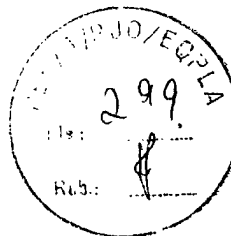




MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO DE JULGAMENTO



S2-C4T3
Fl. 297

Processo nº 10700.000007/2007-72
Recurso nº 154.453 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.304 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de dezembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente TRANSPORTES FUTURO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2004 a 31/12/2004

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUXÍLIO-ACIDENTE-COMPENSAÇÃO INCORRETA - GLOSA.

O salário do segurado empregado correspondente aos primeiros 15 (quinze) dias de afastamento no auxílio-acidente é custeado pela empresa. Serão glosados pelo Fisco os valores compensados indevidamente pelo sujeito passivo.

Recurso Voluntário Negado

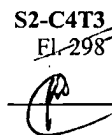
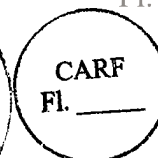
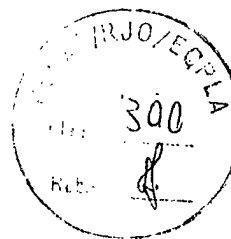
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade negar provimento
ao recurso.

1


Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente
Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel de Souza. Ausente o Conselheiro Marthius Sávio Cavalcante Lobato.



Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário**, fls. 129 a 159, apresentado contra **Decisão-Notificação nº 17.403.4/0087/2007** da Secretaria da Receita Previdenciária / Delegacia da Receita Previdenciária Rio de Janeiro Sul, fls. 118 a 125, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.057.529-6**, no montante de R\$ 1.124.093,68 (um milhão, cento e vinte e quatro mil, noventa e três reais e sessenta e oito centavos).

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 21 a 23, o **lançamento refere-se a as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social** (Fundo de Previdência e Assistência Social — FPAS e financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa) e as destinadas às outras entidades.

Ainda segundo o Relatório Fiscal, às fls. 21 a 23, o auditor autuante esclarece que **as contribuições em apreço foram compensadas indevidamente pela empresa**, sendo, desta forma, glosadas pela fiscalização.

A Recorrente pretendeu se compensar dos valores pagos a seus empregados a título de auxílio-doença durante os primeiros 15 dias de afastamento de seus empregados em completo desacordo ao prescrito no Decreto 3.048/99 que estabelece em seu art. 75:

Art. 75. Durante os primeiros quinze dias consecutivos de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário. (Redação dada pelo Decreto n 9 3.265, de 29/11/99) (grifo nosso)

§ 1º Cabe à empresa que dispuser de serviço médico próprio ou em convênio o exame médico e o abono das faltas correspondentes aos primeiros quinze dias de afastamento.

§ 2º Quando a incapacidade ultrapassar quinze dias consecutivos, o segurado será encaminhado à perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social.

Segundo ainda o Relatório Fiscal, às fls. 21 a 23, por não possuir qualquer amparo legal que sustentasse tal procedimento essa fiscalização glosou todos os valores lançados sobre essa motivação nas compensações praticadas pela empresa nas competências 09/2004 a 13/2004.

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09316945F00, foi de 08/2003 a 06/2006, às fls. 15.

O **período do débito**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 06, é de **09/2004 a 12/2004**.

A Recorrente teve **ciência da NFLD** no dia **22.12.2006**, conforme fls. 01.

A Recorrente apresentou Impugnação, às fls. 48 a 61.

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, fls. 118 a 125.

Inconformada com a decisão da Recorrida, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 129 a 159, onde alega, em apertada síntese:

Em sede preliminar:

(a) Da inclusão de sócios-administradores no Relatório CORESP

Que a inclusão dos sócios administradores no relatório intitulado "Relação de Co-responsáveis - CORESP", não respeita os requisitos mínimos que justificariam a presença dos sócios administradores no pólo passivo do lançamento.

(b) Da não realização do depósito recursal

No Mérito:

(c) Da legitimidade da compensação realizada

A Recorrente ataca o ato administrativo questionando a justiça da legislação previdenciária que prevê o pagamento do auxílio-doença apenas a partir do décimo-sexto dia de afastamento do segurado empregado, alegando que os quinze primeiros dias de enfermidade não são médico ou juridicamente diferentes dos demais, sendo dever do INSS arcar com os encargos salariais do segurado.

