



**Ministério da Economia**  
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



**Processo nº** 11516.000382/2008-43  
**Recurso** Voluntário  
**Acórdão nº** 2401-008.339 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 03 de setembro de 2020  
**Recorrente** EXPRESSO ESTRELA CATARINENSE LTDA  
**Interessado** FAZENDA NACIONAL

### **ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/08/2007

**SOBRESTAMENTO DO PROCESSO. INDEFERIMENTO DO PEDIDO.**

Tendo em vista que o processo que trata da exclusão da contribuinte do Simples Nacional já foi julgado por este CARF, o pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

**EXCLUSÃO SIMPLES. ANÁLISE DE PROCESSO PRÓPRIO. PREVENÇÃO DA DECADÊNCIA. SÚMULA CARF 77.**

A constituição de auto de infração para apurar a exigência de tributo devido em razão de exclusão da empresa do regime do SIMPLES nacional, não implica em suspensão de processo administrativo fiscal, uma vez que o crédito ainda está sendo formalmente constituído, para aí sim se for o caso ser suspenso conforme análise da autoridade lançadora e das normas tributárias vigentes. O respectivo ato tem o condão de prevenir o lançamento, evitando-se a decadência. Ademais nos termos da Súmula CARF nº 77 “a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão”.

**QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO.**

O Supremo Tribunal Federal julgou, com repercussão geral (RE 601.314/SP), constitucionais os dispositivos da LC nº 105/2001 que permitem a Receita Federal obter dados bancários de contribuintes, fornecidos diretamente pelos bancos, sem prévia autorização judicial.

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. DISCUSSÃO INOPORTUNA EM PROCESSO DE LANÇAMENTO FISCAL PREVIDENCIÁRIO.**

O foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do Simples é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário rediscussão acerca dos motivos que conduziram à expedição do Ato Declaratório Executivo e Termo de Exclusão do Simples.

**ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. INCOMPETÊNCIA.**

É vedado aos membros das turmas de julgamento do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais 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.

#### **SIMPLES NACIONAL. EMPRESA EXCLUÍDA.**

A empresa excluída do Simples Nacional deve recolher as contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social e aquelas por ela arrecadadas para terceiros, incidentes sobre os valores pagos a todos os segurados que lhe prestem serviços, nos termos da legislação vigente.

#### **EXCLUSÃO DO SIMPLES. EFEITOS. IRRETROATIVIDADE. ATO DECLARATÓRIO.**

O ato de exclusão do Simples possui natureza declaratória, que atesta que o contribuinte já não preenchia os requisitos de ingresso no regime desde data pretérita, surtindo efeito já no ano-calendário subsequente àquele em que foi constatado o excesso de receita, efeito esse que não guarda nenhuma relação com o princípio da irretroatividade, que se aplica a litígios envolvendo confrontos entre vigência da lei e data dos fatos.

#### **QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA. NÃO INCIDÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA. STJ. STF.**

Em face da natureza eminentemente não remuneratória da verba atinente aos quinze dias que antecedem o auxílio-doença, na forma reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial nº 1.230.957/RS, julgado sob a indumentária do artigo 543-C, do CPC, não há que se falar em incidência de contribuições previdenciárias sobre aludida rubrica.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 611505 (Tema 482 - Incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias de auxílio-doença), em julgamento realizado no dia 31/08/2020, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, considerando irreparável a decisão que assentou inexistente repercussão geral na matéria debatida no recurso extraordinário (Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020).

#### **SALÁRIO MATERNIDADE. NÃO INCIDÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.**

O Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o Tema 72 da repercussão geral (inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração), deu provimento ao recurso extraordinário, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, prevista no art. 28, § 2º, da Lei nº 8.212/91, e a parte final do seu § 9º, alínea a, em que se lê "salvo o salário-maternidade". Foi fixada a seguinte tese: "É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade" (Plenário, Sessão Virtual de

26.6.2020 a 4.8.2020). Contudo, na situação dos autos, o contribuinte não comprovou a incidência tributária sobre o salário-maternidade.

**COMPENSAÇÃO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS RECOLHIDAS INDEVIDAS OU A MAIOR. EXCLUSÃO DO SIMPLES.**

Em face do que dispõe o art. 21, §11, da Lei Complementar 123/2006 é permitida a compensação de contribuições previdenciárias com valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, consoante o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (IN RFB 900/ 2008, art. 44, § 6º).

