



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

Processo n° 10805.722754/2012-54
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.193 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2013
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente DOCERIA CAMPOS DO JORDÃO LTDA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUIÇÕES SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS - VALE TRANSPORTE - SÚMULA 60 DA AGU - NATUREZA INDENIZATÓRIA

Não há incidência de contribuição previdenciária sobre o vale transporte pago em pecúnia, considerando o caráter indenizatório da verba.

VERBAS PAGAS A TÍTULO DE VALE TRANSPORTE. NATUREZA INDENIZATÓRIA. JURISPRUDÊNCIA UNÍSSONA DO STF E STJ. APLICABILIDADE. ECONOMIA PROCESSUAL.

De conformidade com a jurisprudência mansa e pacífica no âmbito Judicial, especialmente no Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, os valores concedidos aos segurados empregados a título de Vale Transporte, pagos ou não em pecúnia, não integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias, em razão de sua natureza indenizatória, entendimento que deve prevalecer na via administrativa sobretudo em face da economia processual.

ALIMENTAÇÃO - FORNECIMENTO IN NATURA

Embora entenda que a decisão de 1 instância encontra-se em perfeita consonância com os dispositivos legais, entendo deve ser aplicado para o julgamento da verba alimentação fornecida in natura, qual seja a publicação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 03/2011 afastando a incidência de contribuições previdenciárias.

REMUNERAÇÃO NÃO LANÇADO EM GFIP - FOPAG - NÃO COMPROVAÇÃO DE ALEGAÇÕES

Tendo os argumentos trazidos pelo recorrente sido afastados pela decisão de primeira instância, deve ser mantida essa decisão quando o recorrente não traz qualquer fato novo capaz de demonstrar suas alegações.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

LANÇAMENTO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, com esteio na legislação que disciplina a matéria.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares de nulidade; e II) no mérito, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso, para excluir dos AIOP as contribuições incidentes sobre despesas com alimentação in natura (cestas básicas) e sobre o valor transporte.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Tratam os presentes autos de infração de obrigação principal, lavrados em desfavor do recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados não descontada em época própria, parcela da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, a destinada a terceiros, bem como as contribuições descontadas dos segurados empregados e não recolhidas em sua totalidade, levantadas sobre os pagamentos feitos aos segurados empregados e contribuintes individuais, no período de 01/2008 a 12/2008.

Os AIOP foram assim divididos:

37.373.714-9 - (PATRONAL) Contribuições previdenciárias devidas da parte da empresa sobre os valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, não declarados em GFIP.

37.373.715-7 - Contribuições previdenciárias devidas da parte dos segurados empregados e contribuintes individuais, efetivamente descontadas, consignadas em FOPAG e não declaradas em GFIP.

Nas competências de **01 a 11/2008 e 13/2008 (13º salário)**, a empresa arrecadou as contribuições previdenciárias dos segurados empregados e contribuintes individuais (sócios), consignadas nas folhas de pagamento, todavia efetuou parcialmente o seu recolhimento.

A situação acima descrita, **em tese**, constitui indício de Crime de Apropriação Indébita Previdenciária, de acordo com o **artigo 168-A, I, do Código Penal - Decreto-lei nº 2.848, de 07/12/1940** – na redação dada pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000 (deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional), motivo pelo qual será objeto de **REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENALIS**, em relatório à parte, com comunicação à autoridade competente para ciência dos fatos.

37.373.716-5 - Contribuições previdenciárias devidas da parte dos segurados empregados e contribuintes individuais, presumidamente descontadas e não declaradas em GFIP.

Em virtude de que não foi procedido o desconto obrigatório da contribuição dos segurados sobre as bases de cálculo não consideradas pela empresa, efetuamos o lançamento de tais contribuições, por presunção legal nos termos do § 5º do artigo 33, da Lei nº 8.212/91.

Em virtude de que não foi procedido o desconto obrigatório da contribuição dos segurados sobre as bases de cálculo não consideradas pela empresa, efetuamos o lançamento de tais contribuições, por presunção legal nos termos do § 5º do artigo 33, da Lei nº 8.212/91.

37.383.351-2- *Contribuições devidas a Outras Entidades e Fundos sobre os valores pagos a segurados empregados, não declarados em GFIP.*

*Sobre as bases de cálculo de segurados empregados ou suas diferenças apuradas, por meio do **AI DEBCAD nº 37.383.351-2**, foi constituído crédito tributário relativo às contribuições devidas a Outras Entidades e Fundos, incidentes numa alíquota total de 5,8 % (cinco inteiros e oito décimos por cento).*

*Como já explanado no **Capítulo XV**, na condição de tomador de serviços de transportadores autônomos, o contribuinte sujeita-se ainda a descontar e recolher as contribuições sociais destes segurados, destinadas ao **SEST** e ao **SENAT**, instituídas pela Lei nº 8.706, de 14 de setembro de 1993, com as seguintes alíquotas:*

Conforme relatório fiscal, fl. 48 a 75, assim, detalhou o auditor o lançamento:

*Pelo exposto, lançamos as diferenças de base de cálculo das contribuições previdenciárias, devidas e não recolhidas, resultante do comparativo entre os valores constantes das folhas de pagamento e aqueles declarados em **GFIP**, no período de **01/2008 a 12/2008**, no estabelecimento Matriz e no período de **01 a 03/2008 e 05/2008**, na Filial.*

93. *Além das diferenças mencionadas no item anterior, lançamos também os créditos relativos às contribuições previdenciárias devidas sobre os valores de “cestas básicas”; “vale-refeição”; “valetransporte”;*

“Pró-Labore” e sobre pagamentos efetuados a pessoas físicas sem vínculo empregatício, relativos a prestação de serviços diversos, inclusive “fretes”, todos devidamente fundamentados nos Capítulos anteriores.

