anos contados da data do pagamento indevido.

Assim entendo estar prescrita a pretensão de compensação com créditos anteriores a 01/2004, rejeitando também esta preliminar.

Passo ao mérito.

MÉRITO

AI - 51.011.673-6 – Glosas de Compensação.

A glosa foi efetuada tendo em vista que restou apurado que a contribuinte utilizou-se de créditos decorrentes de pretensos pagamentos efetuados a maior a título das seguintes rubricas:

- (i) Décimo terceiro salário seria uma bonificação, logo não teria natureza salarial;
- (ii) RAT administração – o enquadramento do grau de risco é responsabilidade da empresa, assim, a alíquota para os empregados da administração deveria ser diferente dos demais;
- (iii) 1/3 férias – o posicionamento do STF seria no sentido de que o adicional teria natureza indenizatória;
- (iv) Cooperativsa de trabalho – a cobrança dos 15% poderia ser questionada uma vez que fora criada por lei ordinária e não por lei complementar;
- (v) Auxílio-doença– nos primeiros 15 dias de afastamento não haveria natureza salarial, por inexistir prestação de serviços neste período;

- (vi) INCRA – a empresa atua na área urbana e tal contribuição deveria atingir apenas empresas rurais;
- (vii) SEBRAE – a empresa não se enquadra como micro ou pequena empresa; a contribuição não estaria prevista na CRFB/88 e não seria um adicional do SESI/SENAI, mas nova contribuição;
- (viii) RAT 3% a partir do Decreto 6.042/07 a alíquota passou de 3% para 2%;

O v. acórdão de primeira instância, ao analisar o pleito formulado entendeu por manter procedentes as glosas tendo em vista que as justificativas acerca do caráter não remuneratório das verbas não se sustentava, de modo que não restou comprovada a existência de crédito a seu favor.

Pois bem, da análise dos autos, tenho que a discussão ora sob exame repousa em saber se devem incidir contribuições quanto as rubricas indicadas no relatório fiscal, como valores adotados pela recorrente como crédito passível com compensação com o pagamento das demais contribuições previdenciárias.

• **Afastamento nos 15 primeiros Dias e 1/3 de férias.**

No que se refere ao assunto, há de se considerar aquilo que descrito no art. 28 I, da Lei 8.212/91:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Pois bem, é diante de referido artigo que a recorrente sustenta que as verbas indicadas no relatório fiscal do Auto de Infração, tratam-se de verbas de natureza indenizatória, e não remuneratória, desvinculadas, portanto do caráter de retributividade do trabalho prestado pela recorrente.

A matéria, por várias vezes já foi objeto de discussão neste Eg. Conselho, de modo que, após reflexão sobre o tema, não vejo como deixar de desconsiderar os importantes julgamentos sobre o assunto, levados a efeito pelo Eg. Superior Tribunal de Justiça.

São julgamentos que analisam o tema por anos a fio, tendo se consolidado num mesmo sentido, no caso, pela não incidência das contribuições neste caso.

Inicialmente, no que se refere aos pagamentos efetuados nos quinze primeiros dias de afastamento (auxílio-doença e acidente), a jurisprudência do STJ, desde 2009, se firma num único sentido, o qual cito a seguir:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias do pagamento de auxílio-doença e sobre o aviso prévio, ainda que indenizado, por configurarem verbas indenizatórias. Precedentes do STJ.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 231.361/CE, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/12/2012, DJe 04/02/2013)

Da mesma forma, no que se refere ao auxílio-acidente, confira-se:

TRIBUTÁRIO. PRESCRIÇÃO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. TESE DOS CINCO MAIS CINCO. PRECEDENTE DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1002932/SP. OBEDIÊNCIA AO ART. 97 DA CR/88.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. AUXÍLIO-DOENÇA. PRIMEIROS 15 DIAS DE AFASTAMENTO. ADICIONAL DE 1/3 DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA.

1. Consolidado no âmbito desta Corte que nos casos de tributo sujeito a lançamento por homologação, a prescrição da pretensão relativa à sua restituição, em se tratando de pagamentos indevidos efetuados antes da entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/05 (em 9.6.2005), somente ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita.

