



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

Processo nº 10680.723456/2010-73
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.954 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de março de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente HOSPITAL SOCOR S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AFASTAMENTO DE ATÉ 15 DIAS POR DOENÇA.

O afastamento remunerado por até quinze dias do trabalho por motivo de doença é um direito do trabalhador que é suportado pelo empregador e seu pagamento tem natureza remuneratória.

ACRÉSCIMO DE 1/3 SOBRE FÉRIAS. NATUREZA REMUNERATÓRIA.

O acréscimo de 1/3 sobre férias é um direito assegurado pela Constituição aos empregados que integra o conceito de remuneração, sujeitando-se, conseqüentemente, à contribuição previdenciária.

SALÁRIO MATERNIDADE. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES. Por expressa determinação legal o salário maternidade é considerado salário de contribuição.

MULTA - MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

A Recorrente não suscitou a questão da multa em seu Recurso Voluntário, em que pese o fato de a autuação ter sido lançada quando já vigia a novel legislação que trata da aplicação da multa mais benéfica.

Não sendo questão de 'Ordem Pública' que significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico 'JUSTO', tutelando o estado democrático de direito e não tendo sido matéria anatematizada no RV, não já de ser analisado e julgado, mantendo a multa aplicada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 02/06/2014 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 27/08/2014 por

MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/06/2014 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em

03/06/2014 por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA

Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

ACORDAM os membros do Colegiado: I) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso, na questão do salário maternidade, nos termos do voto do Redator. Vencido o Conselheiro Wilson Antônio de Souza Correa, que votou em dar provimento ao recurso nesta questão; II) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao recurso, no afastamento dos quinze primeiros dias, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Wilson Antônio de Souza Correa, Adriano Gonzáles Silvério e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; b) em negar provimento ao recurso, no terço de férias, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Wilson Antônio de Souza Correa, Adriano Gonzáles Silvério e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; III) Por voto de qualidade: a) em manter a multa aplicada, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em analisar e retificar a multa aplicada. Redator: Mauro José Silva.

Marcelo Oliveira – Presidente

(assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Côrrea – Relator

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva – Redator Designado

(assinado digitalmente)

Participaram, da sessão de julgamento, os Conselheiros Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Junior, Mauro Jose Silva, Adriano Gonzáles Silvério.

Relatório

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização contra a Recorrente, referente às contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC e SEBRAE), incidentes sobre remuneração paga ou creditada a segurados empregados, conforme.

Intimada aviou sua impugnação com suas razões, sendo que a decisão de piso julgou-as improcedentes, e, desta decisão tomou ciência em 23.MAI.2012 e no dia 19.JUN.2012 protocolizou o presente Recurso Voluntário, com as seguintes argumetações: i) ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do INCRA; ii) ilegalidade e inconstitucionalidade da cobrança do SEBRAE; iii) ilegalidade/inconstitucionalidade SESC SENAC; iv) ilegalidade/inconstitucionalidade Salário - Educação; v) exclusão das verbas não remuneratórias da base de cálculo das contribuições previdenciárias; vi) base de cálculo das contribuições incidentes sobre a folha de salários / ilegalidade e inconstitucionalidade da inclusão dos valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado que usufrui do auxílio doença e do auxílio acidente, bem dos valores pagos à título de salário – maternidade, férias e adicional de 1/3 na base de cálculo destas contribuições sociais; vii) ausência de fato gerador; viii) alcance das definições e conceitos das normas tributárias; ix) direito de produção de prova.

Eis em apertada síntese o relato dos fatos e o necessário para julgamento.

Voto Vencido

Conselheiro Wilson Antônio de Souza Côrrea - Relator

O presente Recurso Voluntário acode os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual, desde já, dele conheço.

i a v) ILEGALIDADES E INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

Esta Corte administrativa, como todas as demais, inclusive judicial, exceto o Supremo Tribunal Federal, não têm competência para distribuir, analisar e julgar processos e ou matérias que tratam de inconstitucionalidade de lei.

Deve-se ater o Recorrente ao entendimento anotado no Parecer CJ 771/97 que: **“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”**.

