



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



PROCESSO	10384.002057/2010-10
ACÓRDÃO	2301-002.804 – 2ª SEÇÃO/3ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	16 de maio de 2012
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	MUNICIPIO DE CORRENTE – PREFEITURA MUNICIPAL
INTERESSADO	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/2009 a 30/09/2009

ÓRGÃO PÚBLICO

Órgão Público está obrigado a arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço, e recolher, à Previdência Social, as quantias descontadas, conforme estabelece o art. 30, inciso I, alíneas “a” e “b”, da Lei 8.212/91

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade da lei no âmbito administrativo.

TAXA SELIC

A utilização da taxa de juros SELIC encontra amparo legal no artigo 34 da Lei 8.212/91.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao recurso na questão da não integração ao Salário de Contribuição das verbas oriundas dos primeiros quinze dias do auxílio doença e do um terço de férias, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzales Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que davam provimento ao recurso nestas questões; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Declaração de voto: Damião Cordeiro de Moraes.

Sala de Sessões, em 16 de maio de 2012.

Assinado Digitalmente

Flavia Lilian Selmer Dias – Redatora Ad Hoc

Assinado Digitalmente

Diogo Cristian Denny – Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes

Conforme o art. 58, inciso III, da Portaria nº 1.634, de 2023 - RICARF, o Presidente da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento, Conselheiro Diogo Cristian Denny, designou para redatora *ad hoc* a Flavia Lilian Selmer Dias, para formalizar o voto do presente acórdão, dado que a relatora original, Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, e o declarante Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, não mais integram este colegiado.

Como redatora *ad hoc* apenas para formalizar o voto do acórdão, a Conselheira Flavia Lilian Selmer Dias serviu-se das minutas de ementa, relatório e voto inseridas pela relatora original no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzidas.

RELATÓRIO

Trata-se de crédito lançado contra o Órgão Público acima identificado, referente às contribuições arrecadadas pela SRFB e destinadas aos Terceiros, SEST e SENAT, incidentes sobre os pagamentos efetuados a transportadores rodoviários pessoas físicas, a título de frete.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 13), constitui fato gerador da contribuição lançada as remunerações pagas a pessoas físicas que prestaram serviços à Prefeitura, enquadradas pela fiscalização como segurados obrigatórios do RGPS na categoria "Contribuinte Individual" - Transportador Rodoviário Autônomo, de acordo como Art. 12, Inciso V, alínea "g" da Lei 8.212/1991.

A autoridade lançadora informa que foi aplicada a multa de ofício de 75%, de acordo com o art. 44, inciso I da Lei 9.430/96, conforme previsto no art. 35-A da Lei 8.212/1991, acrescentado pela Medida Provisória 449/08, convertida na Lei 11.941/09, e juros de mora equivalentes à taxa SELIC.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 08-20.358, da 5ª Turma da DRJ/FOR, (fls. 49), julgou impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário em sua integralidade.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, alega ilegalidade da cobrança da contribuição destinada ao SEST/SENAT, argumentando que são contribuições compulsórias, posto que instituída por lei, mas que é devida apenas pelas empresas que exploram atividades de transporte rodoviários, nos termos do art. 7º, da Lei nº 8.706/93.

Observa que a recorrente é Ente federado e, portanto, não exerce atividade alguma ligada ao fato gerador da referida contribuição, da qual somente é contribuinte as empresas de transporte rodoviário, ou aqueles que exercem atividades mistas, ou que explorem acessória ou concorrentemente, ramo econômico peculiar dos estabelecimentos comerciais.

Entende que a imposição de multa no percentual de 75% sobre o valor principal configura montante excessivo ou desproporcional à infração tributária cometida, pelo que comete afronta direta ao princípio constitucional da capacidade econômica do contribuinte, conforme prescreve o art. 145, §1º e o art. 150, IV, da CF/88 e alega inaplicabilidade e inconstitucionalidade da taxa SELIC para tributos.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Flavia Lilian Selmer – Redatora Ad Hoc

Como redatora ad hoc sirvo-me da minuta de voto inserida pela relatora original, Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzida, cujo posicionamento adotando não necessariamente coincide com o meu.

O recurso apresentado é tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

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

Inicialmente, a recorrente alega que a cobrança da contribuição destinada ao SEST/SENAT, é devida apenas pelas empresas que exploram atividades de transporte rodoviários, nos termos do art. 7º, da Lei nº 8.706/93 e que, sendo a autuada um Ente federado, não exerce, portanto, atividade alguma ligada ao fato gerador da referida contribuição, da qual somente é contribuinte as empresas de transporte rodoviário, ou aqueles que exercem atividades mistas, ou que explorem acessória ou concorrentemente, ramo econômico peculiar dos estabelecimentos comerciais.