94. *As bases de cálculo relativas às contribuições previdenciárias devidas sobre o 13º (décimo terceiro) salário, não declaradas em **GFIP** e nem recolhidas, da Matriz e Filial, foram lançadas integralmente na competência **13/2008**.*

*Os recolhimentos efetuados, antes do início do Procedimento Fiscal, através das Guias da Previdência Social – **GPS**, assim como os valores constantes dos documentos de cobrança **DCG– Débito Confessado em GFIP**, e ainda os valores pagos a título de Salário Família e Salário Maternidade, foram devidamente deduzidos na apuração do crédito tributário ora lançado.*

Com vista a esclarecer todos os fatos geradores descritos no presente processo, foram assim indicados os levantamentos:

Para a apuração dos valores devidos, e o consequente lançamento tributário, foram criados os seguintes levantamentos:

• **GF – REMUNERAÇÃO DECLARADA EM GFIP:** para lançamento de todas as bases de cálculo **declaradas em GFIP** pela empresa, de forma a aproveitar os recolhimentos efetuados por meio de **GPS**, bem como os valores objeto de **IP/DCG**.

• **FP – REMUNERAÇÃO EMPREGADO FPGTO:** para lançamento de todas as bases de cálculo referentes às remunerações de empregados, constantes das folhas de pagamento e **não declaradas em GFIP**. Este levantamento desmembrou-se automaticamente em **FP2**, para as competências **12/2008** e **13/2008**, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

• **VF – VALE TRANSPORTE PAGO EM PECÚNIA (FOPAG);** para lançamento de todas as bases de cálculo referentes aos pagamentos de “**Transporte**”, em desacordo com a legislação, constantes das folhas de pagamento e **não declarados em GFIP**. Este levantamento desmembrou-se automaticamente em **VF2**, para a competência **12/2008**, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

• **VC – VALE TRANSPORTE PAGO EM PECÚNIA (CONTABILIDADE);** para lançamento de todas as bases de cálculo referentes aos pagamentos de “**Vale- Transporte**”, em desacordo com a legislação, constantes da contabilidade, **não incluídos em folhas de pagamento e não declarados em GFIP**. Este levantamento desmembrou-se automaticamente em **VC2**, para a competência **12/2008**, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

• **CB – CESTA BÁSICA (FOPAG e CONTABILIDADE);** para lançamento de todas as bases de cálculo referentes aos pagamentos de **Cestas Básicas, em espécie e em pecúnia, não declarados em GFIP**. Este levantamento desmembrou-se automaticamente em **CB2**, para a competência **12/2008**, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

• **VR – VALE-REFEIÇÃO (FOPAG);** para lançamento de todas as bases de cálculo referentes aos pagamentos de “**Vale Refeição**”, em desacordo com a legislação, constante das folhas de pagamento e **não declarado em GFIP**. Este levantamento desmembrou-se automaticamente em **VR2**, para a competência **12/2008**, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

• **PA – PRÓ-LABORE SÓCIOS (FOPAG);** para lançamento de todas as bases de cálculo, **reconhecidas pela empresa**, referentes às remunerações relativos a pró-labore constantes das folhas de pagamento e **não declaradas em GFIP**.

• **PB – PRÓ-LABORE SÓCIOS (FOPAG);** para lançamento de todas as **bases de cálculo, não reconhecidas pela empresa**, referentes às diferenças de remunerações relativas a pró-labore constantes das folhas de pagamento e **não declaradas em GFIP**. Este levantamento desmembrou-se automaticamente **PB2**, para a competência 12/2008, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

PC - PRÓ-LABORE SÓCIOS (CONTABILIDADE); para lançamento de todas as bases de cálculo referentes aos pagamentos efetuados aos sócios, a título de pró-labore, contabilizados e não consignados em folhas de pagamento nem declarados em GFIP.

• **PD – PRÓ-LABORE DIRETOR NÃO-EMPREGADO (CONTABILIDADE);** para lançamento de todas as bases de cálculo referentes aos pagamentos efetuados ao diretor não-empregado **CALISTO LATIF FAKOURI**, a título de pró-labore, contabilizados e não consignados em folhas de pagamento nem declarados em GFIP. Este levantamento desmembrou-se automaticamente em **PD2**, para a competência 12/2008, já na vigência da Medida Provisória – **MP nº 449/2008**.

• **SP – SERVIÇOS PRESTADOS POR PESSOAS FÍSICAS;** para lançamento de todas as bases de cálculo, referentes aos pagamentos efetuados a pessoas físicas sem vínculo empregatício por diversos serviços prestados, contabilizados e não consignados em folhas de pagamento nem declarados em GFIP.

Quanto a multa aplicada no presente lançamento observou-se a prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, a partir de 12/2008 ou quando mais benéficas no caso de infrações correlatas. Nas competências de 01 a 11/2008, foi aplicada a legislação anterior, com multa de mora de 24% (vinte e quatro por cento), e separadamente as multas previstas para o caso de descumprimento das obrigações acessórias vinculadas à declaração, pois, embora tenham fato gerador antecedente à MP Nº 449/08, as declarações em GFIP foram retificadas, em infração à legislação, já em sua vigência. Na competência 12/2008 e 13/2008, os fatos já se deram em plena vigência das alterações supra referidas, aplicando-se diretamente a multa de ofício de 75%, igualmente nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

Ainda com relação a multa, conforme descrito nos itens 11, 12 e 15, os livros contábeis empresariais e as folhas de pagamento, solicitados através do TIPF, de 27/02/2012, não foram apresentados em meio digital, descumprindo a obrigação legal prevista nos artigos 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, da qual somente estão exclusas as empresas optantes pelo SIMPLES. Esta falta implica o agravamento da multa de ofício, conforme o disposto no inciso II do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, ao qual remete o art. 35-A da Lei nº 8.212/91. Por conseguinte, foi agravada a multa de ofício aplicada no lançamento das Contribuições Previdenciárias apuradas para as competências 12 e 13/2008, estando apenas estas sujeitas diretamente à nova legislação.