**APROVEITAMENTO DE VALORES PAGOS NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES. SÚMULA CARF N.º 76.**

Conforme dispõe a Súmula CARF nº 76, na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018)

**JUROS. TAXA SELIC. LEGITIMIDADE. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.**

É legítima a cobrança dos encargos legais em percentuais estabelecidos de acordo com a própria legislação, bem como também é legítima a cobrança dos juros com a utilização da taxa Selic no seu cálculo, conforme Súmula nº 04 do CARF e posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito da repercussão geral (RE 582.461/SP) e dos recursos repetitivos (REsp 879.844/MG).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para: a) excluir do lançamento as parcelas relativas as contribuições incidentes sobre valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença; e b) deduzir do lançamento eventuais recolhimentos ao Simples, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada, com os créditos da mesma natureza daqueles efetuados nessa sistemática. Votaram pelas conclusões os conselheiros Cleber Alex Friess, Rayd Santana Ferreira, José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Rodrigo Lopes Araújo, André Luis Ulrich Pinto e Miriam Denise Xavier.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Cleberson Alex Friess, Andrea Viana Arrais Egypto, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Rodrigo Lopes Araújo, Rayd Santana Ferreira, André Luis Ulrich Pinto (Suplente Convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

## Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo (e-fls. 132 e ss).

Pois bem. Trata-se de crédito previdenciário lançado pela fiscalização contra a empresa acima identificada, no valor de R\$ 414.240,14, referente às contribuições devidas à Seguridade Social a cargo da empresa, as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais de trabalho - GILRAT e as destinadas a outras Entidades e Fundos — Terceiros.

Segundo o relatório fiscal, fls. 36/38, a empresa foi excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte — SIMPLES, por meio do Ato Declaratório DRFB n.º 23 de 16/05/2007, por excesso de receita bruta no calendário 2003. Em decorrência da exclusão, o contribuinte tinha por obrigação recolher as contribuições a cargo da empresa destinada à Seguridade Social e a Terceiras Entidades, incidentes sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados e contribuintes individuais a seu serviço.

Os valores dos salários de contribuição foram apurados da folha de pagamento da empresa, elaboradas para o estabelecimento 00.535.371/0002-59 para o período 01/2004 a 08/2007.

O contribuinte apresentou defesa administrativa fls. 86/112, a qual, em síntese traz os argumentos a seguir relacionados.

- (a) Aduz que sofreu exclusão do SIMPLES por meio do Ato Declaratório DRFB n.º 23 de 16/05/2007 em virtude da alegação de excesso de receita bruta. Cita que o ato declaratório está sendo discutido administrativamente o que suspende a exigibilidade do crédito tributário.
- (b) Alega a ilegalidade da exclusão do SIMPLES posto que esta decorreu do Ato Declaratório DRFB n.º 23 de 16/05/2007, e que deve ser nulo o lançamento. Discorre sobre a irretroatividade da lei na exclusão do SIMPLES. Cita que o código tributário nacional somente autoriza a retroação da lei nos casos em que ela for mais benéfica ao contribuinte, conforme dispõe o art. 106 do CTN.
- (c) Discorre, fls. 269/279 sobre a questão do sigilo bancário, no qual aduz que houve violação à Lei complementar n.º 105 de 10/01/2001 e que não há na legislação ordinária ou complementar qualquer dispositivo legal que determine a apresentação pela impugnante do extrato bancário com todos as informações de suas transações bancárias e que sua requisição constitui violação ao direito do contribuinte.
- (d) Que não ocorre a incidência de contribuição previdenciária sobre o auxílio-doença e o salário maternidade, sendo que estas têm natureza indenizatória e que a fiscalização notificou a totalidade da folha de salários apurada.
- (e) Que é inconstitucional a utilização da taxa Selic, sendo esta de natureza remuneratória, contrariando a determinação do CTN que prevê a inclusão de juros moratórios.

- (f) Que a autoridade fiscal, ao promover o presente lançamento tributário ignorou a existência de tributos recolhidos na modalidade do Simples e que estes devem ser considerados proporcionalmente para os anos de 2004 a 2007.
- (g) Por fim, diante do exposto, requer que sejam acolhidas as razões apresentadas, para anular a notificação e cancelar a exigência fiscal.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão de e-fls. 132 e ss, cujo dispositivo considerou a **impugnação improcedente**, com a **manutenção** do crédito tributário. É ver a ementa do julgado:

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/08/2007

NFLD 37.119.939-9 de 03/03/2008.

