



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

Processo n° 10166.721367/2010-10
Recurso n° Embargos
Acórdão n° **2803-01.228 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 18 de janeiro de 2012
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. FATOS GERADORES
Embargante PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (PGFN)
Interessado FIANÇA SERVIÇOS GERAIS LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatada a existência de obscuridade, omissão ou contradição no Acórdão exarado pelo Conselho, correto o acolhimento dos embargos de declaração visando sanar o vício apontado.

COMPLEMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO.

Constatada a falta de clareza no julgado cabe complementá-lo, re/ratificando o Acórdão.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos de declaração para manter a decisão embargada e alterar sua redação, para reformar a decisão de primeira instância, dando provimento parcial ao recurso, para excluir o levantamento “VTR – vale transporte pago em dinheiro” da autuação, em razão das decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ); e retificar o valor da multa de ofício, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, que deve ser confrontada com o valor da multa aplicada com base somente no inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75% sobre a totalidade nos casos de declaração inexata), excluídos os valores relativos ao inciso II do artigo 35 da lei 8.212/91 e parágrafo 5º do artigo 32 da lei 8.212/91, ambos revogados pela lei 11.941/09, que não poderiam ter sido utilizados no cálculo da multa aplicada; devendo prevalecer o mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Oseas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato, Wilson Antonio de Souza Correa.

Relatório

Trata-se de embargos de declaração interposto pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional - PGFN contra Acórdão nº 2803-01.061, de 26 de outubro de 2011, exarado pela 3ª. Turma Especial, Segunda Seção de Julgamento, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, sob a alegação de haver omissão na decisão:

a) observa-se pelo Relatório Fiscal de Aplicação da Multa do Auto de Infração nº. 37.277.260-9 que, no cálculo da multa imposta, a autoridade competente observou o disposto no art. 106, do CTN, relativamente à retroatividade benigna (ver especialmente itens 5, 6 e 7 do Refisc). É o que se observa inclusive pelo quadro comparativo de multas ali consignado;

b) analisando-se a peça de insurgência inaugural que a autoridade de primeira instância numera como fls. 1.155/1.162, verifica-se que o autuado não impugnou especificamente multa e sua forma de cálculo. Também se observa que não há qualquer insurgência quanto à rubrica “VTR – vale transporte pago em dinheiro”. Em consequência, não se instaurou litígio em relação às referidas matérias (preclusão) nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72;

c) o Processo Administrativo Fiscal segue os mesmos princípios adotados pelo Código de Processo Civil, dentre eles, o do ônus da impugnação específica dos fatos e da sanção processual pela inércia do interessado no momento adequado (preclusão);

d) houve um julgamento *extra petita* por parte desta Câmara, pois os II. julgadores analisaram argumentos que estão fora de alcance neste processo administrativo, tendo em vista que não foram objeto de questionamento específico e de pleito expresso pelo interessado, no momento processual oportuno.

e) Especificamente quanto à multa, o vício apontado desdobra-se em duas omissões do acórdão embargado: (a) não se pronunciou expressamente sobre a preclusão com referência à multa imposta, em face da ausência de insurgência específica pelo contribuinte na impugnação; (b) a ausência de manifestação do Colegiado sobre o fato de que o trabalho fiscal já foi realizado sob a égide da “ lei nova” (MP nº 449/2008 posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009), já tendo sido, portanto aplicada a retroatividade benigna na mesma forma do artigo 106, do CTN pela própria autoridade autuante. Assim, em que pese afirmar estar aplicando a retroatividade benigna ao caso, na verdade o Colegiado está, de ofício, “ reformando” a conclusão do trabalho fiscal, por entender não ter sido empregada a melhor interpretação da lei. Se o Colegiado entende poder apreciar de ofício a matéria deve indicar as razões para fazê-lo e indicar os fundamentos legais para tanto. Logo, cumpre referir a falta de

fundamentação do acórdão em relação à matéria, em atenção ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, no artigo 50 da Lei nº 9.784/99 e art. 31 e da Lei nº 9.784/99, sob pena de decretação de nulidade;

f) Ante o exposto, requer sejam conhecidos e acolhidos os presentes embargos de declaração, a fim de sanar/retificar os vícios acima apontados e prequestionar as matérias que não foram objeto de análise expressa no acórdão embargado.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

Trata-se de embargos de declaração contra Acórdão, amparado na existência de omissão na decisão, interposto tempestivamente.