2. Precedente da Primeira Seção no REsp n. 1.002.932/SP, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC, que atendeu ao disposto no art. 97 da Constituição da República, consignando expressamente a análise da inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 118/05 pela Corte Especial (AI nos ERESP 644736/PE, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 06.06.2007).

3. Os valores pagos a título de auxílio-doença e de auxílio-acidente, nos primeiros quinze dias de afastamento, não têm natureza remuneratória e sim indenizatória, não sendo considerados contraprestação pelo serviço realizado pelo segurado. Não se enquadram, portanto, na hipótese de incidência prevista para a contribuição previdenciária. Precedentes.

4. Não incide contribuição previdenciária sobre o adicional de 1/3 relativo às férias (terço constitucional). Precedentes.

5. *Recurso especial não provido.*

(REsp 1217686/PE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/12/2010, DJe 03/02/2011)

Quanto a incidência sobre os valores do adicional de 1/3 de férias, o STJ, reformando antiga posição, também desde 2009, já se adequou ao que decidiu o Eg. Supremo Tribunal Federal sobre o tema, assentando conclusão também no sentido de que sobre referida verba, não há que incidir a contribuição previdenciária, mais uma vez, diante do caráter não remuneratório da rubrica.

Vejamos o esclarecedor precedente:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOBRE ADICIONAL DE FÉRIAS. NÃO INCIDÊNCIA. ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PRETÓRIO EXCELSO.

1. A Primeira Seção do STJ considerava legítima a incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias.

2. Entendimento diverso foi firmado pelo STF, a partir da compreensão da natureza jurídica do terço constitucional de férias, considerado como verba compensatória e não incorporável à remuneração do servidor para fins de aposentadoria.

3. Realinhamento da jurisprudência do STJ, adequando-se à posição sedimentada no Pretório Excelso, no sentido de que não incide Contribuição Previdenciária sobre o terço constitucional de férias, dada a natureza indenizatória dessa verba. Precedentes: EREsp 956.289/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 10/11/2009; Pet 7.296/PE, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe de 10/11/2009.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AgRg no REsp 1123792/DF, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 17/03/2010)

Ou seja, sobre o assunto, as Cortes Especial e Suprema do Poder Judiciário Brasileiro, já assentaram entendimento no sentido de que não há que se determinar a incidência das contribuições previdenciárias, motivo pelo qual, em se tratando de tema já absolutamente pacificado no âmbito judicial, não vejo como deixar de adotar referido entendimento, ainda em respeito ao princípio da própria economia processual.

Ademais, esclareço que a adoção do entendimento já firmado sobre o tema pela Justiça Brasileira, em momento algum enseja a declaração de inconstitucionalidade de norma ou legislação de direito tributário, motivo pelo qual afastado no caso a incidência do art. 62 - A do Regimento Interno deste Conselho, já que não se trata de adoção de precedente que também veio a declarar a inconstitucionalidade de Lei, mas de precedentes nos quais

claramente ao se discutir acerca da natureza de cada uma das verbas em questão, fixaram entendimento de que não se tratam de retribuição para o trabalho, situação que os afasta da incidência das normas previstas no art. 28 da Lei 8.212/91.

Pondero que não só entendo pela necessidade de adotar referidos entendimentos, por questões de economia processual, mas também por compartilhar de sua conclusão, no sentido de que as verbas descritas no presente voto como não abarcadas pela incidência das contribuições, assim o são por não serem retributivas do trabalho.