**EXCLUSÃO DO SIMPLES. SUJEIÇÃO PASSIVA COMO EMPRESA NORMAL.**

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas que, no caso das contribuições sociais, segue as mesmas regras das demais empresas, devendo recolhê-las como tal

**SOBRESTAMENTO DE PROCESSO.**

A pendência de recurso em processo de exclusão do sujeito passivo do sistema SIMPLES não impede o regular andamento do processo de lançamento das contribuições sociais previstas na legislação previdenciária.

**ARGÜIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.**

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário, motivo pelo qual descabe o julgamento destes argumentos na esfera administrativa.

**SALÁRIO-MATERNIDADE.**

O salário-maternidade é considerado salário-de-contribuição e se sujeita à incidência de contribuição previdenciária.

**AUXÍLIO-DOENÇA.**

A remuneração recebida pelo empregado nos primeiros quinze dias de afastamento do trabalho por doença/acidente do trabalho tem caráter salarial e integra a base de cálculo para fins de incidência de contribuição previdenciária.

**Impugnação Improcedente**

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 146 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação que, resumidamente, são:

**Preliminares**

1. Somente após o esgotamento da contenta é que os efeitos tributários ao Ato Declaratório poderiam ser levados a intento contra a recorrente. Faz-se necessário suspender os efeitos da exclusão do simples até que o contraditório e a ampla defesa sejam exauridos pelo contribuinte.

**Mérito**

2. A recorrente não auferiu receita bruta superior aos limites previstos no art. 2º da Lei 9.317/96.

3. A referida exclusão é inconstitucional por afrontar o artigo 179 da CF/88, dispositivo que estabelece às micro e pequenas empresas, tratamento jurídico diferenciado.
4. Inconstitucionalidade da retroatividade dos efeitos da exclusão do simples, em afronta ao art. 150, III, da CF/88.
5. Violação ao sigilo bancário.
6. O auxílio-doença e o auxílio-maternidade não podem servir como base de cálculo de qualquer contribuição previdenciária ou social, inclusive daquelas incluídas no campo "Terceiros", já que todas possuem, como base de incidência, a folha de salários ou outros pagamentos em razão de rendimentos do trabalho.
7. Necessário reconhecimento do direito do contribuinte para proceder à compensação dos valores relativos aos tributos recolhidos sob a modalidade SIMPLES e os valores lançados pela Receita Federal do Brasil.
8. Inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

## Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

### 1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade previstos no Decreto nº 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

### 2. Preliminares.

#### 2.1. Suspensão dos efeitos do Ato Declaratório nº 23, de 16 de maio de 2007, face à sua discussão em instância administrativa no processo COMPROT 1516.001585/2007-76.

Inicialmente, o contribuinte requer suspensão dos efeitos do Ato Declaratório nº 23, de 16 de maio de 2007, face à sua discussão em instância administrativa no processo COMPROT 1516.001585/2007-76.

Contudo, a questão resta prejudicada, eis que, em sessão de 15 de maio de 2009, sobreveio decisão proferida pela Terceira Câmara do Conselho de Contribuintes, por meio do Acórdão nº 1201-00.072, que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade e, no mérito, negou provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do SIMPLES e os lançamentos. É ver a ementa daquele julgado:

Ementa: REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÃO FINANCEIRA – SIGILO BANCÁRIO E SIGILO FISCAL - Desatendidas as intimações da fiscalização para apresentação dos extratos de movimentação bancária do contribuinte, podem os mesmos serem diretamente requisitados à instituição financeira, sem que isto implique em quebra de sigilo bancário, nos termos da Lei complementar nº. 105/2001. As informações albergadas pelo sigilo bancário objeto de fiscalização sujeitam-se, igualmente, ao sigilo fiscal.

SELIC — APLICABILIDADE. SÚMULA 4 DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES - "A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos,

no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

CERCEAMENTO DE DEFESA POR TER O JULGADOR A QUO DEIXADO DE CONHECER FUNDAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI. Não existe cerceamento de defesa pela não apreciação das alegações de inconstitucionalidade, consoante Súmula n.º 2, do então Primeiro Conselho de Contribuintes: "O Primeiro Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

A propósito, tem-se que a decisão é definitiva, eis que não houve a apresentação de recurso, tendo operado o seu trânsito em julgado. Nesse sentido, tendo em vista que o processo que trata da exclusão da contribuinte do Simples Nacional já foi julgado por este CARF, o pedido não procede e o presente julgamento não deve ser sobrestado.