Importante, destacar que a lavratura dos AIOP deu-se em 16/08/2012, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido em 30/08/2012.

Inconformado com os AIOP lavrados, a notificada apresentou defesa, conforme fls. 573 a 697.

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

Autenticado digitalmente em 20/11/2013 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Assinado digital

mente em 30/01/2014 por ELIAS SAMPAIO FREIRE, Assinado digitalmente em 09/12/2013 por ELAINE CRISTIN

A MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Impresso em 31/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Foi exarada a Decisão de Primeira instância que confirmou a procedência do lançamento, fls. 727 a 750.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2008 a 31/12/2008

LANÇAMENTO FISCAL. PROCEDIMENTO FISCALIZATÓRIO.

CONTRADITORIO. NÃO APLICAÇÃO.

Durante o procedimento fiscalizatório que antecede o lançamento não há que se falar em aplicação dos princípios do contraditório e ampla defesa uma vez que o processo administrativo somente se instaura com a impugnação do sujeito passivo.

LANÇAMENTO FISCAL. VALE TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA.

Incidem contribuições previdenciárias sobre a parcela paga pelo contribuinte empregador, em pecúnia, ao segurado, relativamente ao valetransporte.

LANÇAMENTO FISCAL. ALIMENTAÇÃO IN NATURA. CESTAS BÁSICAS. PARECER VINCULANTE.

Cabe revisão de ofício de lançamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre pagamento de alimentação "in natura", em observância ao Parecer PGFN/CRJ/nº 2.117/2011.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo.

INCRA.

A contribuição destinada ao INCRA é devida tanto pela empresa urbana como pela empresa rural.

SEBRAE A contribuição destinada ao SEBRAE é exigível independente do porte da empresa.

PROVAS.

As provas documentais devem ser apresentadas na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo as exceções legais.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 278 a 297, onde, em síntese a recorrente alegou o seguinte:

1. Preliminarmente a Impossibilidade de Incidência da Contribuição Social Patronal sobre Verbas com Natureza Indenizatória Conforme delimitação da regra matriz de incidência constante do artigo 195 da Constituição Federal, a incidência das contribuições previdenciárias se dá sobre a folha de salários e a expressão “demais rendimentos do trabalho” introduzida pela Emenda Constitucional nº 20 de 1998, deve ser interpretada como sendo inerente ao conceito legal de salários, o que não abrange as verbas indenizatórias que não sofrem incidência de contribuições previdenciárias a teor da Súmula nº 60 de 08/12/2011 da Advocacia Geral da União, que diz respeito ao vale transporte, mas que pode ser aplicada também para abranger outras verbas indenizatórias como o auxílio alimentação e o seguro de vida.
2. O pagamento de vale refeição em pecúnia, não corresponde a uma contraprestação ao trabalho prestado pelo empregado, sendo uma indenização, conforme entendimento do STF, devendo ser excluído da presente autuação. A simples ausência do PAT não justifica o lançamento.
3. Da cesta básica Quanto ao fornecimento de cestas básicas sem a devida inscrição no PAT, sustenta que não deve persistir o lançamento de acordo com o disposto no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011, objeto de Ato Declaratório, devendo se observar o disposto no art.26A, §6º , inciso II, alínea "a" do Decreto nº 70.235 de 1972.
4. Do Ato Jurídico Perfeito e da Ilegalidade – Nulidade da CDA por Extravasar a Base de Calculo Legalmente Imposta para Contribuições Previdenciárias Após tecer considerações sobre os princípios da legalidade, ato jurídico perfeito e coisa julgada, afirma que diante da utilização de base de cálculo indevida para o cálculo do montante devido, torna-se imperioso a desconstituição do título executivo pela ausência de seus atributos básicos.
5. Considerada a utilização de base de cálculo indevida, para o cálculo do montante devido, mostra-se imperiosa a desconstituição do título executivo, pela ausência de seus atributos básicos.
6. No caso do SEBRAE, conclui-se que não possuindo a mesma finalidade, não há que se falar em adicional de contribuição, mas de nova contribuição, da mesma espécie, mas devida a outra entidade, que dá destinação diversa ao produto de sua arrecadação. Não há dúvida, portanto que a contribuição ao SEBRAE é ilegal, posto não ter sido instituída na conformidade do texto constitucional.
7. Indubitável, também que o objeto social da recorrente não integra os sujeitos passivos da relação jurídica descrita no art. 15, II da lei Complementar n. 11/71.
8. Da mesma forma há de se depreender que o salário educação é devido na alíquota aventada e incide sobre a remuneração paga ou creditada ao segurado. Todavia essa incidência não se dará sobre verbas de caráter indenizatório, mas somente sobre aquelas que tem escopo a remuneração e o acréscimo salarial.
9. O elemento constante desse item, ou seja, uma correlação lógica entre a contribuição exigida e algum benefício por parte de quem contribui (no caso a recorrente), indubitavelmente, não está presente em nenhuma das contribuições de terceiros.