(d) Deduz alegações de inconstitucionalidades da legislação ordinária

Aparece nos autos o Termo de Trânsito em Julgado,, às fls. 251, em função da não realização do depósito recursal para o prosseguimento do Recurso Voluntário.

Há nos autos a referência à Liminar concedida que autoriza o prosseguimento do Recurso Voluntário sem a realização do depósito recursal, às fls. 292.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 296.

É o Relatório.



Processo nº 10700.000007/2007-72
Acórdão n.º 2403-00.304

CARF
Fl. 299S2-C413
Fl. 299

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 296.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante n.º 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe n.º 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das Preliminares e do Mérito.

DAS PRELIMINARES

(a) Da inclusão de sócios-administradores no Relatório CORESP

A Recorrente alega:

Que a inclusão dos sócios administradores no relatório intitulado "Relação de Co-responsáveis - CORESP", não respeita os requisitos mínimos que justificariam a presença dos sócios administradores no pólo passivo do lançamento.

Analisemos.

Preliminarmente, quanto à solicitada exclusão de pessoas do rol de co-responsáveis cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos. Assim, esta

discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Portanto, não há razão no argumento.

(b) Da não realização do depósito recursal

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

DO MÉRITO.

(c) Da legitimidade da compensação realizada

A Recorrente alega:

A Recorrente ataca o ato administrativo questionando a justiça da legislação previdenciária que prevê o pagamento do auxílio-doença apenas a partir do décimo-sexto dia de afastamento do segurado empregado, alegando que os quinze primeiros dias de enfermidade não são médico ou juridicamente diferentes dos demais, sendo dever do INSS arcar com os encargos salariais do segurado.

Analisemos.

A compensação como modalidade de extinção do crédito tributário está prevista no art. 156, II, do Código Tributário Nacional. O mesmo diploma legal, artigos 170 e 170-A, prevê regras gerais sobre a matéria; as regras específicas são objeto de lei ordinária. Transcrevemos abaixo os artigos do CTN que tratam da compensação:

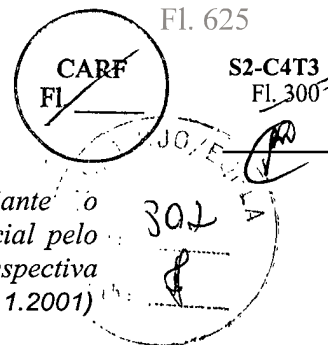
“Art. 156. Extinguem o crédito tributário:

(...)

II - a compensação;”

“Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda pública.

Parágrafo único. Sendo vincendo o crédito do sujeito passivo, a lei determinará, para os efeitos deste artigo, a apuração do seu montante, não podendo, porém, cominar redução maior que a correspondente ao juro de 1% (um por cento) ao mês pelo tempo a decorrer entre a data da compensação e a do vencimento.”



"Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial." (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)

O Plano de Custeio da Seguridade Social, Lei n. 8.212/91, art. 89, que ora transcrevemos, traz comando no sentido de que somente serão compensados os valores pagos ou recolhidos indevidamente a título de contribuição para a Seguridade Social.

"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 dada pela Lei nº 9.129, de 20.11.1995)

O direito à compensação surgirá após o pagamento indevido de contribuição destinada à Seguridade Social, de atualização monetária, de multa ou de juros de mora, observadas as seguintes condições, conforme art. 193 da Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005:

- *a compensação deverá ser realizada com contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, excluídas as destinadas para Outras Entidades ou Fundos (Terceiros);*
- *o sujeito passivo deverá estar em situação regular, considerando todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil, em relação à NFLD, LDC, AI, LDCG - Lançamento de Débito Confessado em GFIP e DCG - Débito Confessado em GFIP, cuja exigibilidade não esteja suspensa;*
- *o sujeito passivo deverá estar em dia com as parcelas relativas a acordos de parcelamento, considerados todos os seus estabelecimentos e obras de construção civil;*
- *somente é permitida a compensação de valores que não tenham sido alcançados pela prescrição;*
- *a compensação somente poderá ser realizada em recolhimento de períodos subseqüentes àqueles a que se refiram os valores pagos indevidamente.*

Os valores indevidamente compensados devem ser recolhidos pelo contribuinte, sobre os quais incidirão juros e multa de mora.

