



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

Processo n° 11516.721807/2011-57
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2803-003.012 – 3ª Turma Especial
Sessão de 18 de fevereiro de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO - ALIMENTAÇÃO EM PECÚNIA.
Recorrente MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS - SECRETARIA DE DEFESA DO CIDADÃO.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2006 a 01/01/2009

EXERCENTES DE CARGO EM COMISSÃO, EXCLUSIVAMENTE, E CONTRATAÇÃO POR TEMPO DETERMINADO NA ADMINISTRAÇÃO MUNICIPAL. SERVIDORES EM SENTIDO AMPLO. VINCULAÇÃO AO RGPS. INAPLICABILIDADE DAS LEIS DO RPPS. VALORES RECEBIDOS COM HABITUALIDADE E EM PECÚNIA. INTEGRAM A BASE DA CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

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

Processo nº 11516.721807/2011-57
Acórdão n.º **2803-003.012**

S2-TE03
Fl. 180

Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 51.009.352-3, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa da categoria de empregados, parte patronal e SAT, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 51.009.353-1, que objetiva o lançamento das contribuições próprias dos trabalhadores, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa da categoria de empregados, bem como o Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA DEBCAD 51.009.349-3, CFL.78 apresentar a empresa a declaração a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, e redação da MP 449, de 03.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, com informações incorretas ou omissas, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 106 a 115, com período de apuração de 06/2006 a 12/2009, conforme Termo e Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 109 e 110.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 05/10/2011, conforme Ofício SEFIS/DRF/FNS N° 354 e 353/2011, de fls. 131 e 132, respectivamente.

O contribuinte apresentou sua defesa, em 19/10/2011, as fls. 134 a 136, acompanhada dos documentos, de fls. 137 a 140

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 141.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão N° 15-33.371 - 7ª, Turma DRJ/SDR, em 10/09/2013, fls. 143 a 149.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 20/09/2013, conforme AR, de fls. 151.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 159 a 162, recebido, em 17/10/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 159, acompanhado dos documentos, de fls. 163 a 175.

Mérito.

- que as autuações devem ser revistas e consideradas nulas, pois não é possível exigir do servidor público municipal contribuição sobre a verba alimentação, aplicando-se por analogia a Lei 10.887/2004, que expressamente a exclui da base de incidência por considerá-la indenizatória e não remuneratória;
- que o auxílio-alimentação é verba indenizatória como definido no parágrafo primeiro, do artigo 22, da Lei 8.460/92, e, assim sendo insuscetível de gerar contribuição previdenciária;

-
- que sendo o auxílio-alimentação excluído expressamente da base de contribuição pela Lei 10.877/2004 e considerado mera indenização pela Lei 8.460/92, mesmo quando pago em pecúnia, não pode sobre este incidir a exação.
 - que o recurso deve ser provido, para cancelar os autos e anular a decisão atacada.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 177.

Os autos subiram ao CARF, fls. 177.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

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

Não assiste razão a recorrente ao entender que as autuações devam ser revistas e anuladas, pois suas alegações recursais são dissociadas da realidade jurídica apresentada.

A CRFB/88 em seu artigo 40, parágrafo 13, diz o que a seguir transcrevo.

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo e solidário, mediante contribuição do respectivo ente público, dos servidores ativos e inativos e dos pensionistas, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 41, 19.12.2003)

§ 13 - Ao servidor ocupante, exclusivamente, de cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração bem como de outro cargo temporário ou de emprego público, aplica-se o regime geral de previdência social. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98) (o realce é meu).

Do texto constitucional fica evidente que aquele que exerce cargo em comissão, exclusivamente, e o que tem cargo temporário qualquer que seja a natureza vinculam-se ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS e não ao Regime Próprio de Previdência Social – RPPS.

Extrai-se dessa disciplina constitucional que a Lei 8.460/92, bem como a Lei 10.887/2004 não se aplicam a esses trabalhadores, pois estes não estão no regime previdenciário disciplinado por essas leis, sendo isso muito evidente basta ver a ementa da Lei 10.877/2004 e a transcrição do artigo 22, da Lei 8.460/92 para se ter certeza dessa situação, observe-se.

Lei 10.877/2004

Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, altera dispositivos das Leis nºs 9.717, de 27 de novembro de 1998, 8.213, de 24 de julho de 1991, 9.532, de 10 de dezembro de 1997, e dá outras providências.

Lei 8.460/92

Art. 22. O Poder Executivo disporá sobre a concessão mensal do auxílio-alimentação por dia trabalhado, aos servidores públicos federais civis ativos da Administração Pública Federal direta, autárquica e fundacional. (Redação dada pela Lei nº 9.527, de 1997)

A primeira lei citada cuida apenas de disciplinar, atualizar ou modificar as regras do Regime Próprio de Previdência Social – RPPS estabelecido pela EC Nº 41 e regulado pela Lei 9.717/98 a segunda lei apenas cuida do auxílio – alimentação na esfera da Administração Federal e dos servidores federais e nada mais.

Desta forma, nenhuma das leis em se lastreou o recurso são aplicáveis ao caso em tela, pois não se cuida de contribuição ao RPPS de servidores públicos, mas sim de servidores vinculados ao RGPS por determinação constitucional.

Aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal – STF entende que servidores com exercício exclusivo de cargo em comissão e temporários estão submetidos ao Regime Geral de Previdência Social – RGPS.