Dessa forma, rejeito o pleito do recorrente acerca da suspensão dos efeitos do Ato Declaratório n.º 23, de 16 de maio de 2007, face à sua discussão em instância administrativa no processo COMPROT 1516.001585/2007-76, eis que já sobreveio julgamento definitivo no âmbito daquele processo, não havendo nada a impedir o regular processamento do presente feito.

E ainda que assim não o fosse, a constituição de auto de infração para apurar a exigência de tributo devido em razão de exclusão da empresa do regime do SIMPLES nacional, não implica em suspensão de processo administrativo fiscal, uma vez que o crédito ainda está sendo formalmente constituído, para aí sim se for o caso ser suspenso conforme análise da autoridade lançadora e das normas tributárias vigentes.

O respectivo ato tem o condão de prevenir o lançamento, evitando-se a decadência. Ademais nos termos da Súmula CARF n.º 77 "a possibilidade de discussão administrativa do Ato Declaratório Executivo (ADE) de exclusão do Simples não impede o lançamento de ofício dos créditos tributários devidos em face da exclusão".

## **2.2. Sigilo bancário.**

O Recorrente alegou, ainda, a nulidade do lançamento por quebra do seu sigilo fiscal, sob o argumento de inviolabilidade dos dados bancários, sem autorização judicial.

Contudo, este entendimento não pode prevalecer.

A começar, conforme já bem pontuado pela DRJ, cabe esclarecer que a fiscalização apurou os fatos geradores do presente lançamento da folha de pagamento apresentada formalmente pela empresa em ação fiscal, e não tem qualquer correlação com o aspecto abordado pelo contribuinte, o qual questiona matéria inerente a quebra de sigilo bancário.

Para além do exposto, a presente questão já restou dirimida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n.º 601.314/SP, com repercussão geral reconhecida, fixando a tese que "O art. 6º da Lei Complementar 105/01 não ofende o direito ao sigilo bancário, pois realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal".

Com efeito, prevaleceu o entendimento de que a norma não resulta em quebra de sigilo bancário, mas sim em transferência de sigilo da órbita bancária para a fiscal, ambas protegidas contra o acesso de terceiros. A transferência de informações é feita dos bancos ao Fisco, que tem o dever de preservar o sigilo dos dados, portanto, não há ofensa à Constituição Federal.

EMENTA: CONSTITUCIONAL. SIGILO BANCÁRIO. FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES SOBRE MOVIMENTAÇÃO BANCÁRIA DE CONTRIBUINTE, PELAS INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS, DIRETAMENTE AO FISCO, SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL (LEI COMPLEMENTAR 105/2001). POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA LEI 10.174/2001 PARA APURAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS REFERENTES A EXERCÍCIOS ANTERIORES AO DE SUA VIGÊNCIA. RELEVÂNCIA JURÍDICA DA QUESTÃO CONSTITUCIONAL. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

(RE 601314 RG, RELATOR(A): MIN. RICARDO LEWANDOWSKI, JULGADO EM 22/10/2009, DJE218 DIVULG 19112009 PUBLIC 20112009 EMENT VOL0238307 PP01422)

Nesse sentido, é válido trazer à baila o disposto no Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (“RI/CARF”), art. 62, §2, Anexo II, o qual determina que as decisões definitivas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos artigos 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869/1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, deverão ser reproduzidas pelos Conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

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.

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei n.º 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei n.º 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Pelos argumentos acima trazidos, não merece guarida a alegação de nulidade do lançamento pela quebra de sigilo bancário, devendo ser mantido incólume o acórdão vergastado.

### **3. Mérito.**

#### **3.1. Ausência de desrespeito aos limites previstos no art. 2º da Lei 9.317/96.**

O recorrente alega, ainda, que não desrespeitou os limites previstos no art. 2º da Lei 9.317/96, motivo pelo qual entende não ser correta sua exclusão do SIMPLES.

Pelo que se percebe, o recorrente procura rediscutir, no âmbito deste processo, a exclusão do SIMPLES. Contudo, a discussão relativa à exclusão só é cabível no processo próprio e não neste processo de lançamento de crédito tributário relativo a contribuições previdenciárias, descabe neste foro a retomada dos questionamentos apresentados e bem examinados no processo próprio.