10. Da Aplicação do Princípio da Verdade Real e Material ao Presente Caso Concreto e da Necessidade do Exercício do Poder Dever de Fiscalização pela Autoridade Competente Considera que houve arbitrariedade da fiscalização ao ignorar direitos e garantias do contribuinte, fazendo prevalecer sua vontade sobre a lei, como no caso de ter lançado contribuições sobre cestas básicas unicamente pela ausência de inscrição no PAT, sendo nítido que foi autuada com base em presunções, afastando-se da verdade real e da tipicidade cerrada.
11. A autuação não pode levar em conta meras suposições ou aparências, mas deve ter como fundamento prova incontestada de que a infração efetivamente se deu. No presente caso, o AI não revela a verdade real da relação jurídica tributável.
12. A autoridade administrativa julgadora deverá julgar conforme os princípios e regras da CF/88. Assim, ao detectar a presença de qualquer inconstitucionalidade na lei que serviu de embasamento a autuação, seja porque há contrariedade a dispositivo da constituição ou porque há discrepância com algum princípio por ela consagrado, é seu dever abster-se da aplicação da referida lei, porquanto sua autuação deve necessariamente estar atrelada aos ditames de nossa Carta Magna.
13. Dos Excessivos Patamares à Título de Multa Sustenta que sendo a base de cálculo do tributo exigido ilegal, a multa aplicada não pode subsistir ainda porque em patamares excessivos com efeito de confisco, devendo ser observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade e se afastar o excesso na multa imposta.
14. Do Dever da Autoridade Julgadora em Eximir-se da Aplicação de Dispositivo Legal Inconstitucional Reforça que as alegações de inconstitucionalidade de lei devem ser apreciadas pela autoridade administrativa e, sendo o caso, o julgador deve se eximir da aplicação da Lei dissonante da Lei Maior.
15. Requer em preliminar, a nulidade da autuação em relação a todos os AI que constituem o presente processo, ou em não sendo acolhida seja decretada a ilegalidade das autuações ; no mérito, a desconstituição do auto de infração por incorreção do valor do débito com a declaração da improcedência do lançamento, e caso não seja este o entendimento, a revisão da multa aplicada, pleiteando ainda a produção de provas, em especial a juntada posterior de documentos.

A DRFB encaminhou o recurso a este Conselho para Julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 872. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Inicialmente convém apreciar a nulidade apontada pelo recorrente, seja em relação ao lançamento encontrar-se presumido, seja pela não apreciação da inconstitucionalidade.

Quanto ao argumento preliminar de nulidade, entendo que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa, ausência de motivação, ou mesmo presunção.

A nulidade deve ser declarada, quando viciado ou ilegal o ato praticado, o que não é o caso. Destaca-se ter o auditor cumprido todos os passos necessários a realização do procedimento: tendo intimado o recorrente para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária e recolhimento realizados, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do AI ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Tanto o relatório fiscal é claro, que o recorrente, tentou demonstrar que sobre determinadas verbas não haveria incidência de contribuições, posto não estarem dentro das exclusões previstas em lei. O relatório fiscal e demais documentos inclusos no presente AI se prestam a esclarecer as contribuições objeto de lançamento, como também o DAD – Discriminativo analítico de débito, que descreve de forma pormenorizada, mensalmente, a base de cálculo, as contribuições e respectivas alíquotas. Sem contar, ainda, o relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que traz toda a fundamentação legal que embasou o lançamento.

As bases de cálculo foram obtidas por meio do confronto entre o documento GFIP, folhas de pagamento e contabilidade, dessa forma, incabível qualquer arguição de incompetência do recorrente para figurar no polo passivo.

Outra nulidade avançada pelo recorrente diz respeito a impossibilidade de indicar verbas indenizatórias como base de cálculo de contribuição, o que extrapola aos limites da CDA. Embora, sem apreciar a mérito não entendo que a indicação por parte da autoridade fiscal, importe qualquer nulidade. Desde que o auditor tenha se desincumbido de demonstrar os

fatos geradores apurados, as base de cálculo e a fundamentação legal, não há argumentos para decretar a nulidade do auto de infração.

O fato de discordar da interpretação dada pelo auditor quanto a benefícios constituírem salário de contribuição não importa qualquer nulidade, devendo o recorrente demonstrar a impossibilidade da exigência.

INCONSTITUCIONALIDADES

Outra questão que deve ser afastada, diz respeito a apreciação de inconstitucionalidade requerida pelo recorrente, inclusive enfatizando a os motivos pelos quais entende ser incorreto o posicionamento do julgador de primeira instância que absteve-se de apreciar a multa e a constitucionalidade das contribuições para terceiros.

No que tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições, frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis os prazos regulados na Lei n.º 8.212/1991.

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições previdenciárias, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência, bem como a contribuição destinada a terceiros (seja para o SEBRAE ou INCRA)

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Nesse sentido, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n.º 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

No mesmo sentido posiciona-se este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF ao publicar a súmula nº 2 aprovada em sessão plenária de 08/12/2009, sessão que determinou nova numeração após a extinção dos Conselhos de Contribuintes.

SÚMULA N. 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DO MÉRITO

Inicialmente, convém já afastar os argumentos de que indevida a contribuição para o SEBRAE e INCRA, tendo em vista a incompetência deste colegiado para apreciar lei cuja constitucionalidade vem sendo arguida.

Simplesmente alegar, ou mesmo repetir os argumentos já afastados pela autoridade julgadora não desconstituem o lançamento. O que de pronto se destaca, como já trazido nas preliminares é que o recorrente traz vasta argumentação, mas sem trazer registros contábeis ou quaisquer outras provas de seus argumentos para demonstrar ter efetuado o recolhimento das contribuições.

Aliás, conveniente mencionar que não serão apreciados todos os levantamentos e fato geradores apurados, considerando que parte deles não foi objeto de impugnação pelo recorrente. Vejamos trecho da referida decisão:

Matéria Não Impugnada O impugnante não contesta a ocorrência dos fatos geradores relativos aos seguintes levantamentos:

- *Levantamento FP – pagamento de remunerações de empregados, constantes das folhas de pagamento e não declaradas em GFIP;*
- *Levantamentos PA a PC pagamentos de pro labore aos sócios, constantes das folhas de pagamento/ ou contabilidade e diferenças de pro labore;*

- *Levantamento PD e PD2pagamentos efetuados ao diretor nãoempregado Calisto Latif Fakouri;*
- *Levantamento SP pagamentos efetuados a pessoas físicas sem vínculo empregatício por diversos serviços prestados;*