De forma que, ainda que seja uma vírgula mal distribuída num parágrafo da lei anatematizada pelo Recorrente, o caminho a postular inconstitucionalidade e perquirir direitos é o Pretório Excelsior, e não esta via.

Mais ainda, há de destacar que a atividade administrativa encontra-se com vínculo ao que determina a lei, como dito por muitos, ‘as ações do gestor público é escravizada pela lei’.

Neste sentido, peço vênica para juntar escólio do perleúdo 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 sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”

E, de mais a mais, observa-se que o o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, veda aos Conselheiros de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

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.

E pondo uma pá-de-cal, necessário trazer à baila a Súmula 02 do CARF, que na clareza, cessa sua interpretação, como dizem os latinos:

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

Assim, não há como entrar na discussão pretendida pela Recorrente, porque esta Casa não tem competência para discutir ilegalidade e muito menos inconstitucionalidade.

ii) EXCLUSÃO DAS VERBAS NÃO REMUNERATÓRIAS DA BASE DE CÁLCULO DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Alega que a Fiscalização exigiu o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos nos 15 primeiros dias de afastamento do empregado doente ou acidentado, bem como sobre os valores pagos a título de salário-maternidade, férias e adicional de 1/3 sobre as férias, dentre outras verbas.

Diante não tem-se que as verbas oriundas dos 15 primeiros dias de afastamento por doença ou acidente, bem como o salário-maternidade, são verbas de natureza não remuneratórias e isto define a questão quanto a não incidência de contribuição previdenciária nestas rubricas, já que o fato gerador é de natureza indenizatória.

E, somenete para locupletar a tese de verba indenizatória, não olvidemos que o funcionário, nas duas hipóteses acima, não presta serviço ao empregador e por isto não recebe salários, mas apenas uma ajuda financeira oriunda do sistema previdenciário, não podendo, portanto, incidir contribuição previdenciária.

O STJ já tem pacificado esta matéria, onde considera a verba como indenizatória, conforme Jurisprudência abaixo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - AUXÍLIO-DOENÇA - PRIMEIROS QUINZE DIAS PAGOS PELO EMPREGADOR - NATUREZA NÃO SALARIAL - NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PRECEDENTES - 1- Esta Corte não se presta à análise de dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal. 2- A jurisprudência desta Corte sufraga entendimento no sentido de que os primeiros 15 (quinze) dias do auxílio doença pagos pelo empregador não possuem natureza salarial, não incidindo, portanto, contribuição previdenciária sobre o referido período. 3- Não há que se falar em violação da Súmula Vinculante nº 10 do STF, uma vez que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 22 ou 28 da Lei nº 8.213/91, antes, apenas foi reconhecida a natureza não salarial da verba em debate. 4- Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg-AI 1.209.421 - (2009/0116280-4) - 2ª T - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - DJe 30.03.2010 - p. 763)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE - VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO - NÃO-INCIDÊNCIA - 1- O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes: EDcl no REsp 800.024/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 10.09.2007. REsp 951.623/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 27.09.2007; REsp 916.388/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 26.04.2007. 2- Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg-REsp 1.039.260 - (2008/0055791-7) - 1ª T - Rel. Min. Luiz Fux - DJe 10.02.2010 - p. 918)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - AUXÍLIO-DOENÇA - VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO - NÃO INCIDÊNCIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - NATUREZA JURÍDICA - INCIDÊNCIA - PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR MATÉRIA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE - 1- Acórdão embargado que negou provimento ao agravo regimental no sentido de que: a) o STJ ratificou orientação no sentido de que o princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC nº 118/05 aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, porquanto é norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspectiva; B) O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período; E c) é devida a contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa a seus empregados a título de salário-maternidade, em face do caráter remuneratório de tal verba. 2- Embargos opostos para prequestionar a matéria constitucional consubstanciada nos arts. 97, 103-A e 195, I, da Constituição Federal. 3- Os embargos de declaração ainda que manejados para fins de prequestionamento, são cabíveis quando o provimento jurisdicional padecer de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material, vícios ausentes na espécie. 4- O recurso especial, conforme delimitação de competência estabelecida pelo art. 105, III, da Carta Magna de 1988, destina-se a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal, razão pela qual é defeso em seu bojo o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. Precedentes. 5- Embargos de declaração rejeitados. (STJ - EDcl-AgRg-REsp 1.107.898 - (2008/0266707-4) - 1ª T. - Rel. Min. Benedito Gonçalves - DJe 11.05.2010 - p. 200)