Em outras palavras, o foro adequado para discussão acerca da exclusão da empresa do Simples é o respectivo processo instaurado para esse fim. Descabe em sede de processo de lançamento fiscal de crédito tributário previdenciário rediscussão acerca dos motivos que conduziram à expedição do Ato Declaratório Executivo e Termo de Exclusão do Simples.

E, conforme antecipado acima, em sessão de 15 de maio de 2009, sobreveio decisão proferida pela Terceira Câmara do Conselheiro de Contribuintes, por meio do Acórdão n.º 1201-00.072, que, por unanimidade de votos, rejeitou a preliminar de nulidade e, no mérito, negou provimento ao recurso voluntário, mantendo a exclusão do SIMPLES e os lançamentos.

Assim, o processo que trata da exclusão da contribuinte do Simples Nacional já foi julgado por este CARF, em processo próprio, não havendo como rediscutir a matéria no âmbito deste processo.

### **3.2. Inconstitucionalidade da exclusão do SIMPLES, bem como da retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES.**

O recorrente prossegue, alegando, ainda: (i) a inconstitucionalidade da exclusão do SIMPLES e (ii) a inconstitucionalidade da retroatividade dos efeitos da exclusão do SIMPLES.

Contudo, oportuno observar que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

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

Dessa forma, entendo que tais questões escapam à competência legal da autoridade julgadora de instância administrativa, sobretudo por não ter competência para se manifestar acerca da legalidade das normas legais regularmente editadas segundo o processo legislativo estabelecido, tarefa essa reservada constitucionalmente ao Poder Judiciário, podendo apenas reconhecer inconstitucionalidades já declaradas pelo Supremo Tribunal Federal, e nos estritos termos do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997.

Para além do exposto, cabe esclarecer que um dos efeitos imediatos da exclusão do Simples Federal é a tributação pelas regras aplicáveis às empresas em geral, por força de expressa disposição legal, sendo que a decisão que exclui a empresa do Programa Simples Nacional, apenas tem o condão de formalizar uma situação que já ocorrera de fato, tendo, assim, efeitos meramente declaratórios.

Em outras palavras, a exclusão do sujeito passivo da sistemática do SIMPLES, com efeitos retroativos, implica em apuração das contribuições de terceiros sobre a remuneração paga, devida ou creditada aos segurados empregados com base na legislação de regência.

E ainda que assim não o fosse, a retroatividade dos efeitos do ato de exclusão da empresa do Simples Federal é determinada pela legislação tributária e seu eventual afastamento por suposta ofensa ao Princípio da Irretroatividade da Lei Tributária, conforme visto, é matéria que foge à competência material do Processo Administrativo Fiscal.

### **3.3. Não incidência sobre os primeiros quinze dias que antecedem o auxílio-doença e salário maternidade.**

O contribuinte, em seu recurso, pleiteia a exclusão das seguintes rubricas da base de cálculo das contribuições previdenciárias: (a) primeiros quinze dias que antecedem o auxílio-doença; e (b) salário-maternidade.

Nesse sentido, sobre a matéria de direito posta em debate, destaco que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.230.957/RS, julgado sob a sistemática do artigo 543-C do Código de Processo Civil de 1973, firmou entendimento no sentido de que não incide contribuição previdenciária sobre os primeiros 15 dias de afastamento que antecedem o auxílio-doença. É ver a ementa daquele julgado e que traz, didaticamente, a fundamentação utilizada pelos julgadores:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS ESPECIAIS. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA. REGIME GERAL DA

PREVIDÊNCIA SOCIAL. DISCUSSÃO A RESPEITO DA INCIDÊNCIA OU NÃO SOBRE AS SEGUINTE VERBAS: TERÇO CONSTITUCIONAL DE FÉRIAS; SALÁRIO MATERNIDADE; SALÁRIO PATERNIDADE; AVISO PRÉVIO INDENIZADO; IMPORTÂNCIA PAGA NOS QUINZE DIAS QUE ANTECEDEM O AUXÍLIO-DOENÇA.

[...]