- *Levantamento FR pagamentos a pessoas físicas por serviços de fretes (transportadores autônomos), contabilizados e não consignados em folhas de pagamento e nem declarados em GFIP; SP CAMPINAS DRJ Fl. 737*

Matéria Não Impugnada *O impugnante não contesta a ocorrência dos fatos geradores relativos aos seguintes levantamentos:*

- *Levantamento FP – pagamento de remunerações de empregados, constantes das folhas de pagamento e não declaradas em GFIP;*
- *Levantamentos PA a PC pagamentos de pro labore aos sócios, constantes das folhas de pagamento/ ou contabilidade e diferenças de pro labore;*

- *Levantamento PD e PD2pagamentos efetuados ao diretor nãoempregado Calisto Latif Fakouri;*

- *Levantamento SP pagamentos efetuados a pessoas físicas sem vínculo empregatício por diversos serviços prestados;*
- *Levantamento FR pagamentos a pessoas físicas por serviços de fretes (transportadores autônomos),*

contabilizados e não consignados em folhas de pagamento e nem declarados em GFIP; SP CAMPINAS DRJ Fl. 737

DA DEFINIÇÃO DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

Para iniciarmos a análise da procedência ou não do lançamento, importante identificar o que constitui salário de contribuição para efeitos previdenciários. De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição:

Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)- grifo nosso.

Segundo o ilustre professor Arnaldo Süssekind em seu livro Instituições de Direito do Trabalho, 21ª edição, volume 1, editora LTr, o significado do termo remuneração deve ser assim interpretado:

No Brasil, a palavra remuneração é empregada, normalmente, com sentido lato, correspondendo ao gênero do qual são espécies principais os termos salários, vencimentos, ordenados, soldo e honorários. Como salientou com precisão Martins Catharino, “costumeiramente chamamos vencimentos a remuneração dos magistrados, professores e funcionários em geral; soldo, o que os militares recebem; honorários, o que os profissionais liberais ganham no exercício autônomo da profissão; ordenado, o que percebem os empregados em geral, isto é, os trabalhadores cujo esforço mental prepondera sobre o físico; e finalmente, salário, o que ganham os operários. Na própria linguagem do povo, o vocábulo salário é preferido quando há prestação de trabalho subordinado.”

Também convém reproduzir a posição da professora Alice Monteiro de Barros acerca da distinção entre utilidades salariais e não-salariais, enfatizando, de que forma, as utilidades fornecidas, tornam-se ganhos, salários indiretos para os empregado.

"As utilidades salariais são aquelas que se destinam a atender às necessidades individuais do trabalhador, de tal modo que, se não as recebesse, ele deveria despende parte de seu salário para adquiri-las. As utilidades salariais não se confundem com as que são fornecidas para a melhor execução do trabalho. Estas equiparam-se a instrumentos de trabalho e, conseqüentemente, não têm feição salarial."

Existem parcelas que não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, tais verbas estão arroladas no art. 28, § 9º da Lei n° 8.212/1991, nestas palavras:

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei n° 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei n° 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei n° 9.528, de 10/12/97)

e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei n° 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei n° 9.711, de 20/11/98)

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;

3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;

4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei n° 5.889, de 8 de junho de 1973;

5. recebidas a título de incentivo à demissão;

6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei n° 7.238, de 29 de outubro de 1984;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso

n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97) Grifo nosso

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Assim, para que as verbas transporte e alimentação não constituírem base de cálculo, devem ser fornecidas, na estrita observância da lei, o que passamos a apreciar individualmente:

TRANSPORTE

Após essa breve definição de salário, convém-nos mencionar que a base do lançamento diz respeito aos empregados que recebem vale transporte EM PECÚNIA.

Ressalte-se que a concessão de vale transporte possui legislação própria. Inicialmente, o benefício intitulado vale-transporte foi instituído pela Lei n.º 7.418, de 16/12/1985, que, em seus artigos 4º e 5º, prescreve:

“Art. 4º - A concessão do benefício ora instituído implica a aquisição pelo empregador dos Vales-Transporte necessários aos deslocamentos do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar. (Artigo renumerado pela Lei 7.619, de 30.9.1987)

Art. 5º - A concessão do benefício ora instituído implica a aquisição pelo empregador dos Vales-Transporte necessários aos deslocamentos do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar. (artigo alterado pela Lei 7.619/97)

Parágrafo único - O empregador participará dos gastos de deslocamento do trabalhador com a ajuda de custo equivalente à parcela que exceder a 6% (seis por cento) de seu salário básico.”

Contudo, embora sempre tenha encaminhado meus votos acerca do tema “vale transporte”, no sentido da estrita observância dos preceitos da lei 8.212/91 e da legislação específica sobre vale transporte, entendo que a apreciação do tema, merece ultrapassar o

simples texto legal, inclusive, posto ter a Advocacia Geral da União editado súmula específica sobre o tema.

A advocacia Geral da União, editou em dezembro de 2011, súmula que trata da matéria.

SÚMULA Nº 60, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2011 ()Publicada no DOU Seção I, de 09/12/2011"Não há incidência de contribuição previdenciária sobre o vale transporte pago em pecúnia, considerando o caráter indenizatório da verba".REFERÊNCIAS:Legislação Pertinente: CF, artigos 5º, II, 7º, IV, XXVI, 150, I, 195, I, "a", 201, § 11; Lei nº 7.418/85, artigo 2º; Lei nº 8.212/91, artigo 28, I e 9º, "f"; Decreto nº 95.247/87, artigos 5º e 6º; Decreto nº 3.048/99, artigo 214, § 10.*

Não fosse apenas esse o evento a levarmos em consideração para determinar a natureza salarial da verba, transcrevo voto do ilustre Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que de forma proficua aborda o tema, da maneira como os tribunais, vem se pronunciando sobre a natureza da verba (Acórdão 2401-02092 de 26 de outubro de 2011):

DO VALE TRANSPORTE – NÃO INCIDÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, a autoridade lançadora ao lavrar a presente autuação admitiu como fato gerador das contribuições exigidas os valores pagos pela empresa aos funcionários a título de Vale-Transporte, consubstanciados nos seguintes levantamentos:

Em suas razões recursais, precipuamente, aduz a contribuinte que os valores concedidos aos segurados empregados a título de Vale-Transporte possuem natureza indenizatória, não integrando a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Afora a vasta discussão a propósito da matéria, deixaremos de abordar a legislação de regência ou mesmo adentrar a questão da natureza/conceituação de aludida verba, uma vez que o Supremo Tribunal Federal afastou qualquer dúvida quanto ao tema, reconhecendo a sua natureza indenizatória, ainda que pago em pecúnia, nos autos do Recurso Extraordinário nº 478.410/SP, consoante se positiva do Acórdão assim ementado:

“EMENTA: 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.”