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

Autenticado digitalmente em 02/06/2014 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 27/08/2014 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 02/06/2014 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 03/06/2014 por WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA

Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA - PRIMEIROS QUINZE DIAS - NÃO INCIDÊNCIA - PRECEDENTES - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DÂNICA TERMOINDUSTRIAL LTDA - PRESCRIÇÃO - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - CONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - 1- O STJ pacificou o entendimento no sentido de que a quantia paga a título de auxílio-doença nos 15 primeiros dias do benefício não possui natureza remuneratória, razão pela qual não atrai a incidência da contribuição previdenciária. 2- A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que é possível o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo na ausência de prequestionamento, desde que a instância especial tenha sido aberta por outra questão. 3- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 435.835/SC, em 24.3.2004, adotou o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. 4- O STJ, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI nos EREsp 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, a qual estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, porquanto ofende os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. 5- Entendimento reiterado pela Primeira Seção em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo 1.002.932/SP, oportunidade em que a matéria foi decidida sob o regime do art. 543-c do CPC e da Resolução STJ 8/2008. Embargos de declaração opostos pela FAZENDA NACIONAL rejeitados. Embargos de declaração opostos por DÂNICA TERMOINDUSTRIAL LTDA. Acolhidos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes. (STJ - EDcl-AgRg-EDcl-EDcl-REsp 976.376 - (2007/0181642-8) - 2ª T. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 27.04.2010 - p. 1144)

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA - NÃO-INCIDÊNCIA - 1- O STJ pacificou o entendimento de que não incide Contribuição Previdenciária sobre verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário. 2- Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg-AI 1.272.784 - (2010/0017465-0) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 20.04.2010 - p. 411)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ - AUXÍLIO-DOENÇA - PRIMEIROS QUINZE DIAS - NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SÚMULA 83/STJ - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF, E DA SÚMULA VINCULANTE 10 DO STF - 1- O agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso especial que não impugna, especificamente, seus fundamentos não merece conhecimento, ante o óbice imposto pelo enunciado 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2- A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração durante os quinze primeiros dias do auxílio-doença, ao contrário do que alega o recorrente que afirma ser indevida somente sobre o salário. 3- A decisão agravada, ao julgar a questão, decidiu de acordo com a interpretação sistemática da legislação. Apenas interpretou as normas, ou seja, de forma sistemática, não se subsumindo o caso à hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem que a questão tenha sido decidida pelo Plenário. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg-AI 1.166.859 - (2009/0051395-6) - 2ª T. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 16.04.2010 - p. 1239)

Assim, com relação ao posicionamento do STJ referente ao pagamento da verba dos 15 primeiros dias de afastamento, e, pelo fato de o auxílio-maternidade ter a mesma natureza, penso que, quanto a elas não incide contribuição previdenciária.

Quanto as férias e o terço constitucional, por serem verbas também não remuneratórias, cujo fim compensatório é o livre exercício de descanso anual, de afastamento, em decorrência de um ano de labor, elas também não se enquadram na definição de remuneração trabalhista, justamente pelo fato de não existir o caráter de contraprestação da atividade laboral. Ou seja, também é um direito do trabalhador que o usufruirá sem ter a contraprestação laboral, razão pela qual não incide a contribuição previdenciária.

Assim, assiste a Recorrente, neste quesito, configurando vício material.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a 'Ordem Pública' significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico 'JUSTO', tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão 'extra petita', como é o caso em tela onde a multa não foi anatematizada pelo Recorrente, e que tem o meu pronunciamento de aplicação da multa mais favorável ao contribuinte, mas que neste momento não julgo a questão, eis que não refutada no recurso e não se trata de matéria de ordem pública.

Tem o meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênha para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ..