O Regimento Interno deste Órgão Colegiado prevê, em seu art. 65 e seguintes, embargos declaratórios contra seus julgados que restarem omissos, obscuros ou contraditórios em algum de seus termos.

Analisando as alegações da embargante e contrastando-a com o Acórdão guerreado concluí-se que há razão na peça recursal, pois pairam dúvidas quanto ao julgado da Terceira Turma Especial em comento.

Sobre o lançamento fiscal temos o seguinte transcrito extraído do Acórdão nº 2803-01.061, de 26 de outubro de 2011:

Trata-se de auto de infração de obrigação acessória, lavrado contra a empresa em epígrafe, por descumprimento da obrigação acessória prevista no art. 32, inciso IV e §5º da Lei 8.212/91, acrescentado pela Lei nº 9.528/97, combinado com o art. 225, inciso IV, §4º, do RPS - Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, conforme Relatório Fiscal da Infração de fls. 07/23, por ter deixado de declarar em GFIP os fatos geradores constantes dos levantamentos CTB – pagamentos feitos a pessoas físicas, DIR – valores pagos a empregados constantes da DIRF, FP1 – salários de contribuição de empregados declarados em folhas de pagamento, FP2 – contribuição descontada dos segurados, RAI – remuneração dos segurados constantes da RAIS, SEG – contribuição dos segurados não retidas, incidente sobre as rubricas vale transporte e vale refeição, TRC – valores de transporte pagos aos empregados em dinheiro, VRE – vale refeição pago em dinheiro e VTR – vale transporte pago em dinheiro.

A autoridade fiscal, no Relatório Fiscal de Aplicação da Multa do Auto de Infração nº. 37.277.260-9, itens 5, 6 e 7, fl. 20 dos autos digitalizados, aplicou a seguinte multa:

5. Tendo em vista o disposto no artigo 106, inciso II do CTN, relativamente aos fatos geradores ocorridos até a competência 11/2008, deve-se comparar a penalidade prevista antes e depois da Lei 11.941/2009 (MP 449/2008) e aplicar a mais benéfica ao contribuinte:

LEI 5.172 de 25/10/66 – CTN Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

6. Desta forma, deve ser comparada a aplicação da multa de ofício estabelecida no inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75%) com a soma da multa de mora prevista no inciso II, do artigo 35 (24%) e da multa prevista no parágrafo 5º do artigo 32 (Código de Fundamentação Legal - CFL 68), da Lei 8.212/1991, acrescentado pela Lei no 9.528, de 10/12/1997.

7. Importante observar que, a partir de 13/01/2009, não se aplica mais a atenuação da penalidade por ter o infrator corrigido a falta até o termo final do prazo para impugnação, em razão de o Decreto no 6.727/2009 ter revogado o artigo 291 do Decreto 3.048/1999. Portanto, para a comparação dos autos de infração, esses somente seriam atenuados se tivesse havido correção integral da falta até 12/01/2009.

A síntese do recurso voluntário apresentado pelo contribuinte, fls. 1189 a 1198, constante do Acórdão nº 2803-01.061, de 26 de outubro de 2011, exarado pela 3ª. Turma Especial, assim está transcrito:

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte foi cientificado da decisão em 13/05/2011, fl. 1187, inconformado interpôs recurso voluntário em 14/06/2011, fls. 1189 a 1198, alegando em síntese:

- a decadência do lançamento fiscal nos termos do art. 173 do CTN. O presente auto de infração não substitui qualquer lançamento anterior, sendo nova autuação. No auto de infração anulado, o crédito era um valor, diferentemente do valor do crédito constituído no presente auto. Assim, o lançamento atual é extemporâneo;

- Da novação ilegal do lançamento realizado. O lançamento anterior, que foi anulado, só poderá ser refeito para exigir os mesmos valores já lançados, corrigindo-se unicamente o defeito formal, mostrando-se inaceitável aproveitar o presente auto de

infração para exigir outras quantias não lançadas anteriormente;

- requer a reforma da decisão proferida pelo órgão julgador de primeira instância a fim de declarar a prescrição do crédito ora exigido, com o consequente arquivamento do procedimento administrativo instaurado. Alternativamente, que seja reconhecida a ilegalidade do lançamento a maior realizado pela I. Fiscal, na medida em que foi extrapolado o limite material do auto de infração anterior, devendo-se ainda, ser reconhecida a decadência do montante exigido a maior no presente auto de infração.