Por fim, cumpre afirmar que este Eg. Conselho também já reconheceu a não incidência das contribuições sobre o pagamento do terço constitucional de férias e afastamento pelos 15 primeiros dias de gozo do auxílio-doença, conforme se verifica do acórdão n. **2402-003.435**, a seguir:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

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

COMPENSAÇÃO. CRÉDITOS DECORRENTES DO PAGAMENTO PRETÉRITO DO TERÇO DE FÉRIAS E PAGAMENTOS EFETUADOS NOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR AUXÍLIO-DOENÇA OU ACIDENTE DO TRABALHO. 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. Precedentes do Eg. Superior Tribunal de Justiça.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

- **Valores do INCRA**

Quanto a incidência das contribuições ao INCRA no caso de empresas urbanas, a tese, por demais, já foi objeto de análise deste Eg. Conselho e julgado pelo STJ, inclusive, sob o pálio do art. 543-C do CPC, conforme precedente a seguir:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/1998 a 30/04/2005

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE N. 08 DO STF. É de 05 (cinco) anos o prazo decadencial para o lançamento do crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias.

SAT. SALÁRIO EDUCAÇÃO. EXCESSIVIDADE DA MULTA APLICADA. INCONSTITUCIONALIDADE. Não cabe ao CARF a análise de inconstitucionalidade da Legislação Tributária.

SÓCIOS. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. CORESP. DOCUMENTO MERAMENTE INDICATIVO. A indicação dos sócios e responsáveis pela empresa no relatório CORESP, anexo

à NFLD, não enseja a imputação de responsabilidade pessoal ou solidária aos ali apontados.

CONTRIBUIÇÃO AO INCRA. EMPRESAS URBANAS. LEGALIDADE. RESP 977.058/RS JULGADO SOB O PÁLIO DA LEGISLAÇÃO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ART. 62-A DO RICARF. Nos termos do art. 62-A do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, devem os julgamentos administrativos reproduzir as teses já julgadas pelo Superior Tribunal de Justiça quando submetidas ao rito dos recursos repetitivos, em conformidade com o Código de Processo Civil.

Recurso Voluntário Negado.

Logo, tenho que o lançamento deve ser mantido sobre tal aspecto

- **Cooperativas de Trabalho, Alíquota RAT Administração e SEBRAE.**

Com relação ao presente tópico a recorrente pretende demonstrar a não incidência das contribuições previdenciárias sobre tais rubricas, todavia, alega a impossibilidade de sua cobrança tendo em vistas que as mesmas não possuem previsão na Constituição Federal.

Ademais, o recurso voluntário traz longa argumentação acerca da inconstitucionalidade SEBRAE.

Todavia, tenho tais irresignações não podem ser analisadas por este Conselho, em respeito a competência privativa do Poder Judiciário, já que, o afastamento da aplicação da Legislação referente as contribuições, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, o que é vedado a este Eg. Conselho.

Da mesma forma verifico que a alegação relativa a violação do princípio do não-confisco pela aplicação das multas de ofício, inclusive com a agravante adotada pelo Fisco, também o foram trazidos em sede de recurso sob a alegação da inconstitucionalidade de sua aplicação, sem que neste processo a recorrente se insurgisse quanto aos fundamentos que vieram a dar ensejo ao agravamento.

Sobre o tema, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Com relação ao RAT, fato é que no presente processo sequer houve a alegação de que deveria haver a separação dos graus de incidência pela inexistência de diferentes CNPJ's.

Assim, mantenho a glosa de referidos pagamentos.

- **Do pagamento indevido de contribuição sobre décimo terceiro salário.**

Em que pese o posicionamento do doutrinador citado pela Impugnante, não tem o condão de afastar a previsão legal contida no artigo 28, § 7º, da Lei 8.212/91, que inclui expressamente esta rubrica no salário de contribuição. Também neste ponto, não há jurisprudência que vincule a Administração, nem decisão judicial em seu favor.

Sendo assim, os recolhimentos efetuados são devidos e não poderiam ter sido compensados.

- **RAT 3% a partir do Decreto 6.042/07;**

O presente tópico enseja a discussão acerca do momento em que as alterações levadas a efeito pelo Decreto 6.402/07 tornaram-se vigentes, relativamente as alterações das alíquotas do RAT.