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois, evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica dizer que:

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

*AgRg no REsp 1203549 / ES
AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7*

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA

Data de Julgamento 03/05/2012

DJe 28/05/2012

Ementa

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINARINDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmanssini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

CONCLUSÃO

O Recurso Voluntário aviado acode todos os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço, para DAR-LHE PROVIMENTO, para anular o lançamento por ocorrência de vício material.

É o voto.

(assinado digitalmente)

Wilson Antônio de Souza Côrrea - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Mauro José Silva, Redator Designado

Apresentamos nossas considerações em sintonia com os aspectos do Acórdão para os quais fomos designados como Redator do voto vencedor.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE SALÁRIO-MATERNIDADE, FÉRIAS E ADICIONAL CONSTITUCIONAL DE UM TERÇO.

O salário-maternidade possui natureza salarial e integral, consequentemente, a base de cálculo da contribuição previdenciária, conforme previsão do art. 28, § 9º, al. “a”, parte final da Lei n. 8.212/91. O fato de o benefício ser custeado pelo orçamento previdenciário não exime o empregador da obrigação tributária relativamente à contribuição previdenciária incidente sobre a folha de salários, incluindo, na respectiva base de cálculo, o salário-maternidade auferido por suas empregadas gestantes.

8. A respeito da questão, já se pronunciou o STJ, corroborando o esse entendimento:

“PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVOS REGIMENTAIS NO RECURSO ESPECIAL. APELO DA EMPRESA: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. FÉRIAS E ABONO CONSTITUCIONAL. SALÁRIO-MATERNIDADE. INCIDÊNCIA. CARÁTER REMUNERATÓRIO. APELO DA UNIÃO: CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA SOBRE OS VALORES PAGOS PELO EMPREGADOR AO EMPREGADO NOS PRIMEIROS QUINZE DIAS DO AUXÍLIO-DOENÇA. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CARTA MAGNA. NÃO-OCORRÊNCIA. CONTRARIEDADE AO ART. 195, I, A, DA CF/88. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO NESTA INSTÂNCIA SUPERIOR. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. Esta Corte já consolidou o entendimento de que é devida a contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa a seus empregados a título de férias e abono constitucional, bem como de salário-maternidade, tendo em vista o caráter remuneratório de tais verbas. 2. Precedentes: REsp 731.132/PE, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 20.10.2008; AgRg no REsp 901.398/SC, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008; AgRg no EDcl no REsp 904.806/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 16.12.2008; AgRg no REsp 1.039.260/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 15.12.2008; AgRg no REsp 1.081.881/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 10.12.2008.” [g.n.] (AgRg no REsp 1.024.826/SC, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 19/3/2009, DJe 15/4/2009. No mesmo sentido: REsp 932.592/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 2/4/2009, DJe 22/4/2009; AgRg no REsp 1.081.881/SC, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 2/12/2008, DJe 10/12/2008).

Quanto à verba recebida a título de férias e seu terço constitucional, essa rubrica também ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, passível da incidência da contribuição previdenciária.

O STJ tem entendimento pacificado no sentido de que a referida parcela possui caráter remuneratório, *verbis*:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 3º DA LC 118/2005. INCONSTITUCIONALIDADE. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO MATERNIDADE E ADICIONAL DE FÉRIAS. INCIDÊNCIA. 1. Conforme decidido pela Corte Especial (AI nos EREsp 644736/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 6.6.2007, DJ 27.8.2007), é inconstitucional a segunda parte do art. 4º da LC 118/2005, que determina a aplicação retroativa do disposto em seu art. 3º. 2. O salário-maternidade tem natureza salarial e integra a base de cálculo da Contribuição Previdenciária. Precedentes do STJ. 3. A Primeira Seção pacificou o entendimento de que incide Contribuição Previdenciária sobre a gratificação natalina (13º salário) e o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados e aos servidores públicos, por integrarem o conceito de remuneração. Precedente: REsp 731.132/PE (Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 20.10.2008). 4. Agravos Regimentais não providos” [g.n.] (AgRg no REsp 1.076.883/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/2/2009, DJe 19/3/2009).