É bem verdade que a decisão com sua ementa acima transcrita não transitou em julgado, ou seja, não se tornou definitiva, de maneira a fazer incidir o permissivo regimental constante do artigo 62, parágrafo único, inciso I, do RICARF, nos seguintes termos:

“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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

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;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

Destarte, extrai-se do andamento processual no site do Supremo Tribunal Federal que o Acórdão em comento fora objeto de Embargos de Declaração por parte da Procuradoria, estando, desde 13/06/2011, concluso para o Relator.

Assim, em tese, não seria viável o acolhimento da pretensão da contribuinte, reconhecendo a natureza indenizatória do Vale-Transporte, na forma que o STF decidiu, diante da não definitividade de tal decisão.

Entretanto, é de bom alvitre destacar que o Superior Tribunal de Justiça, que já vinha reconhecendo a natureza indenizatória da verba em questão, salvo quando concedida em pecúnia, vem reiterando sua conclusão, adotando, inclusive, o entendimento do STF, quando o pagamento se der em espécie, o que não seria capaz de desnaturar seu caráter indenizatório, como se observa dos recentes julgados com as seguintes ementas:

“TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GRATIFICAÇÃO NATALINA. CÁLCULO EM SEPARADO. LEGALIDADE. MATÉRIA PACIFICADA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (Resp 1.066.682/SP). **VALE-TRANSPORTE**. VALOR PAGO EM PECÚNIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A Primeira Seção, em recurso especial representativo de controvérsia, processado e julgado sob o regime do art. 543-C do CPC, proclamou o entendimento no sentido de ser legítimo o cálculo, em separado, da contribuição previdenciária sobre o 13º salário, a partir do início da vigência da Lei 8.620/93 (REsp 1.066.682/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Seção, DJe 1º/2/10)

2. O Superior Tribunal de Justiça reviu seu entendimento para, alinhando-se ao adotado pelo Supremo Tribunal Federal, firmar compreensão segundo a qual não incide contribuição previdenciária sobre o vale-transporte devido ao trabalhador, ainda que pago em pecúnia, tendo em vista sua natureza indenizatória.

3. Agravo regimental parcialmente provido.” (*Primeira Turma do STJ, AgRg no REsp 898932 / PR, Rel.: Ministro Arnaldo Esteves Lima – Dje 14/09/2011 – Unânime*) (grifamos)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VALE-TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE SUPERIOR

1. Com a decisão tomada pela Excelsa Corte, no RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau, em que se concluiu ser inconstitucional a incidência da contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, houve revisão da jurisprudência deste Tribunal Superior, a fim de se adequar ao precedente citado. Assim, não merece acolhida a pretensão da recorrente, de reconhecimento de que, "se pago em dinheiro o benefício do vale-transporte ao empregado, deve este valor ser incluído na base de cálculo das contribuições previdenciárias".

2. Precedentes da Primeira Seção: EREsp 816.829/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 25.3.2011; e AR 3.394/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Primeira Seção, DJe 22.9.2010.

3. Recurso especial não provido.” (*Segunda Turma do STJ - REsp 1257192 / SC, Rel.: Ministro Mauro Campbell Marques – Dje de 15/08/2001- Unânime*) (grifamos)

Partindo dessas premissas, inobstante ainda não ter ocorrido a definitividade da decisão do STF a propósito do tema, em face de oposição de Embargos de Declaração, além da remotíssima possibilidade de reforma do julgado, com acolhimento de efeitos infringentes ao recurso da Procuradoria, não podemos olvidar que o próprio Superior Tribunal de Justiça já vem acolhendo o entendimento do Pretório Excelso, não fazendo sentido a esta Corte Administrativa aguardar um simples formalismo processual, em detrimento ao entendimento dos dois Órgãos máximos do Poder Judiciário, sobretudo em face da economia processual, evitando demandas despiciendas no âmbito Judicial.

Mais a mais, a jurisprudência deste Colegiado é firme e mansa no sentido de acolher entendimentos já sedimentados no âmbito dos Tribunais Superiores, senão vejamos:

“NORMAS PROCESSUAIS. CONSTITUCIONALIDADE. A autoridade administrativa é competente para apreciar matéria constitucional. No entanto, a constitucionalidade das leis deve ser presumida e apenas quando pacífica a jurisprudência, consolidada pelo STF, será merecida consideração da esfera administrativa. Preliminar rejeitada. COFINS. Em Sessão plenária de 01.12.93, no julgamento de Ação Declaratória de Constitucionalidade, o STF, em decisão unânime, declarou constitucional a exigência da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social, criada pela Lei Complementar nº 70/91. Recurso negado.” (*3ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes, Processo nº 10880.041416/93-73, Acórdão nº 203-08023 – Rel.: Lina Maria Vieira*)

Encampando o entendimento acima, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF já se manifestou a respeito do tema, adotando

posicionamento consolidado na esfera Judicial, reconhecendo a natureza indenizatória das verbas pagas a título de Vale-Transporte, como segue:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 01/12/2006

VALE TRANSPORTE EM PECÚNIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. NÃO SE CARACTERIZA COMO SALÁRIO INDIRETO, DECRETO 95.247/87 EXTRAPOLOU O SEU CARÁTER DE REGULAMENTAR A LEI 7.418/85,

O pagamento de Vale Transporte em pecúnia, não é integrante da remuneração do segurado, pois nítido o seu caráter indenizatório, referendado esse entendimento, inclusive, pelo Supremo Tribunal Federal.