É o relatório.

Como se pode observar, o lançamento se refere à infração de obrigação acessória, por ter deixado o contribuinte de declarar em GFIP os fatos geradores constantes de vários levantamentos. No julgado do Acórdão nº 2803-01.061/2011, em epígrafe, foi dado provimento parcial ao recurso do contribuinte, para excluir o levantamento “VTR – vale transporte pago em dinheiro” da autuação e retificar o valor da multa de ofício, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, desde que mais favorável ao contribuinte.

A Turma entendeu que o contribuinte questionou tais rubricas, mesmo que de maneira indireta. O “valor da multa” e o “levantamento que deu origem ao auto de infração” são a essência da autuação. Sem eles a autuação não existiria. O valor da multa é constituído pela forma de cálculo utilizada. Os levantamentos que deram origem à autuação, dentre eles o “VTR – vale transporte pago em dinheiro” são o alicerce da autuação fiscal. Se tirarmos tanto a “forma de cálculo” que dá origem ao valor da multa aplicada, quanto o levantamento que é a matéria prima, a base, o alicerce da autuação, não existe autuação. Assim, qualquer irresignação do contribuinte no recurso voluntário, de maneira direta ou indireta, necessariamente passa pelo valor da multa (forma de cálculo) e seu levantamento (base da autuação).

O auto de infração tem a seguinte infração (art. 32, IV, § 5º, da lei 8212/91): “apresentar a empresa GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias”. Para o julgador analisar esta autuação sem se questionar “*Quais fatos geradores de contribuições previdenciárias não foram apresentados em GFIP?*”, sem passar pela análise dos levantamentos que deram origem à autuação, dentre eles o levantamento “VTR – vale transporte pago em dinheiro”, e, pelo questionamento “*Qual a forma de cálculo e fundamentação legal foi utilizada?*”, sem observar a forma de cálculo e a fundamentação utilizada pelo fisco, seria o mesmo que não apreciar a autuação. Isto é defeso ao julgador.

É dever da autoridade administrativa julgadora zelar pela legalidade de seus atos e de respeitar o princípio da verdade material e o princípio do contraditório e ampla defesa de que trata o inciso LV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil, sendo imparcial, e apresentando uma decisão que venha ao encontro do interesse social. Observado que o cálculo da multa está em desacordo com a legislação tributária e que a autuação apresenta levantamento (VTR – vale transporte pago em dinheiro) que é considerado de natureza indenizatória pelo Supremo Tribunal Federal – STF e Superior Tribunal de Justiça – STJ, portanto sem incidência de contribuições previdenciárias, estando devidamente fundamentado

o ato do julgador, deve a decisão do Conselho se pronunciar quanto às matérias, buscando um resultado mais justo para as partes.

Assim, entendeu o colegiado que o litígio foi instaurado e não houve a preclusão administrativa, tampouco decisão *extra petita*, estando a decisão devidamente fundamentada. Quanto à aplicação da retroatividade benigna a decisão entendeu por procedimento diverso do aplicado pela autoridade autuante. Destarte, o Colegiado está reformando a conclusão do trabalho fiscal, por entender não ter sido empregada a melhor interpretação da lei.

No princípio da verdade material, a administração deve tomar decisões com base nos fatos tais como se apresentam na realidade, não se satisfazendo com a versão oferecida pelas partes. Este princípio é decorrente do Princípio da Legalidade e vinculado ao Princípio da Oficialidade. Por isso, a administração tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos (Medauar, 1993, p. 121, *apud* Néder e López, 2002, p. 63). No tocante às provas, a administração detém liberdade de produzi-las desde que obtidas por meios lícitos. A investigação dos fatos deve trazer aos autos o que realmente ocorreu, ou seja, a realidade, ao contrário do processo em que vigora a verdade formal, onde o julgador deve apreender os fatos que contiverem os autos. Assim, não dá para analisar a autuação fiscal sem, necessariamente, observar a forma de cálculo utilizada e os elementos que constituíram a autuação, como o levantamento “VTR – vale transporte pago em dinheiro”.