“TRIBUTÁRIO. SERVIDOR PÚBLICO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. LEI 9.783/99. 1. No regime previsto no art. 1º e seu parágrafo da Lei 9.783/99 (hoje revogado pela Lei 10.887/2004), a contribuição social do servidor público para a manutenção do seu regime de previdência era "a totalidade da sua remuneração", na qual se compreendiam, para esse efeito, "o vencimento do cargo efetivo, acrescido de vantagens pecuniárias permanentes estabelecidas em lei, os adicionais de caráter individual, ou quaisquer vantagens, excluídas: I - as diárias para viagens, desde que não excedam a cinquenta por cento da remuneração mensal; II - a ajuda de custo em razão de mudança de sede; III - a indenização de transporte; IV - o salário família". 2. A gratificação natalina (13º salário), o acréscimo de 1/3 sobre a remuneração de férias e o pagamento de horas extraordinárias, direitos assegurados pela Constituição aos empregados (CF, art. 7º, incisos VIII, XVII e XVI) e aos servidores públicos (CF, art. 39, § 3º), e os adicionais de caráter permanente (Lei 8.112/91, art. 41 e 49) integram o conceito de remuneração, sujeitando-se, conseqüentemente, à contribuição previdenciária. 3. O regime previdenciário do servidor público hoje consagrado na Constituição está expressamente fundado no princípio da solidariedade (art. 40 da CF), por força do qual o financiamento da previdência não tem como contrapartida necessária a previsão de prestações específicas ou proporcionais em favor do contribuinte. A manifestação mais evidente desse princípio é a sujeição à contribuição dos próprios inativos e pensionistas. 4. Recurso especial improvido” [g.n.] (REsp 512.848/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 12/9/2006, DJ 28/9/2006, grifo nosso).

Sendo certo que o salário-maternidade possui natureza salarial e integra o salário-de-contribuição, assim como a verba recebida a título de férias, com o terço constitucional, ostenta natureza remuneratória, sendo, portanto, parcelas passíveis da incidência da contribuição previdenciária, razão não assiste ao contribuinte nesses pontos. (cf. REsp 1098102/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, DJe 17/06/2009).

Afastamento por doença. Primeiros quinze dias.

Tratamos aqui da incidência da contribuição previdenciária sobre os pagamentos ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por doença.

Inicialmente esclarecemos que tais pagamentos não têm a natureza jurídica de auxílio-doença, de benefício previdenciário, uma vez que este só existirá se o trabalhador ficar incapacitado por mais de quinze dias. Aqui não tratamos, portanto de auxílio-doença. É o que extraímos da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Lei 8.213/91

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Entendemos que o afastamento remunerado por até quinze dias do trabalho por motivo de doença é um direito do trabalhador que é suportado pelo empregador. Tem natureza similar ao 13º, às férias e ao descanso semanal remunerado.

O Relator acompanhou a reiterada jurisprudência e estabeleceu uma rígida relação entre remuneração e contraprestação de serviço. Só seria remuneração aquele pagamento estritamente ligado a uma contraprestação de serviço. Se assim considerarmos, não teria essa natureza o 13º, as férias e o descanso semanal remunerado. A relação contraprestacional não é direta, mas indireta nesses casos. O empregador sabe que deve pagar um salário pelo serviço prestado, bem como alguns benefícios concedidos legalmente, ou constitucionalmente em muitos casos, ao trabalhador. Entre tais benefícios está o de receber seu salário do empregador por até quinze dias em caso de doença. É uma relação contraprestacional indireta, mas existente. O argumento, usado em algumas jurisprudências, de que se trata de verba indenizatória falha ao não demonstrar qual é o dano causado pelo empregador ao empregado que estaria sendo indenizado. Insistimos que não se trata de verba indenizatória, mas benefício decorrente da relação trabalhista e que compõe a folha de salários.

Como não há Recurso Repetitivo transitado em julgado no STJ sobre a matéria, ainda podemos, respeitosamente, contrariar o entendimento daquele Tribunal na esteira de nossas convicções.

Processo nº 10680.723456/2010-73
Acórdão n.º **2301-003.954**

S2-C3T1
Fl. 9

Assim, votamos por **NEGAR PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário nesse aspecto.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva – Redator Designado

CÓPIA