Ademais, a vedação quanto ao pagamento do vale transporte em pecúnia inserida em nosso Ordenamento Jurídico pelo Decreto n. 95247/87, é ilegal, pois extrapolou o seu poder de regulamentar a Lei n, 7.418/85.

Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Exonerado.” (1ª TO da 3ª Câmara da 2ª SJ do CARF, Processo nº 14041.001392/2008-18 – Acórdão nº 2301-01.476, Sessão de 08/06/2010) (grifamos)

Na esteira da jurisprudência uníssona dos Tribunais Superiores, uma vez reconhecida à natureza indenizatória do Vale Transporte, não se pode cogitar na incidência de contribuições previdenciárias sobre tais verbas, impondo seja excluído do crédito tributário referida rubrica.

Assim, considerando a súmula da AGU, entendo que não se faz necessário apreciar o mérito se o valor constituiria ou não remuneração, posto o entendimento de a própria verba encontrar-se, em sua totalidade excluída do conceito de salário de contribuição.

QUANTO AO FORNECIMENTO DE ALIMENTAÇÃO IN NATURA

Para decidir a questão em relação observa-se que existe o lançamento tanto da parcela paga em dinheiro, como da alimentação fornecida em cestas, mas ambas sem a devida inscrição no PAT.

O fato de manter o lançamento de despesas com alimentação fornecidas aos empregados in natura, pela simples ausência de inscrição no PAT, tem sido relevado ultimamente considerando os termos do Ato 03/2011 da PGFN.

Ao não apresentar a devida inscrição no PAT, deixou o recorrente de cumprir o disposto na legislação para excluir a verba da base de cálculo, razão pela qual a autoridade fiscal procedeu ao lançamento da contribuição devida. Assim, prevê a legislação:

A Lei nº 6.321/1976 em seu artigo 3º dispõe que “ não se inclui como salário de contribuição a parcela paga in natura, pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.”

Por sua vez o Decreto nº 05/1991 que regulamentou a Lei nº 6.321/1976, define com precisão como se dá a aprovação dos programas de alimentação pelo Ministério do Trabalho, conforme de verifica no § do art. 1º, in verbis:

“§ 4º Para os efeitos deste Decreto, entende-se como prévia aprovação pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, a apresentação de documento hábil a ser definido em Portaria dos Ministros do Trabalho e Previdência Social; da Economia, Fazenda e Planejamento e da Saúde”

Art. 4º Para a execução dos programas de alimentação do trabalhador, a pessoa jurídica beneficiária pode manter serviço próprio de refeições, distribuir alimentos e firmar convênio com entidades fornecedoras de alimentação coletiva, sociedades civis, sociedades comerciais e sociedades cooperativas. (alterado pelo Dec. 2.101, de 23.12.96)

Parágrafo único. A pessoa jurídica beneficiária será responsável por quaisquer irregularidades resultantes dos programas executados na forma deste artigo.

Portanto, enquanto a empresa não efetuar a apresentação do documento hábil, ao qual se refere o decreto encimado, não se pode dizer que seu programa de alimentação está aprovado pelo Ministério do Trabalho, para fins de não incidência da contribuição previdenciária.

Ao não apresentar a devida inscrição no PAT, deixou o recorrente de cumprir o disposto na legislação para excluir a verba da base de cálculo, razão pela qual a autoridade fiscal procedeu ao lançamento da contribuição devida.

Contudo, entendo que outra questão deve ser trazida a julgamento antes de apreciar o mérito da procedência da base de cálculo. Acredito que o lançamento ora sob enfoque, enquadra-se na exclusão prevista no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 03/2011, posto que a alimentação mencionada no dito Parecer se coaduna com a objeto desse lançamento descrito pelo julgador a quo, ou seja é “in natura”.

Tanto no relatório fiscal, como no julgamento de primeira instância, observamos que a empresa fornece, ou alimentação in natura, por meio da contabilização de refeições.

Neste ponto, embora entenda que a decisão de 1 instância encontra-se em perfeita consonância com os dispositivos legais, entendo deve ser aplicado para o julgamento da referida verba, qual seja a publicação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 03/2011, 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 n° 977.238/RS (DJ 29/11/2007).

Brasília, 20 de dezembro de 2011.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO

Procuradora-Geral da Fazenda Nacional

Já para o valor de alimentação pago em dinheiro não há como afastar o lançamento realizado, muito menos aplicar o referido parecer, vez que demonstrado pagamento em dinheiro.

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS

Apenas para ilustrar, em relação à cobrança das contribuições destinadas ao SEBRAE, segue ementa do entendimento firmado pelo TRF da 4ª Região:

Tributário – Contribuição ao Sebrae – Exigibilidade. 1. O adicional destinado ao Sebrae (Lei n° 8.029/90, na redação dada pela Lei n° 8.154/90) constitui simples majoração das alíquotas previstas no Decreto-Lei n° 2.318/86 (Senai, Senac, Sesi e Sesc), prescindível, portanto, sua instituição por lei complementar. 2. Prevê a Magna Carta tratamento mais favorável às micro e pequenas empresas para que seja promovido o progresso nacional. Para tanto submete à exação pessoas jurídicas que não tenham relação direta com o incentivo. 3. Precedente da 1ª Seção desta Corte (EAC n 2000.04.01.106990-9).

ACÓRDÃO: Vistos e relatados estes autos entre as partes acima indicadas, decide a Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Porto Alegre, 17 de junho de 2003. (TRF 4ª R – 2ª T – Ac. n° 2001.70.07.002018-3 – Rel. Dirceu de Almeida Soares – DJ 9.7.2003 – p. 274)

Em relação à cobrança do INCRA segue ementa do Recurso Especial n° 603267, publicado no DJ em 24/05/2004, cujo Relator foi o Ministro Teori Albino Zavascki:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PARA O FUNRURAL E PARA O INCRA (LEI 2.613/55). EMPRESA URBANA. EXIGIBILIDADE. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO STF. PRECEDENTES DO STJ. 1. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que não existe óbice a que sejam cobradas de empresa urbana as contribuições destinadas ao INCRA e ao FUNRURAL. 2. Recurso especial provido.

QUANTO A TAXA SELIC E MULTA IMPOSTA

Com relação à cobrança de juros está prevista em lei específica da previdência social, art. 34 da Lei n° 8.212/1991, abaixo transcrito, desse modo foi correta a aplicação do índice pela autarquia previdenciária:

Art.34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do

Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Artigo restabelecido, com nova redação dada e parágrafo único acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Parágrafo único. O percentual dos juros moratórios relativos aos meses de vencimentos ou pagamentos das contribuições corresponderá a um por cento.

Nesse sentido já se posicionou o STJ no Recurso Especial n.º 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996. (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em excesso de cobrança de juros, estando os valores descritos na NFLD, em consonância com o prescrito na legislação previdenciária.

Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF:

“É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.”

QUANTO A MULTA APLICADA

Quanto a multa aplicada no presente lançamento observou-se a prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96, a partir de 12/2008 ou quando mais benéficas no caso de infrações correlatas. Nas competências de 01 a 11/2008, foi aplicada a legislação anterior, com multa de mora de 24% (vinte e quatro por cento), e separadamente as multas previstas para o caso de descumprimento das obrigações acessórias vinculadas à declaração, pois, embora tenham fato

gerador antecedente à MP Nº 449/08, as declarações em GFIP foram retificadas, em infração à legislação, já em sua vigência. Na competência 12/2008 e 13/2008, os fatos já se deram em plena vigência das alterações supra referidas, aplicando-se diretamente a multa de ofício de 75%, igualmente nos termos do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

Ainda com relação a multa, conforme descrito nos itens 11, 12 e 15, os livros contábeis empresariais e as folhas de pagamento, solicitados através do TIPF, de 27/02/2012, não foram apresentados em meio digital, descumprindo a obrigação legal prevista nos artigos 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, da qual somente estão exclusas as empresas optantes pelo SIMPLES. Esta falta implica o agravamento da multa de ofício, conforme o disposto no inciso II do § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430/96, ao qual remete o art. 35-A da Lei nº 8.212/91. Por conseguinte, foi agravada a multa de ofício aplicada no lançamento das Contribuições Previdenciárias apuradas para as competências 12 e 13/2008, estando apenas estas sujeitas diretamente à nova legislação.

Quanto ao agravamento da multa, o dispositivo legal que devemos apreciar, para identificar a correta aplicação é o art. 44, § 2º da lei 9430.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a", pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c", com nova redação pela Lei nº 11.488, de 2007)

Observemos, que não procedeu a autoridade fiscal a aplicação de outro auto de infração relacionado a mesma conduta, qual seja, omitir documentos durante o procedimento fiscal. O dispositivo legal que autoriza o agravamento é claro, sempre que não atender o contribuinte, intimações, com vistas a melhor esclarecer a pratica adotada pela empresa no cumprimento da legislação tributária, procederá a autoridade fiscal ao agravamento da multa. Não estamos falando no presente caso de mera não apresentação de documento, que pode ser facilmente substituído por outro entregue pela empresa, mas sim, de não apresentação de qualquer outro documento fiscal, contábil, oportunizando ao fisco fácil acesso as bases de cálculo e fatos geradores decorrente do exercício de sua atividade.

Destaco, aqui trecho do acórdão n. 9202-002768 de relatoria da Dra. Maria Helena Cotta Cardozo, onde fica demonstrada a função do agravamento em questão:

- a) - com efeito, pode, por exemplo, emitir intimações para que o contribuinte apresente extratos bancários, como pode buscar tais informações diretamente junto às instituições financeiras;
- b) caso a fiscalização, por conta das circunstâncias do caso concreto, opte por busca-las diretamente com o contribuinte e, para tanto, expede as intimações pertinentes, não pode o contribuinte furtar-se em cumpri-las, **sob pena de sanção legal,**

- c) no caso em tela, a sanção está expressamente prevista no § 2º do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996;
- d) neste sentido, não podemos concordar com o entendimento do ilustre Relator que, grosso modo, admite o descumprimento de intimações fiscais, sem agravamento de multa, sempre que houver possibilidade de o fisco buscar os esclarecimentos pretendidos de outra forma.
- e) como se observa, a prosperar tal entendimento, isso aniquilaria todo o trabalho da fiscalização tributária, uma vez que as intimações passariam a ser meras solicitações, de cumprimento facultativo pelos contribuintes;

Conforme descrito no referido relatório, a multa originalmente prevista era a do art. 35 da Lei n.º 8.212/1991: No caso, a multa moratória é bem aplicável pelo não recolhimento em época própria das contribuições previdenciárias, já para o período posterior prevê a nova legislação a multa de ofício nos moldes como aplicada. Ademais, o art. 136 do CTN descreve que a responsabilidade pela infração independe da intenção do agente ou do responsável, e da natureza e extensão dos efeitos do ato, sendo que o fato de entender que a verba não constituiria salário de contribuição não é argumento válido para afastar a penalidade.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos do voto proferido.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso, para rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento; e no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir dos AIOP as contribuições incidentes sobre despesas com alimentação in natura (cestas básicas), bem como o valor transporte, nos termos do voto proferido.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.