A administração, especialmente em razão dos Princípios da Moralidade, e da boa-fé, deve aplicar a lei corretamente, devendo verificar o seu suporte fático segundo, efetivamente, o que ocorreu no mundo real.

RETROATIVIDADE BENIGNA DA MULTA APLICADA

O lançamento em comento refere-se ao crédito lançado no DEBCAD n. 37.209.351-5, julgado nulo pela Delegacia Regional de Julgamento, em 15 de dezembro de 2009, em decorrência da utilização de fundamentação legal incorreta, conforme Acórdão 03-34.793 da 5ª Turma da DRJ/BSB.

No Relatório Fiscal de Aplicação da Multa do Auto de Infração nº. 37.277.260-9, item 6, fl. 20 dos autos digitalizados, a fiscalização aplicou a multa de ofício estabelecida no inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75%) com a soma da multa de mora prevista no inciso II, do artigo 35 (24%) e da multa prevista no parágrafo 5º do artigo 32 (Código de Fundamentação Legal - CFL 68), da Lei 8.212/1991, acrescentado pela Lei no 9.528, de 10/12/1997. A fiscalização considerou no seu cálculo do valor da multa valores de auto de infração de obrigação principal (NFLD) e obrigação acessória (AI).

Entretanto, a decisão do Acórdão nº 2803-01.061/2011, entendeu que deve ser levado em consideração somente o auto de infração de obrigação acessória (AI, CFL 68), excluindo do cálculo o lançamento de obrigação principal (NFLD). O lançamento a ser aplicada a retroatividade benigna é o de obrigação acessória (AI, CFL 68), inclusive com base em fundamentos legais distintos da autoridade autuante. Não há lógica em aplicar cálculo da multa relativa à obrigação acessória (AI, CFL 68) tendo que levar em consideração o lançamento de obrigação principal (NFLD). É sabido que são lançamentos distintos cuja fundamentação legal também é distinta na legislação tributária.

Ademais, no cálculo da Aplicação da Multa do Auto de Infração nº. 37.277.260-9/2010, item 6, fl. 20 dos autos digitalizados, foram utilizados o inciso II, do artigo 35 da lei 8.212/91 e parágrafo 5º do artigo 32 da lei 8.212/91, ambos revogados pela lei 11.941/09, portanto, inexistentes quando da lavratura do auto de infração em epígrafe em 25/06/2010, fl. 02. Destarte, não poderiam fazer parte do cálculo, tampouco, da fundamentação do cálculo da multa. Do cálculo da autoridade autuante restou somente o inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75% sobre a totalidade nos casos de declaração inexata). Entretanto, no auto de infração, fl. 02, a descrição sumária da infração (CFL 68) está fundamentada no art. 32, inciso IV da lei 8.212/91 e seu parágrafo 5º revogado da lei 11.941/09, que introduziu o art. 32-A, inciso I, da lei 8.212/91, com o seguinte texto:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Deste modo, em razão do advento do art. 32-A, inciso I da lei 8.212/91, com a redação dada pela lei 11.941/09, que já estava em vigor na data da lavratura da autuação, o mesmo deve ser confrontado com o cálculo da multa aplicada pela autoridade autuante com base somente no inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75% sobre a totalidade nos casos de declaração inexata), prevalecendo o mais favorável ao contribuinte, considerando que o inciso II, do artigo 35 da lei 8.212/91 e parágrafo 5º do artigo 32 da lei 8.212/91, ambos revogados pela lei 11.941/09, não poderiam ter sido utilizados no cálculo da multa aplicada.

É dever de ofício aplicar a regra mais benéfica ao contribuinte quando há mudança de critérios na legislação (art. 106 do CTN). Assim como a autoridade fiscal efetuou de ofício o cálculo da multa, o órgão julgador recursal também o fez, só que com metodologia diferente. A Terceira Turma Especial entendeu, por unanimidade, está correto o voto do relator que deu base à decisão do Acórdão nº 2803-01.061/2011. Assim, reformou a decisão de primeira instância administrativa quanto ao cálculo do valor da multa a ser aplicada, devendo ser aplicado o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, que deve ser confrontada com o valor da multa aplicada com base somente no inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75% sobre a totalidade nos casos de declaração inexata), excluídos os valores relativos ao inciso II, do artigo 35 da lei 8.212/91 e parágrafo 5º do artigo 32 da lei 8.212/91, ambos revogados pela lei 11.941/09, que não poderiam ter sido utilizados no cálculo da multa aplicada, prevalecendo o mais favorável ao contribuinte.