EMENTA Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Ocupantes de cargo em comissão. Filiação ao Regime Geral de Previdência Social. Advento da EC nº 20/98. Direito adquirido a regime jurídico previdenciário. Inexistência. Precedentes. 1. Os ocupantes de cargo em comissão de forma exclusiva estão sujeitos ao regime geral de previdência social. 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico, inclusive o previdenciário. 3. Aplica-se à aposentadoria a norma vigente à época do preenchimento dos requisitos para a sua concessão. 4. Agravo regimental não provido.(RE-AgR 409295, DIAS TOFFOLI, STF.)

EMENTA: I. Ação direta de inconstitucionalidade: seu cabimento - afirmado no STF desde 1926 - para questionar a compatibilidade de emenda constitucional com os limites formais ou materiais impostos pela Constituição ao poder constituinte derivado: precedente. II. Previdência social (CF, art. 40, § 13, cf. EC 20/98): submissão dos ocupantes exclusivamente de cargos em comissão, assim como os de outro cargo temporário ou de emprego público ao regime geral da previdência social: arguição de inconstitucionalidade do preceito por tendente a abolir a "forma federativa do Estado" (CF, art. 60, § 4º, I): implausibilidade da alegação: medida cautelar indeferida. 1. A "forma federativa de Estado" - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas

a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege. 2. À vista do modelo ainda acentuatadamente centralizado do federalismo adotado pela versão originária da Constituição de 1988, o preceito questionado da EC 20/98 nem tende a aboli-lo, nem sequer a afetá-lo. 3. Já assentou o Tribunal (MS 23047 - ML, Pertence), que no novo art. 40 e seus parágrafos da Constituição (cf. EC 20/98), nela, pouco inovou "sob a perspectiva da Federação, a explicitação de que aos servidores efetivos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, "é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial", assim como as normas relativas às respectivas aposentadorias e pensões, objeto dos seus numerosos parágrafos: afinal, toda a disciplina constitucional originária do regime dos servidores públicos " inclusive a do seu regime previdenciário - já abrangia os três níveis da organização federativa, impondo-se à observância de todas as unidades federadas, ainda quando - com base no art. 149, parág. único - que a proposta não altera - organizem sistema previdenciário próprio para os seus servidores": análise da evolução do tema, do texto constitucional de 1988, passando pela EC 3/93, até a recente reforma previdenciária. 4. A matéria da disposição discutida é previdenciária e, por sua natureza, comporta norma geral de âmbito nacional de validade, que à União se facultava editar, sem prejuízo da legislação estadual suplementar ou plena, na falta de lei federal (CF 88, arts. 24, XII, e 40, § 2º): se já o podia ter feito a lei federal, com base nos preceitos recordados do texto constitucional originário, obviamente não afeta ou, menos ainda, tende a abolir a autonomia dos Estados-membros que assim agora tenha prescrito diretamente a norma constitucional sobrevinda. 5. Parece não ter pertinência o princípio da imunidade tributária recíproca - ainda que se discuta a sua aplicabilidade a outros tributos, que não os impostos - à contribuição estatal para o custeio da previdência social dos servidores ou empregados públicos. 6. A auto-aplicabilidade do novo art. 40, § 13 é questão estranha à constitucionalidade do preceito e, portanto, ao âmbito próprio da ação direta. (ADI-MC 2024, SEPÚLVEDA PERTENCE, STF.) (o destaque é meu).

No caso vertente os ocupantes de cargos em comissão e de cargos temporário são vinculados o RGPS e assim apenas quando tal benefício é oferecido *in natura* é que este não é base de cálculo da contribuição social previdenciária, conforme ADE, abaixo transcrito.

ATO DECLARATÓRIO Nº 03 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117 /2011, desta Procuradoria-Geral da

Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 24.11.2011, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante:

“nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária”.

JURISPRUDÊNCIA: Resp nº 1.119.787-SP (DJe 13/05/2010), Resp nº 922.781/RS (DJe 18/11/2008), EREsp nº 476.194/PR (DJ 01.08.2005), Resp nº 719.714/PR (DJ 24/04/2006), Resp nº 333.001/RS (DJ 17/11/2008), Resp nº 977.238/RS (DJ 29/11/2007).

Brasília, 20 de dezembro de 2011.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO

Procuradora-Geral da Fazenda Nacional

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, também, entende que sob esta rubrica incide contribuição, quando paga em dinheiro, veja o excerto.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. HABITUALIDADE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. 1. Conforme assentado na jurisprudência desta Corte, não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga a título de participação nos lucros e resultados das empresas, desde que realizadas na forma da lei (art. 28, § 9º, alínea "j", da Lei n. 8.212/91, à luz do art. 7º, XI, da CR/88). Precedentes. 2. Descabe, nesta instância, revolver o conjunto fático-probatório dos autos para confrontar a premissa fática estabelecida pela Corte de origem. É caso, pois, de invocar as razões da Súmula n. 7 desta Corte. 3. O STJ também pacificou seu entendimento em relação ao auxílio-alimentação, que, pago in natura, não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. Ao revés, pago habitualmente e em pecúnia, há a incidência da referida exação. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. EMEN: (RESP 201001007033, MAURO CAMPBELL MARQUES, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:28/09/2010 ..DTPB:.)

Processo nº 11516.721807/2011-57
Acórdão n.º 2803-003.012

S2-TE03
Fl. 187

Desta forma, não atendido o artigo 28, § 9º, “c”, da Lei 8.212/91, haja vista o pagamento em pecúnia de tal benefício a regra que incide é a do artigo 28, I, da citada lei.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.