### **2.3 Importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.**

No que se refere ao segurado empregado, durante os primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade por motivo de doença, incumbe ao empregador efetuar o pagamento do seu salário integral (art. 60, § 3º, da Lei 8.213/91 com redação dada pela Lei 9.876/99). Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado. Nesse contexto, **a orientação das Turmas que integram a Primeira Seção/STJ firmou-se no sentido de que sobre a importância paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença não incide a contribuição previdenciária, por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória.**

Nesse sentido: AgRg no REsp 1.100.424/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 18.3.2010; AgRg no REsp 1074103/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe 16.4.2009; AgRg no REsp 957.719/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 2.12.2009; REsp 836.531/SC, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17.8.2006.

Observa-se que a decisão tem como base a análise dos elementos que compõem a regra matriz de incidência das Contribuições Previdenciárias, e nos termos do art. 28 da Lei nº 8.212/91 o critério material exige que o valor pago ao empregado ou contribuinte individual tenha como objetivo retribuir um efetivo trabalho prestado, situação que não ocorre em relação a verbas ora tratada.

Nesse sentido, em relação à importância paga nos **quinze dias que antecedem o auxílio-doença**, a não incidência da contribuição previdenciária decorre por não se enquadrar na hipótese de incidência da exação, que exige verba de natureza remuneratória. Não obstante nesse período haja o pagamento efetuado pelo empregador, a importância paga não é destinada a retribuir o trabalho, sobretudo porque no intervalo dos quinze dias consecutivos ocorre a interrupção do contrato de trabalho, ou seja, nenhum serviço é prestado pelo empregado.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE 611505 (Tema 482 - Incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos pelo empregador ao empregado nos primeiros quinze dias de auxílio-doença), em julgamento realizado no dia 31/08/2020, por maioria, rejeitou os embargos de declaração, considerando irreparável a decisão que assentou inexistente repercussão geral na matéria debatida no recurso extraordinário, nos termos do voto da Ministra Cármen Lúcia, Redatora para o acórdão, vencidos os Ministros Edson Fachin (Relator) e Marco Aurélio. Não participou deste julgamento, por motivo de licença médica, o Ministro Celso de Mello. Impedido o Ministro Luiz Fux (Plenário, Sessão Virtual de 21.8.2020 a 28.8.2020).

Em relação ao **salário maternidade**, o raciocínio é similar à importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença. Isso porque, a não incidência das contribuições sobre o **salário maternidade**, baseia-se no fundamento de que não pode ser considerada como retributiva ao trabalho, tendo em vista se tratar de verba paga em momento no qual a segurada está afastada de suas funções laborais, em decorrência necessária da proteção da maternidade e do próprio recém-nascido.

A propósito, recentemente, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, apreciando o Tema 72 da repercussão geral (inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração), deu provimento ao recurso extraordinário, para declarar, incidentalmente, a inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o salário maternidade, prevista no art. 28, § 2º, da Lei nº 8.212/91, e a parte final do seu § 9º, alínea a, em que se lê "salvo o salário-maternidade". Foi fixada a seguinte tese: "É inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário maternidade" (Plenário, Sessão Virtual de 26.6.2020 a 4.8.2020).

Nesse sentido, cumpre transcrever parte do brilhante voto proferido pelo Min. Luís Roberto Barroso:

[...] admitir uma incidência tributária que recai somente sobre a contratação de funcionárias mulheres e mães é tornar sua condição biológica, por si só, um fator de desequiparação de tratamento em relação aos homens, desestimulando a maternidade ou, ao menos, inculcando culpa, questionamentos, reflexões e medos em grande parcela da população, pelo simples fato de ter nascido mulher. Impõe-se gravame terrível sobre o gênero feminino, discriminado na contratação, bem como sobre a própria maternidade, o que fere os direitos das mulheres, dimensão inequívoca dos direitos humanos.

**Contudo, na situação dos autos, o contribuinte não comprovou a incidência tributária sobre o salário-maternidade, de modo que os documentos acostados apenas demonstram a incidência sobre a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.**

Assim, entendo que devem ser excluídas do lançamento fiscal as parcelas relativas as contribuições incidentes sobre valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença.

#### **3.4. Aproveitamento de valores pagos na sistemática do simples.**

O recorrente pleiteia, ainda, a compensação dos valores relativos aos tributos recolhidos sob a modalidade SIMPLES e os valores lançados pela Receita Federal do Brasil.