Contudo, é objeto do presente lançamento fiscal as contribuições devidas pelos contribuintes individuais, transportadores autônomos.

Não se trata, portanto, de contribuição da empresa, conforme entendeu de forma equivocada a recorrente, tendo a fiscalização fundamentado o lançamento no inciso II, do art. 7º, da Lei 8.706/93, e não no inciso I, como quer fazer crer a recorrente.

O art. 7º, da Lei nº 8.706/93, transcrito pela autuada em sua peça recursal deixa claro, em seu inciso II, que compõem as rendas para manutenção do SEST e SENAT as contribuições dos transportadores autônomos, incidentes sobre o salário de contribuição previdenciária.

E o Decreto 1007/93, que regulamentou a citada Lei, determina, no § 3º, do seu art. 2º, que as contribuições devidas pelos transportadores autônomos serão recolhidas diretamente pelas pessoas jurídicas tomadoras dos seus serviços.

E, no caso, a Prefeitura, como tomadora de serviços de transportadores autônomos, deveria reter e recolher a contribuição previdenciária devida por tais profissionais.

Como o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, ao constatar que a recorrente tomou serviços de transportadores autônomos e deixou de efetuar a retenção, a fiscalização lavrou corretamente a presente NFLD, em observância ao disposto no § 5º do art. 33, da Lei 8212/1991:

Art. 33. (...)

§5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Com relação às alegações de inexigibilidade e ilegalidade das contribuições ao SEST/SENAR e da aplicação da multa de 75%, cumpre observar que as contribuições lançadas e a multa aplicada encontram amparo na legislação listada no relatório FLD.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de tais exações, vez que a sua cobrança possui amparo legal. Conforme nos ensina Hans Kelsen:

" partindo da premissa unidade lógica da ordem jurídica, tenta impôr concordância apriorística entre a lei e a Constituição, que acabe por negar não apenas a possibilidade jurídica da sanção da nulidade, mas da própria noção de inconstitucionalidade "lato sensu":

"A afirmação de que uma lei válida é "contrária à constituição" (anticonstitucional) é uma "contradictio in adjecto", pois uma lei somente pode ser válida com fundamento na Constituição. Quando se tem fundamento para aceitar a validade de uma lei, o fundamento da sua validade tem de residir na Constituição. De uma lei inválida não se pode, porém, afirmar que ela é contrária à Constituição, pois uma lei inválida não é sequer uma lei, porque não é juridicamente existente e, portanto, não é possível qualquer afirmação jurídica

sobre ela. Se a afirmação, corrente na jurisprudência tradicional, de que uma lei é inconstitucional há de ter um sentido jurídico possível, não pode ser tomada ao pé da letra. O seu significado apenas pode ser o de que a lei em questão, de acordo com a Constituição, pode ser revogada não só pelo processo usual, quer dizer, por uma outra lei, segundo o princípio *lex posterior derogat priori*, mas também através de um processo especial, previsto pela Constituição.

Enquanto, porém, não for revogada, tem de ser considerada válida; e, enquanto for válida, não pode ser inconstitucional" (KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, 2. ed., trad. João Baptista Machado, São Paulo, Martins Fontes, 1987, p287).

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *"o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica "*

Quanto às alegações de inconstitucionalidade da taxa SELIC para atualização de débitos tributários, cumpre observar que, conforme entendimento fixado no Parecer CJ 771/97, *"o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito"*.

Dessa forma, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo.

É oportuno salientar que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados encontra respaldo no art. 34, da Lei 8.212/91, e a multa encontra-se amparada no art. 35A do mesmo diploma legal.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio dos Enunciados 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.

Nesse sentido e considerando tudo o mais que dos autos consta; voto por CONHECER DO RECURSO e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Assinado Digitalmente

Flavia Lilian Selmer Dias

(Bernadete de Oliveira Barros – Relatora)

DECLARAÇÃO DE VOTO

Conselheira Flavia Lilian Selmer – Redatora Ad Hoc

Como redatora ad hoc sirvo-me da minuta de voto inserida pelo declarante original, Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, no diretório oficial do CARF, a seguir reproduzida, cujo posicionamento adotando não necessariamente coincide com o meu.

Apenas a título de contribuição para o debate jurídico, exponho meu raciocínio contrário ao douto relator, e dou provimento ao recurso voluntário, nos termos que se seguem.

Auxílio-doença e seu complemento

Quanto à contribuição previdenciária sobre a remuneração paga durante os quinze primeiros dias do auxílio-doença, entendo ser verba não salarial, aplicando-se, assim, a regra de isenção do art. 28, § 9º, a, 1ª parte da Lei n. 8.212/91. Este também é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), *verbis*:

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA -VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR MOTIVO DE DOENÇA - IMPOSSIBILIDADE - BENEFÍCIO DE NATUREZA PREVIDENCIÁRIA - RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS - INTEMPESTIVIDADE. 1. O recurso especial interposto antes do julgamento dos embargos de declaração ou dos embargos infringentes opostos junto ao Tribunal de origem deve ser ratificação no momento oportuno, sob pena de ser considerado intempestivo. Precedente da Corte Especial do STJ. 2. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento no sentido de que não incide a contribuição previdenciária sobre a remuneração paga pelo empregador ao empregado, durante os primeiros dias do auxílio-doença, uma vez que tal verba não tem natureza salarial. Inúmeros precedentes. 3. Primeiro recurso especial não conhecido. Segundo recurso especial não provido". [g.n.] (REsp 793796/RS, Rel.

Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 26/05/2008).

"TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO. AUXÍLIO-DOENÇA. QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. 1. Tratam os autos de mandado de segurança impetrado por HAENSSGEN S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO objetivando a declaração da ilegalidade da exigência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio doença ao empregado nos primeiros quinze (15) dias de afastamento do trabalho, além da compensação das parcelas discutidas dos últimos dez (10) anos. Sentença que julgou improcedente o pedido "denegando a segurança pleiteada e extinguindo o processo com julgamento de mérito, forte no art. 269, I, do Código de Processo Civil". (fl. 60). Interposta apelação, o Tribunal de origem, por unanimidade, negou-lhe provimento (fls. 95/97) por entender que é incontroversa a natureza salarial do auxílio doença devido pela empresa até o 15º dia de afastamento do trabalhador razão pela qual deve incidir contribuição previdenciária. No recurso especial, além de divergência jurisprudencial, a empresa recorrente alega negativa de vigência do art. 60, § 3º, da Lei nº 8.212/91 e divergência jurisprudencial. Em suas razões alega que a verba que a empresa paga aos funcionários durante os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do trabalho, por motivo de doença, não tem natureza salarial, razão pela qual não deve incidir a contribuição previdenciária. Sem contrarrazões, conforme certidão de fl. 130. 2. A diferença paga pelo empregador, nos casos de auxílio-doença, não tem natureza remuneratória. Não incide, portanto, sobre o seu valor, contribuição previdenciária. 3. Precedentes: REsp 479935/DF, DJ de 17/11/2003, REsp 720817/SC, DJ de 21/06/2005, REsp 550473/RS, DJ de 26/09/2005. 4. Recurso especial provido". [g.n.] (REsp 783804/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2005, DJ 05/12/2005, p. 253)"

É, portanto, pacífico no STJ o entendimento a respeito da natureza não remuneratória dos valores pagos a título de auxílio-doença nos primeiros quinze dias de afastamento do empregado, o que deve ser aplicado no presente caso.

Do terço adicional de férias

Em relação ao terço adicional de férias, essa verba tem natureza compensatória, pois é um reforço financeiro para que o trabalhador possa usufruir de forma plena o direito constitucional do descanso remunerado. Nos termos do art. 201, § 11, da CF, somente as parcelas incorporáveis ao salário para fins de aposentadoria sofrem a incidência d contribuição previdenciária, verbis:

"§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e consequente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei".

Em novembro de 2009, o STJ adequou sua jurisprudência ao entendimento firmado pelo STF para declarar que a contribuição previdenciária não incide sobre o terço de férias. A

decisão em Embargos de Divergência 956.289 serviu para se coadunar ao entendimento da Corte Suprema, verbis:

"TRIBUTÁRIO E PREVIDENCIÁRIO - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS - NATUREZA JURÍDICA - NÃO-INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO - ADEQUAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ AO ENTENDIMENTO FIRMADO NO PRETÓRIO EXCELSO.

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

Precedentes.

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.

4. Embargos de divergência providos.

(EResp 956289/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJe 10/11/2009)"

Por fim, afastar a contribuição em exame é dar efetividade ao princípio constitucional da segurança jurídica, independentemente se o valor pago foi em regime público ou privado.

DEMAIS ARGUMENTOS

No mais, acompanho o douto voto proferido pela relatora, eis que pronunciado em conformidade com a legislação previdenciária e a jurisprudência do CARF.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL.

Assinado Digitalmente

Flavia Lilian Selmer Dias

(Damião Cordeiro de Moraes - Declarante)