Sobre assunto, o v. acórdão de primeira instância entendeu que os efeitos das modificações somente se deram a partir de janeiro de 2010, a partir da divulgação do FAP, vejamos:

10.7. Conforme se demonstrou nos itens 13 a 19, abaixo, os efeitos do novo anexo V do RPS, alterado pelo Decreto 6.042/07, só ocorreu a partir do mês de janeiro de 2010, quando teve início os efeitos do artigo 202A do RPS, que trata do FAP. Sendo assim, agiu acertadamente a fiscalização ao considerar o grau de risco da Impugnante em conformidade com a tabela do Anexo V, vigente no dia anterior ao da publicação do Decreto 6.042/07, e glosou a compensação correspondente à alíquota de 1%.

Ressalto que o Decreto supra foi publicado em 12 de fevereiro de 2007, sendo que o seu art. 5º dispôs o seguinte:

Art.5º Este Decreto produz efeitos a partir do primeiro dia:

I-do mês de abril de 2007, quanto aos arts. 199-A e 337 e à Lista B do Anexo II do Regulamento da Previdência Social;

II- do quarto mês subsequente ao de sua publicação, quanto à nova redação do Anexo V do Regulamento da Previdência Social; e

Ou seja, dessa forma, em se tratando o Anexo V das alterações no quês e refere a alíquota do RAT, seja para mais ou para menos, conforme o caso, fato é que a partir de 01 de julho de 2007, as novas alíquotas estavam válidas, de modo que se para a recorrente houve diminuição do percentual de 3% para 2%, fato é que se efetuou a partir de referida data o pagamento na alíquota de 3%, de fato lhe subsiste o direito ao reconhecimento de crédito da diferença de 1%.

Todavia, ao analisar o relatório fiscal, não vejo afirmação cabal do fiscal no sentido de que realmente houve o recolhimento a maior, ou mesmo não verifiquei dos autos comprovação fática de que a empresa, de fato tenha recolhido o RAT na alíquota de 3% após as alterações levadas a efeito pelo Decreto 6.042/07, no período de 07/2007 a 13/2008, pois a partir de 01/2009, está comprovado que a recorrente efetuou os pagamentos pela alíquota de 2%.

Logo, por não verificar existir nos autos qualquer prova do pagamento indevido, mantenho a glosa sobre tal rubrica.

AI 51.011.674-4:

Referido Auto de infração se identifica com os mesmos motivos já externados para reconhecer que a recorrente não possuía crédito relativamente aos recolhimentos a maior da diferença da alíquota de 2% para 3%.

Ou seja, aqui foram lançadas as contribuições previdenciárias da diferença do RAT de 1%, por entender a fiscalização que as alterações levadas a efeito pelo Decreto 6.042/07, somente tornaram-se vigentes a partir de janeiro de 2010.

A propósito, cito precedente deste Eg. Conselho de Contribuintes, que em outras oportunidades já decidiu que os efeitos do referido Decreto são contados a partir de julho de 2007. Confira-se o acórdão 2403-001.325 :

Ementa Contribuições Sociais Previdenciárias

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

Ementa: PREVIDENCIÁRIO. RISCOS AMBIENTAIS DO TRABALHO – RAT. ALÍQUOTA. GRAU DE RISCO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM GERAL Para os órgãos da Administração Pública em geral, a alíquota definida para financiamento dos riscos ambientais do trabalho – RAT foi alterada de 1% (risco leve) para 2% (risco médio) a partir de 06/2007, em decorrência da edição do Decreto nº 6.042, de 12/02/2007, que modificou o anexo V do Regulamento da Previdência Social. PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DEIXAR DE PREPARAR FOLHA DE PAGAMENTO DE ACORDO COM OS PADRÕES E NORMAS ESTABELECIDOS PELA RFB. Deixar a empresa de preparar folha(s) de pagamento das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados e das pagas ou devidas aos contribuintes individuais, a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pela Receita Federal do Brasil RFB. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. PREVIDENCIÁRIO. MULTA DE OFÍCIO. A multa de ofício só veio a ser observado para as Contribuições Previdenciárias a partir da edição da MP 449 de 03 de outubro de 2008, regra mais tarde referendada pela redação dada pela Lei 11.941, em 2009. Recurso Voluntário Provido em Parte

Logo, os recolhimentos da alíquota RAT pela recorrente, no período de 01/2009 a 13/2009, se deram de acordo com a legislação de regência, motivo pelo qual a autuação, neste ponto, deve ser julgada improcedente.

AI 51.011.675-2

Sobre este tópico, durante a ação fiscal a recorrente informou possuir convênio com o SENAI, todavia, deixou de apresentar referidos convênios alegando que os mesmos foram cancelados a partir de 07/2009, sendo que, a partir de então continuou informando o convênio em GFIP, todavia, sem efetuar o recolhimento das contribuições destinadas ao SENAI juntamente com as demais relativas aos terceiros.

Entretanto, a recorrente não contestou expressamente a incidência de contribuição destinada ao SENAI, à alíquota de 1%, mas, tão somente, insurgiu-se, a aplicação da multa de ofício, a qual considerou inconstitucional, por afrontar o princípio do não confisco, o que mais uma vez atrai ao caso a incidência da Sumula CARF n. 02.

Assim, mantenho incólume o presente Auto de Infração.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto no sentido de **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao recurso voluntário, tão somente para que: no Auto de Infração n. 51.011.673-6, seja reconhecido o direito de crédito do autor relativamente as rubricas: (i) auxílio-doença nos primeiros 15 dias de afastamento e (ii) 1/3 de férias, desde que não atingidas pela prescrição quinquenal, bem como, para reconhecer a improcedência total do AI 51.011.674-4, sendo mantida a integralidade do AI 51.011.675-2.

É como voto.

Igor Araújo Soares

Voto Vencedor

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Redatora Designada

Embora como sempre muito bem fundamentado o voto do ilustre relator, divirjo do entendimento ali descrito em relação a possibilidade de compensação das contribuições realizadas sobre os valores pagos pelos quinze primeiros dias do auxílio doença e 1/3 de férias, pelas razões abaixo descritas.

Como é cediço, a compensação é uma das modalidades de extinção do crédito tributário, desse modo, caberia à recorrente demonstrar o direito líquido e certo a realizar as compensações, o que não restou demonstrado, tendo em vista que os valores compensados, referem-se a verbas, que não se encontram dentro do rol de exclusão da base de cálculo do § 9º do art. 28 da lei 8212/91, não possui o recorrente ação judicial específica que ampare a referida exclusão, bem como não identifico uma das possibilidades descritas no art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF 256/2012. Vejamos, as possibilidades ali elencadas:

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.

*Parágrafo único. O disposto no **caput** não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:*

I que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; b) súmula da Advocacia Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Art. 62-A. As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Ademais, as hipóteses de compensação estão elencadas na Lei n.º 8.212/91, em seu artigo 89, dispondo que a possibilidade restringe-se aos casos de pagamento ou recolhimento indevidos. Não ocorreu recolhimento ou pagamento indevidos de contribuições previdenciárias, no presente caso, em relação aos 15 primeiros dias do auxílio doença e 1/3 de férias, posto que as verbas ora descritas encontram-se incluídas no conceito de salário de contribuição:

Art. 89. Somente poderá ser restituída ou compensada contribuição para a Seguridade Social arrecadada pelo Instituto Nacional do Seguro Social INSS na hipótese de pagamento ou recolhimento indevido. (Redação alterada pela Lei nº 9.032, de 28/04/95, mantida pela Lei nº 9.129, de 20/11/95 que colocou vírgula após a expressão INSS Parágrafo único. Na hipótese de recolhimento indevido as contribuições serão restituídas, atualizadas monetariamente.

§ 1º Admitir-se-á apenas a restituição ou compensação de contribuição a cargo da empresa, recolhida ao INSS, que, por sua natureza, não tenha sido transferida ao custo de bem ou serviço oferecido à sociedade. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95, e mantido pela Lei nº 9.129, de 20/11/95, que passou a identificar o INSS somente pela sigla)

§ 2º Somente poderá ser restituído ou compensado, nas contribuições arrecadadas pelo INSS, o valor decorrente das parcelas referidas nas alíneas “a”, “b” e “c”, do parágrafo único do art. 11 desta lei. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido pela Lei nº 9.129, de 20/11/95 com as seguintes alterações: 1) identifica o INSS somente pela sigla, 2)

acrescenta o artigo “o” antes da expressão “valor”; 3) coloca vírgula antes da expressão “do parágrafo”)

§ 3º Em qualquer caso, a compensação não poderá ser superior a trinta por cento do valor a ser recolhido em cada competência.