Pois bem. Em face do que dispõe o art. 21, § 11, da Lei Complementar 123/2006 é permitida a compensação de contribuições previdenciárias com valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional, consoante o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte (Simples), instituído pela Lei nº 9.317, de 5 de dezembro de 1996 (INRFB900/ 2008, art. 44, § 6º).

Assim, a fiscalização na apuração das diferenças deve considerar os valores pagos na forma do Simples, proporcionalmente à parcela destinada à previdência social, e abater do crédito apurado. Entendimento esse reconhecido pelo CARF/MF de forma sumulada:

Súmula CARF nº 76

Na determinação dos valores a serem lançados de ofício para cada tributo, após a exclusão do Simples, devem ser deduzidos eventuais recolhimentos da mesma natureza efetuados nessa sistemática, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Acórdãos Precedentes:

Acórdão nº 1803-01.000, de 2/8/2011 Acórdão nº 9101-01.037, de 27/6/2011 Acórdão nº 9101-00.949, de 29/3/2011 Acórdão nº 1402- 00.017, de 28/7/2009 Acórdão nº 105-17.110, de 26/6/2008.

Dessa forma, a decisão de piso merece ser revista neste ponto, a fim de que sejam deduzidos do lançamento eventuais recolhimentos ao Simples, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada, com os créditos da mesma natureza daqueles efetuados nessa sistemática.

### 3.5. Inconstitucionalidade da Taxa SELIC.

Prossegue o recorrente, alegando que seria incontestável o direito à utilização de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês para a atualização de seus débitos, pois a taxa SELIC que a lei pretende equiparar a juros moratórios, possui natureza remuneratória, e a sua utilização naqueles moldes fere o disposto nos artigos 161, § 1º, do CTN e 192, § 3º, da Constituição Federal.

Inicialmente, oportuno observar, novamente, que já está sumulado o entendimento segundo o qual falece competência a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade da lei tributária:

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

Tem-se, pois, que não é da competência funcional do órgão julgador administrativo a apreciação de alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente. A declaração de inconstitucionalidade/ilegalidade de leis ou a ilegalidade de atos administrativos é prerrogativa exclusiva do Poder Judiciário, outorgada pela própria Constituição Federal, falecendo competência a esta autoridade julgadora, salvo nas hipóteses expressamente excepcionadas no parágrafo primeiro do art. 62 do Anexo II, do RICARF, bem como no art. 26-A, do Decreto nº 70.235/72, não sendo essa a situação em questão.

Cumpra lembrar, ainda, que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados está prevista no art. 34, da Lei nº 8.212/91, sendo que sua incidência sobre débitos tributários já foi pacificada, conforme Súmula nº 04, do CARF, *in verbis*:

Súmula CARF nº 4. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Ademais, sobre a utilização da SELIC no cálculo dos juros de mora, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito da repercussão geral (art. 543-B do CPC) e dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), já pacificaram o entendimento no sentido da constitucionalidade e da legalidade da aplicação da Taxa Selic aos débitos tributários (STF, Tribunal Pleno, RE 582.461/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 18/05/2011 e STJ, Primeira Seção, REsp 879.844/MG, Rel. Min. LUIZ FUX, DJ de 25/11/2009). E, conforme determina o § 2º do art. 62 do Anexo II do atual Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, a interpretação adotada deve ser reproduzida pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF:

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.

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts.

543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF. (Redação dada pela Portaria MF nº 152, de 2016)

Por essas razões, afasto a pretensão recursal a respeito da impossibilidade de aplicação da Taxa SELIC.

### **Conclusão**

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de (i) excluir do lançamento as parcelas relativas as contribuições incidentes sobre valores pagos nos quinze primeiros dias de afastamento por motivo de doença e (ii) deduzir do lançamento eventuais recolhimentos ao Simples, observando-se os percentuais previstos em lei sobre o montante pago de forma unificada, com os créditos da mesma natureza daqueles efetuados nessa sistemática.

Por fim, esclareço que votaram pelas conclusões os Conselheiros Cleberson Alex Friess, Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rodrigo Lopes Araújo, Rayd Santana Ferreira, André Luis Ulrich Pinto e Miriam Denise Xavier, por entenderem não ser possível aplicar o entendimento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, relativo ao Tema 72 da repercussão geral (inclusão do salário-maternidade na base de cálculo da Contribuição Previdenciária incidente sobre a remuneração), tendo em vista a ausência de trânsito em julgado formal.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite