



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

Processo nº 10665.003044/2008-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº **2803-002.703 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 18 de setembro de 2013
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS.
Recorrente TENACE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 01/01/2005

INCONSTITUCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. DRU. CRIAÇÃO POR EMENDA CONSTITUCIONAL. INCLUSÃO EM LEI ORÇAMENTÁRIA. VEÍCULOS INTRODUTORES DE NORMA EXISTENTES, VIGENTES E VÁLIDOS. OBSERVAÇÃO OBRIGATÓRIA. A NATUREZA DO TRIBUTO É DADA PELO FATOR GERADOR A DESTINAÇÃO É IRRELEVANTE. BASES DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO ESTABELECIDAS EM LEI. PARCELAS INTEGRANTES DA FOLHA DE PAGAMENTO. VIABILIDADE. DÉCIMO - TERCEIRO, INTEGRA A CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DEFINIÇÃO EM LEI.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.087.004-2, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores considerados empregados e que prestaram serviços por intermédio de interpostas pessoas jurídicas, bem como a contribuição decorrente da prestação de serviços por contribuintes individuais, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 198 a 208, com período de apuração de 01/2004 a 01/2005, conforme Termo e Início de Ação Fiscal - TIAF, de fls. 156 a 158.

O Auto de Infração é composto pelos levantamentos denominados ALU – FOLHA DE PAGTO ALUMARES; MA1 – DESCONTO CONTRIBUINTE INDIVIDU; MAR – FOLHA E PAGAMENTO MARCO AURÉLIO, conforme Relatório Discriminativo Analítico de Débito – DAD, de fls. 04 a 09.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 29/10/2008, Folha de Rosto do Auto de Infração, de fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, as fls. 166 a 183, sendo remetida via CORREIOS, conforme envelope de remessa, de fls. 165, remetido, em 28/11/2008, acompanhada dos documentos, de fls. 184 a 191.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 192 e 193.

A DRJ/BHE, as fls. 194 e 19508, baixou os autos em diligência.

A diligência foi atendida, as fls. 198 a 209.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-22.890 - 8ª, Turma DRJ/BHE, em 08/07/2009, fls. 210 a 220. No qual o lançamento foi considerado procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 07/08/2009, AR, de fls. 223.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 226, recebido, em 04/09/2009, conforme carimbo de recepção, com razões recursais, as fls. 227 a 242, desacompanhado de qualquer documento.

Mérito.

- que a atuação não possui respaldo jurídico, pois ilegal e inconstitucional;
- que o órgão julgador *a quo* manteve-se inerte e não se pronunciando sobre as questões suscitadas, sob a alegação de que em sede administrativa não se pode conhecer de ilegalidade e inconstitucionalidade, sendo tal decisão equivocada, pois apesar de

não poder declarar ilegalidade e inconstitucionalidade, a Administração deve cumprir as leis dentro dos limites constitucionais, mesmo sem a manifestação do judiciário, devendo a segunda instância apreciar as questões de ilegalidade e inconstitucionalidade postas;

- que a arrecadação da contribuição social devida ao INSS está sendo desviada de sua finalidade, o que fere a legalidade e moralidade pública, pois a EC 27/2000 determinou que 20% do total arrecadado das contribuições sociais fossem desvinculadas, do órgão, fundo ou despesa, passando a União reiteradamente a contar com esses valores em seu orçamento, desvinculando-os do custeio da seguridade, artigo 2º, da Lei 9.696/2000, permanecendo este desvio até 2007, EC 42/2003, sendo flagrante a inconstitucionalidade, pois a prorrogação da desvinculação da DRU contribui para a calamitosa situação do País;
- que o objetivo das contribuições do artigo 195, I e II, da CF a cargo das empresas é a manutenção e o custeio dos benefícios, artigo 201, o citado desvio tornou indevida as contribuições sobre a folha de salários das empresas; as devidas pelos trabalhadores; a dos autônomos e administradores da LC 84/96 e as para o SAT, uma vez que não compõe o orçamento da União;
- que não deve admitir arrecadação com desvio de finalidade, conforme previsto no parágrafo 5º, do artigo 195, da CF, estando garantido pela Constituição o equilíbrio atuarial da previdência social, ficando a criação de contribuições sociais limitadas pelo artigo 149 da CF, não devendo tal contribuição compor o orçamento da União, o que torna a contribuição ilegítima;
- que a EC 20/98 veda a utilização da contribuições sociais, do artigo 195, I “a” e II, para pagamento de outras despesas que não sejam as com os benefícios previdenciários, podendo o desvio de verba caracterizar crime de responsabilidade do Presidente da República por violar à lei orçamentária e a CF;
- que embora tal desvinculação tenha sido instituída por EC pode ela conter vício de inconstitucionalidade, não tendo validade tal exigência sobre a empresa, pois a contribuição não está servido ao custeio da Seguridade Social, mas sim o orçamento da União o que altera de forma ilegítima a natureza do tributo, ferindo o artigo 6º, da CF e o equilíbrio atuarial, legalidade e moralidade pública, devendo o auto ser anulado;
- que a CF em sua redação original no artigo 195, I, dizia que a seguridade seria financiada entre outras, pelas contribuições sociais dos empregadores, incidentes sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro, sendo a base de cálculo os salários e não a remuneração, cita Arnaldo Sussekind, porém a Lei 8.212/91 instituiu tal

contribuição sobre a remuneração paga ou creditada, originalmente a contribuição só incidia sobre a folha de salários e não sobre a remuneração como, hoje, determina a Lei 9.876/99, sendo inconstitucional a Lei 8.212/91 ante a redação original da CF, pois alarga o conceito salário para remuneração, o que demanda a necessidade de lei complementar, assim se manifestando o STF no RE 187.482/RS;

- que mesmo após a EC 20/98 é preciso verificar a natureza da verba paga, pois nem tudo é remuneração, não incluindo a base de cálculo as verbas de natureza indenizatória, tendo tal natureza as verbas: adicionais de periculosidade, insalubridade, noturno, abono de férias, horas extraordinárias, gorjetas, prêmios, abonos, ajudas de custo e as diárias de viagem e outras que não tenham natureza salarial, conforme assevera a magistrada Érika Giovanini Reupke, não devendo ser tributadas as verbas que não são habituais, conforme dispõe o artigo 201, parágrafo 4º, da CF;
- que a lei 9.528/97 que alterou a lei 8.212/91 e permitiu que verbas indenizatórias e abonos compoñham a base de cálculo da contribuição é inconstitucional, sendo assim os adicionais noturnos, de periculosidade e insalubridade, gorjetas, prêmios, ajudas de custo e diárias de viagem (quando excederem 50% do salário percebido), comissões e quaisquer outras parcelas pagas - quer previstas em convenção ou dissídio coletivo, quer concedidas por liberalidade do empregador, não devem ser tributados, sendo que a exigência da contribuição sem a exclusão das verbas de cunho indenizatório é inconstitucional, devendo o auto ser anulado;
- que a leis 7.787/89 e 8.212/91, com apoio no artigo 195, I, da CF criou a contribuição sobre o 13º salário, não podendo a lei tributária alterar o alcance e institutos do direito privado, artigo 110, do CTN, mas a lei que criou a contribuição sobre o 13º salário ampliou este conceito, o que é vedado, cita Maria Helena Diniz;
- que o décimo - terceiro é gratificação e salário é remuneração mensal pelo trabalho desenvolvido, por ser de cunho indenizatório o 13º salário não é base da contribuição, não comportando a interpretação restritiva de salário a incidência da contribuição, não estando tal legislação recepcionada, pois o artigo 195, parágrafo 4º exige lei complementar, estando patente a inconstitucionalidade da exigência;
- Dos pedidos – requer a recorrente: a) reforma da decisão *a quo*; com o reconhecimento da improcedência do lançamento; b) cancelamento do auto; c) alternativamente que sejam excluídas da base de cálculo as verbas indenizatórias e o décimo – terceiro salário.

A autoridade preparadora considerou o recurso tempestivo, fls. 243.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 243.

Processo nº 10665.003044/2008-97
Acórdão n.º **2803-002.703**

S2-TE03
Fl. 248

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Inicialmente, cumpre informar que o julgador a quo está correto não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 256/2009

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.

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

Todavia, o contrário não é vedado, isto é, reconhecer a constitucionalidade afinal de contas esta é presumida, até prova em contrário e declaração pelo órgão competente.

A contribuição social previdenciária destinada à Previdência Social, artigo 201, da CRFB/88 é apenas a do artigo 195, I, “a” e II, pois as demais contribuições incluem as demais vertentes da Seguridade Social, ou seja, saúde e assistência social, isto pode ser facilmente visto no artigo 2º, da Lei 11.457/2007.

A própria recorrente em sua peça recursal admite que o artigo 167, XI, da CRFB/88 veda a utilização de tais receitas para outros fins, que não o custeio de benefícios.

Desta forma, fica demonstrado que não se está usando as verbas do INSS para outros fins, até porque não há denúncia sobre esta matéria, ninguém acusou o Presidente da República por crime de responsabilidade, pois tal conduta poderia na visão da recorrente configurar esta situação.

Aliás, o Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da ADI – MC 3449, Relator Ministro Gilmar Mendes ao se pronunciar sobre a constitucionalidade da lei orçamentária de 2008 que previa a utilização da estimativa de receita proveniente da DRU, demonstra a constitucionalidade desta, pois não há declaração ao contrário do órgão

competente, o que confirma a presunção de constitucionalidade dos atos legais até declaração formal em contrário pelo órgão próprio.

Deve ser ressaltado, como o fez a Advocacia-Geral da União, que a CPMF vêm sendo prorrogada por meio de seguidas emendas constitucionais (EC nº 12/1996, EC nº 21/1999, EC nº 37/2002, EC nº 42/2003), todas declaradas constitucionais por este Corte (ADI 1.497; ADI 2.031; ADI 2.666. Assim sendo, apesar da existência de termo final de vigência da CPMF e da DRU (31 de dezembro de 2007), não seria exigível outro comportamento do Poder Executivo, na elaboração da proposta orçamentária, e do Poder Legislativo, na sua aprovação, que não o de levar em consideração, na estimativa de receitas, os recursos financeiros provenientes dessas receitas derivadas, as quais já eram objeto de proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 50, de 2007).

A CRFB/88 veda a vinculação de receita de imposto, mas não veda a desvinculação de receitas de contribuições, bem como não existe declaração de inconstitucionalidade das Emendas Constitucionais que autorizaram tal medida e muito menos das leis orçamentárias que a estabeleceram e discriminaram tal desvinculação.

De mais a mais, o fato da receita estar sendo supostamente usada com outra finalidade, o que se diz apenas como argumentação, não torna a lei que instituiu a contribuição inconstitucional e muito menos a contribuição indevida, pois uma coisa é criar e cobrar o tributo, sendo isto uma competência constitucional do ente, a utilização dos recursos é outra etapa, que nada tem a ver com a cobrança e o dever de pagar o tributo.

As contribuições foram instituídas por lei, estando presentes todos os requisitos legais exigidos para dar validade a exação, sendo estas devidas, na forma que estabelecido na Lei 8.212/91 e demais atos legais.

O tributo definiu-se pelo seu fato gerador, sendo irrelevante para este fim a sua destinação, artigo 4º, inciso II, da Lei 5.172/66.

Evidente das explicações a inexistência de violação ao artigo 6º, da CRFB/88, do equilíbrio atuarial, da legalidade e da moralidade, não havendo motivos para anular o auto.

As contribuições exigidas nestes autos se referem ao ano de 2004, assim a redação original do artigo 195, I, “a” e II, da CRFB/88 e da Lei 8.212/91 são irrelevantes, pois interessa apenas a redação em vigor no ano em questão.

O RE suscitado pelo contribuinte não se aplica ao caso, pois cuida da Lei 7.787/89 e esta lei não fundamenta o lançamento.

O artigo 22, I, c/c o artigo 28, I estabelece quais as verbas que constitui a remuneração para fins da contribuição previdenciária e de forma contrária o artigo 28, parágrafo único, todos, da Lei 8.212/91 estabelece as parcelas que não compõe a base de cálculo da contribuição.

O Relatório de Lançamentos – RL, de fls. 12 a 17, informa de maneira clara e objetiva, que para o levantamento ALU – FOLHA PAGTO ALUMARES, foi lançado o desconto dos segurados empregados declarados em folha de pagamento.

No que tange, ao levantamento MA1 – DESCONTO CONTRIBUINTE INDIVIDU, foi lançada a contribuição descontada do pró-labore, onze por cento, bem como a contribuição descontada dos honorários contábeis onze por cento.

Para o levantamento, MAR – FOLHA PAGTO MARCOS AURÉLIO, foi lançado o desconto de segurados empregados com base na folha de pagamento.

A base das informações para lançamento foram as folhas de pagamento e essas indicam ou devem indicar as parcelas que integram e não integram a contribuição, pois é isso, que determina a lei, artigo 32, I, da Lei 8.212/91 c/c o artigo 225, I, parágrafo 9º, incisos I a V, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99.

Assim, cabe a empresa recorrente demonstrar se há erro em suas folhas de pagamento, pois a prova do fato impeditivo, modificativo e extintivo do direito do fisco, artigo 333, II, da Lei 5.869/73, bem como nos termos do artigo 16, parágrafo 4º, do Decreto 70.235/72 é dever da recorrente.

O artigo 28, parágrafo 7º, da Lei 8.212/91 diz que o décimo - terceiro (gratificação natalina) integra o salário de contribuição, aliás é isso que pensa o Superior Tribunal de Justiça – STJ, observe a ementa, transcrita.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÃO NATALINA. INCIDÊNCIA. 1. Não há violação do art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem apresenta, de forma inequívoca, fundamentação sobre a questão jurídica que lhe foi proposta, muito embora com posição em sentido contrário ao interesse da parte. 2. Entendimento de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ no sentido da incidência de contribuição previdenciária sobre a gratificação natalina, por constituir verba que integra a base de cálculo do salário-de-contribuição. Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 971.020/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ 2/2/2010, AgRg no REsp 957.719/SC, Rel. Min. Lux Fux, DJ de 2/12/2009, REsp 809.370/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 23/9/2009, REsp 956.289/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23/6/2008. 3. Agravo regimental não provido. EMEN: (AGEDAG 201100105613, BENEDITO GONÇALVES, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:16/08/2011 ..DTPB:.) (o destaque é meu).

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente, não havendo razão para atender os pleitos desta.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito negar-lhe provimento, tendo em vista a falta de lastro fático e jurídico das alegações da recorrente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por EDUARDO DE OLIVEIRA em 17/10/2013 17:02:27.

Documento autenticado digitalmente por EDUARDO DE OLIVEIRA em 17/10/2013.

Documento assinado digitalmente por: HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA em 17/10/2013 e EDUARDO DE OLIVEIRA em 17/10/2013.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 22/10/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP22.1019.10377.ALUA

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

ACEF01D3A09F2C3F853FEEDE1FC2328DE2D06CA4