VTR – VALE TRANSPORTE PAGO EM DINHEIRO

A essência do auto de infração em epígrafe (CFL 68) é a apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciária. Assim, não é possível analisar a autuação sem saber em que ela se estruturou, se baseou, se alicerçou. A autuação foi lavrada com base em vários levantamentos, inclusive o “VTR – vale transporte pago em dinheiro”. Se não pudermos analisar o que sustenta o auto de infração (o levantamento), ou mesmo não pode ser analisado.

Quanto à fundamentação que levou à exclusão do levantamento comento, está disposta na decisão do Acórdão nº 2803-01.061/2011. O Vale transporte pago em moeda foi considerado pelo STF como de natureza indenizatória (Recurso Extraordinário nº 478.410/SP). A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vale-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa, nos termos da decisão do STF. Em razão da decisão do Supremo Tribunal Federal - STF, o Superior Tribunal de Justiça – STJ reviu sua orientação anterior no sentido de acompanhar o entendimento do STF. Muito embora o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF (art. 62, parágrafo único) permita o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinados atos normativos tão somente quando esta tenha sido declarada por decisão plenária definitiva do STF, cumpre esclarecer que o acórdão proferido no RE nº 478.410 é resultante de julgamento realizado pelo Plenário da Corte, tendo havido apenas dois votos contrários a esse entendimento, o que não é suficiente para desencadear uma mudança do posicionamento externado. Apesar de não se tratar de assunto com efeitos da repercussão geral, de qualquer sorte, a repercussão já está sinalizada. São os termos dos transcrito da decisão:

Todavia, em março de 2010, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 478.410/SP, considerou, por maioria, que a restrição imposta pelo Decreto nº 95.247/87 contraria frontalmente a Constituição Republicana, sendo inquestionável a sua natureza indenizatória, ainda que a referida verba seja paga em dinheiro. O julgamento em questão foi assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE. MOEDA. CURSO LEGAL E CURSO FORÇADO. CARÁTER NÃO SALARIAL DO BENEFÍCIO. ARTIGO 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE NORMATIVA.

1. Pago o benefício de que se cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício. 2. A admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional. 3. A funcionalidade do conceito de moeda revela-se em sua utilização no plano das relações jurídicas. O instrumento monetário válido é padrão de valor, enquanto instrumento de pagamento sendo dotado de poder liberatório: sua entrega ao credor libera o devedor. Poder liberatório é qualidade, da moeda enquanto instrumento de pagamento, que se manifesta exclusivamente no plano jurídico: somente ela permite essa liberação indiscriminada, a todo sujeito de direito, no que tange a débitos de caráter patrimonial. 4. A aptidão da moeda para o cumprimento dessas funções decorre da circunstância de ser ela tocada pelos atributos do curso legal e do curso forçado. 5. A exclusividade de circulação da moeda está relacionada ao curso legal, que respeita ao instrumento monetário enquanto em circulação; não decorre do curso forçado, dado que este atinge o instrumento monetário enquanto valor e a sua instituição [do curso forçado] importa apenas em que não possa ser exigida do

poder emissor sua conversão em outro valor. 6. A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.” (RE nº 478.410/SP, Relator: Ministro Eros Grau)

Muito embora o Regimento Interno do presente Conselho (art. 62, parágrafo único) permita o reconhecimento da inconstitucionalidade de determinados atos normativos tão somente quando esta tenha sido declarada por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal, cumpre esclarecer que o acórdão proferido no RE nº 478.410 é resultante de julgamento realizado pelo Plenário da Corte, tendo havido apenas dois votos contrários a esse entendimento, o que não é suficiente para desencadear uma mudança do posicionamento externado. Apesar de não se tratar de assunto com efeitos da repercussão geral, de qualquer sorte, a repercussão já está sinalizada.

Em razão da decisão do STF que concluiu pela inconstitucionalidade da incidência da contribuição previdenciária sobre o vale transporte pago em pecúnia por ter caráter indenizatório, o Superior Tribunal de Justiça – STJ reviu sua orientação anterior no sentido de acompanhar o entendimento do STF. São os termos das decisões:

Processo RESP 200901216375RESP - RECURSO ESPECIAL – 1180562, Relator(a) CASTRO MEIRA , Sigla do órgão STJ, Órgão julgador SEGUNDA TURMA , Fonte DJE DATA:26/08/2010 RJPTP VOL.:00032 PG:00133 Ementa: TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.VALE-TRANSPORTE.PAGAMENTO EM PECÚNIA. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. REVISÃO. NECESSIDADE. 1. O Supremo Tribunal Federal, na assentada de 10.03.2003, em caso análogo (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau), concluiu que é inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, já que, qualquer que seja a forma de pagamento, detém o benefício natureza indenizatória. Informativo 578 do Supremo Tribunal Federal. 2. Assim, deve ser revista a orientação pacífica desta Corte que reconhecia a incidência da contribuição previdenciária na hipótese quando o benefício é pago em pecúnia, já que o art. 5º do Decreto 95.247/87 expressamente proibira o empregador de efetuar o pagamento em dinheiro. 3. Recurso especial provido.

Data da Decisão 17/08/2010, Data da Publicação 26/08/2010

Processo AR 200501301278AR - AÇÃO RESCISÓRIA – 3394 , Relator(a) HUMBERTO MARTINS , Sigla do órgão STJ, Órgão julgador PRIMEIRA SEÇÃO , Fonte DJE DATA:22/09/2010 Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA – PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA –VALE-

TRANSPORTE– PAGAMENTO EM PECÚNIA– NÃO INCIDÊNCIA – ERRO DE FATO – OCORRÊNCIA – AUXÍLIO-CRECHE/BABÁ – ACÓRDÃO RESCINDENDO NÃO CONHECEU DO RECURSO NESSA PARTE. 1. Há erro de fato quando o órgão julgador imagina ou supõe que um fato existiu, sem nunca ter ocorrido, ou quando simplesmente ignora fato existente, não se pronunciando sobre ele. 2. In casu, ocorreu erro de fato no acórdão rescindendo, porquanto considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido, ou seja, partiu de premissa errônea pois pressupôs a inexistência de desconto das parcelas de seus empregados a título de vale-transporte, quando é incontroverso nos autos que tal fato ocorrera. 3. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de recurso extraordinário, consolidou jurisprudência no sentido de que "a cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa" (RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10.3.2010, DJe-086 DIVULG 13.5.2010 PUBLIC 14.5.2010). 4. No que tange ao auxílio-creche/babá, esta Corte Superior é incompetente para examinar o feito, uma vez que não cabe ação rescisória com a finalidade de desconstituir julgado que não apreciou o mérito da demanda, neste ponto específico. Precedentes: AgRg na AR 3.827/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22.10.2009; AR 2.622/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Seção, DJe 8.9.2008. Ação rescisória parcialmente procedente.

Data da Decisão 23/06/2010 , **Data da Publicação** 22/09/2010
Destarte, reconheço a impossibilidade da exigência do crédito tributário sobre o vale transporte pago em pecúnia por ser caráter indenizatório, devendo ser excluído do lançamento fiscal.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto em conhecer dos embargos para manter a decisão embargada e alterar sua redação, para reformar a decisão de primeira instância, dando provimento parcial ao recurso, para excluir o levantamento “VTR – vale transporte pago em dinheiro” da autuação, em razão das decisões dos Tribunais Superiores (STF e STJ); e retificar o valor da multa de ofício, devendo-se aplicar o disposto no art. 32-A, inciso I, da Lei n. 8.212/1991, com a redação dada pela Lei n. 11.941/2009, que deve ser confrontada com o valor da multa aplicada com base somente no inciso I, do artigo 44, da Lei 9.430/1996 (75% sobre a totalidade nos casos de declaração inexata), excluídos os valores relativos ao inciso II do artigo 35 da lei 8.212/91 e parágrafo 5º do artigo 32 da lei 8.212/91, ambos revogados pela lei 11.941/09, que não poderiam ter sido utilizados no cálculo da multa aplicada; devendo prevalecer o mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Processo nº 10166.721367/2010-10
Acórdão n.º **2803-01.228**

S2-TE03
Fl. 1.236

Helton Carlos Praia de Lima

CÓPIA