(Redação alterada pela Lei nº 9.129, de 20/11/95)

§ 4º Na hipótese de recolhimento indevido, as contribuições serão restituídas ou compensadas, atualizadas monetariamente.

(Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido pela Lei nº 9.129, de 20/11/95, que inseriu uma vírgula entre as palavras “compensadas” e “atualizadas”)

§ 5º Observado o disposto no § 3º, o saldo remanescente em favor do contribuinte, que não comporte compensação de uma só vez, será atualizado monetariamente. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido, com a mesma redação, pela Lei nº 9.129, de 20/11/95)

§ 6º A atualização monetária de que tratam os §§ 4º e 5º deste artigo observará os mesmos critérios utilizados na cobrança da própria contribuição. (Acrescentado pela Lei nº 9.032, de 28/04/95 e mantido, com a mesma redação, pela Lei nº 9.129, de 20/11/95)

A Lei n.º 8.212/1991 está em perfeita consonância com o ordenamento jurídico, haja vista o próprio CTN dispor em seu artigo 97, VI, que as hipóteses de extinção do

crédito tributário, entre essas a compensação e a dação em pagamento, são de estrita reserva legal. Assim, para verificar a possibilidade de compensação há que ser remetido para os permissivos legais.

Art.97 somente a lei pode estabelecer:

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Conforme prevê o art. 89, § 2º da Lei n.º 8.212/1991, somente pode ser compensado nas contribuições arrecadadas pelo INSS os valores recolhidos de forma indevida.

Dessa forma, só após a conclusão de serem indevidos tais valores poderia o recorrente valer-se do instituto da compensação.

Note-se, que a fundamentação do recorrente é de que os tribunais tem entendido que as verbas por ele compensadas, não constituiriam base de cálculo de contribuição, assim, as compensações realizadas são legais e legítimas, seguindo decisões já transitadas em julgado em situação idêntica.

Antes de apreciar esse argumento, entendo pertinente transcrever a legislação que define o conceito de salário de contribuição. De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir o trabalho, incluindo nesse conceito os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nestas palavras:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Existem parcelas que não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, tais verbas estão arroladas no art. 28, § 9º da Lei n.º 8.212/1991, nestas palavras:

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973; c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976; d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço FGTS; 3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT; 4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973; 5. recebidas a título de incentivo à demissão; 6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; 7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; 8. recebidas a título de licença prêmio indenizada; 9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984; f) a parcela recebida a título de vale transporte, na forma da legislação própria; g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal; i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977; j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica; l) o abono do Programa de Integração Social PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médicohospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Assim, antes mesmo de apreciarmos pontualmente cada uma das verbas, convém destacar que nenhuma das verbas descritas pelo recorrente, como base para sua compensação, encontram-se dentro do rol de exclusão, nem tampouco foram objeto de declaração de inconstitucionalidade pelo STF, razão pela qual não pode o recorrente seja por sua interpretação, ou mesmo acompanhando decisões do STJ valer-se do direito de realizar as compensações ora objeto de glosa, por serem consideradas indevidas.

Considerando a amplitude do conceito de remuneração, e que nenhum dos dispositivos do art. 28, § 9º da lei 8212/91, foi revogado ou alterado, não pode o recorrente promover compensações consubstanciar seu direito em decisões esparsas, ou cujo alcance, em um primeiro momento, só produz efeitos “interpartes”. Nem mesmo pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as regras descritas na Lei nº 8.212/1991.

Aliás, esse foi o encaminhamento dado pelo julgamento de primeira instância, frente as alegações do recorrente, passando logo a seguir a enfrentar pontualmente a natureza de cada uma das verbas, o que entendo pertinente para esclarecer ao recorrente a natureza das mesmas.