Caso o contribuinte não recolha espontaneamente os valores compensados de forma indevida, cabe ao Fisco a glosa da compensação efetuada.

Também cabe referida glosa na hipótese de compensação efetuada sem que houvesse recolhimento ou pagamento indevido; ou atualizada em desconformidade com os índices de correção previstos na legislação previdenciária; ou sem decisão judicial que tenha autorizado a compensação.

Por fim, não houve qualquer ato perfeito e acabado, posto que uma compensação indevida não pode ser considerada como um ato jurídico perfeito, já que se sujeita à verificação de sua regularidade pela fiscalização.

Como se vê, a compensação entre crédito e débito tributário efetiva-se por iniciativa do contribuinte, mas com risco para ele. A compensação feita, no âmbito de tributo sujeito ao lançamento por homologação, como no caso, fica a depender da homologação da autoridade fiscal, que pode e deve fiscalizar o contribuinte, examinar seus livros e documentos, verificar os cálculos e efetuar o lançamento de valor de compensação indevida, no todo ou em parte.

Outrossim, tem-se as disposições na Lei nº 8.213/91 referentes ao auxílio-doença, o qual é conceituado como benefício devido ao segurado que "ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

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.

Art. 60. O auxílio-doença será devido ao segurado empregado a contar do décimo sexto dia do afastamento da atividade, e, no caso dos demais segurados, a contar da data do início da incapacidade e enquanto ele permanecer incapaz. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 1º Quando requerido por segurado afastado da atividade por mais de 30 (trinta) dias, o auxílio-doença será devido a contar da data da entrada do requerimento.

~~*§ 2º O disposto no § 1º não se aplica quando o auxílio-doença for decorrida de acidente do trabalho. (Revogado pela Lei nº 9.032, de 1995)*~~

§ 3º Durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbirá à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário integral. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 26.11.99)

§ 4º A empresa que dispuser de serviço médico, próprio ou em convênio, terá a seu cargo o exame médico e o abono das faltas correspondentes ao período referido no § 3º, somente devendo encaminhar o segurado à perícia médica da Previdência Social quando a incapacidade ultrapassar 15 (quinze) dias.

Art. 61. O auxílio-doença, inclusive o decorrente de acidente do trabalho, consistirá numa renda mensal correspondente a 91% (noventa e um por cento) do salário-de-benefício, observado o disposto na Seção III,





especialmente no art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Art. 62. O segurado em gozo de auxílio-doença, insusceptível de recuperação para sua atividade habitual, deverá submeter-se a processo de reabilitação profissional para o exercício de outra atividade. Não cessará o benefício até que seja dado como habilitado para o desempenho de nova atividade que lhe garanta a subsistência ou, quando considerado não-recuperável, for aposentado por invalidez.

Art. 63. O segurado empregado em gozo de auxílio-doença será considerado pela empresa como licenciado.

Parágrafo único. A empresa que garantir ao segurado licença remunerada ficará obrigada a pagar-lhe durante o período de auxílio-doença a eventual diferença entre o valor deste e a importância garantida pela licença.

No mesmo sentido, tem-se as disposições no decreto 3.048/1999 referentes ao auxílio-doença, o qual é conceituado como benefício devido ao segurado que "ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Art. 71. O auxílio-doença será devido ao segurado que, após cumprida, quando for o caso, a carência exigida, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de quinze dias consecutivos.

(...)

Art. 75. Durante os primeiros quinze dias consecutivos de afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe à empresa pagar ao segurado empregado o seu salário. (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)

Assim, a proteção previdenciária surge para o segurado empregado apenas após o 16º dia da incapacidade, já que os quinze primeiros dias são de responsabilidade da empresa/empregador.

Dessa forma, considerando a inobservância das condições de compensação previstas na legislação acima, a glosa realizada pela fiscalização encontra-se correta.

(d) Deduz alegações de inconstitucionalidades da legislação ordinária

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

"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)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)"(gn).

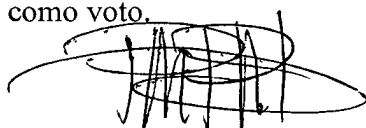
Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, rejeitar as **PRELIMINARES** suscitadas, **NO MÉRITO, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.**

É como voto.



Paulo Maurício Pinheiro Monteiro