1/3 de FÉRIAS

O chamado abono de férias, adicional de férias ou simplesmente 1/3 de férias surge como um agrado dado ao empregado, por lei, no intuito de proporcionar uma remuneração extra quando do gozo das férias. Porém, dita verba, encaixase perfeitamente no conceito de remuneração, já que o numerário recebido, ingressa na patrimônio do empregado, que poderá realizar gastos da maneira que lhe aprouver., tendo em vista que o pagamento das verbas embora seja compulsório, dá-se simplesmente consubstanciado na existência de vínculo laboral, o qual o pagamento não se coaduna com verba indenizatório, visto que o valor recebido, nada mais é do que um ganho, não uma despesas com destinação certa e provável.

Esse ganho também não apenas será usufruído pelo empregado, como poderá fazer uso da maneira que achar conveniente.

Embora a jurisprudência venha se encaminhando por desconstituir a natureza remuneratória da verba, até a realização do lançamento não havia nenhuma decisão do STF em sede de recurso extraordinário, ou mesmo recurso repetitivo do STJ que possibilitasse a compensação, razão pela qual correto o posicionamento do auditor fiscal.

Nem mesmo haver-se-ia de alegar que o afastamento da incidência de contribuição sobre essa parcela estaria embasado no disposto na alínea “d” do § 9.º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991. Vejamos o que dispõe a norma:

Art. 28. Entendese por salário de contribuição:

(...)

§ 9º Não integram o salário de contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho CLT; (...)

Assim, a única exclusão expressa refere-se às férias indenizadas, o que não é o caso nos presentes autos. No caso, consistindo em um ganho para o trabalhador, nítida a sua feição salarial, razão pela qual compõem a base de cálculo de contribuições previdenciárias, sendo novamente descabida a compensação realizada. Note-se que o valor em questão sendo computado como salário de contribuição, será incluído no cálculo do salário de benefício do empregado, quando do cálculo dos benefícios a ele devidos.

15 PRIMEIRO DIAS DE AFASTAMENTO DO TRABALHADOR.

Quanto a este ponto, embora seja pertinente a alegação do relator que a jurisprudência dos tribunais tem se posicionado acerca da não incidência de contribuições, fato é que até hoje não foi declarada a inconstitucionalidade da incidência sobre a verba, nem tampouco fez o legislador contar a referida verba do art. 28, § 9º da mencionada lei 8212/91.

Ademais, tendo o empregador obrigação legal de pagar o salário devido ao empregado, consistindo na verdade em licença médica, cujos direitos trabalhistas continuam a ser integralmente computados, o que denota interrupção do contrato de trabalho, não há como afastar a tributação da referida norma, até que o STF manifestese em definitivo sobre o tema.

A caracterização de interrupção do contrato de trabalho, denota que mesmo não existindo prestação de serviços por parte do trabalhador, seu salário, bem como o compute dos demais direitos trabalhistas, sejam eles: período aquisitivo de férias, 13 salário, depósitos do FGTS continuam em pleno vigor, levando ao entendimento de que ditas verbas caracterizam-se como retribuição pela contraprestação do serviço, ou mesmo retribuição baseada na existência do vínculo de emprego durante esse período.

Assim, inaplicável a argumentação para afastar da incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador a título de remuneração dos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, posto que caracterizada a natureza salarial.

Notese que a partir do 16 dia de afastamento, com a consequente percepção do auxílio doença, não há mais incidência da contribuição previdenciária, posto que ocorre a respectiva suspensão do contrato de trabalho, restando, aí sim, suspensos o compute dos direitos do empregado.

Baseada nas considerações acima, entendo procedente o lançamento em relação as rubricas 1/3 de férias e 15 primeiros dias de doença do trabalhador, divergindo do entendimento do voto do relator.

CONCLUSÃO

VOTO POR NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO em relação aos levantamentos 1/3 de férias e 15 primeiros dias de doença do trabalhador.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira