



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

Processo n° 10830.008270/2009-96
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-004.105 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de agosto de 2014
Matéria Obrigação Acessória - GFIP
Recorrente ABSA AEROLINHAS BRASILEIRA S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

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

RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO

Não se conhece de matéria ventilada no recurso voluntário que não foi objeto de impugnação.

PRELIMINAR - NULIDADE DA AUTUAÇÃO

Não há que se falar em nulidade quando o Auto de Infração cumpre os requisitos exigidos pela legislação de regência

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. PROVA PERICIAL. NECESSIDADE DE CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 16 DO DECRETO 70.235/76

As diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito

ABONO ÚNICO PREVISTO EM CONVENÇÃO COLETIVA

O abono recebido em parcela única (sem habitualidade), previsto em convenção coletiva de trabalho, não integra a base de cálculo do salário contribuição.

DIVERGÊNCIAS GIFP E DIPJ.

Não demonstrado documentalmente que as divergências entre GFIP e DIPJ são decorrentes de custos que não integram a remuneração, é de se manter o lançamento.

MULTA. RETROATIVIDADE.

Incide na espécie a alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo a multa lançada

na presente autuação ser calculada nos termos do artigo 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação dada pela Lei 11.941/09

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em conhecer parcialmente do recurso, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para aplicar ao cálculo da multa o art. 32-A, da Lei 8.212/91, caso este seja mais benéfico à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Daniel Melo Mendes Bezerra e Marcelo Oliveira, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzindo-se as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, e que se utilize esse valor, caso seja mais benéfico à Recorrente; b) em excluir da autuação os valores referentes a abono, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Daniel Melo Mendes Bezerra e Marcelo Oliveira, que negavam provimento ao recurso nesta questão. O Conselheiro Mauro José Silva acompanhou a votação por suas conclusões.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (presidente da turma), Wilson Antonio de Souza Correa, Manoel Coelho Arruda Junior, Mauro José Silva, Daniel Melo Mendes Bezerra e Adriano Gonzales Silvério.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa ABSA AEROLINHAS BRASILEIRA S.A. em face da decisão que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada pelo contribuinte, para reconhecer a decadência dos créditos tributários referentes às competências de janeiro/2004 a junho/2004.

Narra o relatório fiscal que se constatou que, no período de 02/2004, 04/2004 e 05/2004, compuseram os proventos dos segurados empregados as rubricas 0571 – ABONO (CLAUS.CONVENÇÃO), 0575 – ABONO (CONVENÇÃO) RESC. COMPLE e 0576 – ABONO (CLAUS. CONV.), sem que integrassem a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Além disso, constatou-se que não foram incluídos na GFIP remunerações referentes a aluguéis, taxas de uso de condomínio e seguro residencial pagas ao segurado

Hernan Arturo Figueroa – CPF 214.358.038-09/NIT 12761374896, empregado da empresa exercendo o cargo intitulado ‘Diretor Executivo’.

Por fim, foi realizado levantamento que constatou divergência entre GFIP e DIPJ, no que diz respeito à DIPJ 2005, relativas ao ano calendário 2004, nos campos referentes a custo do pessoal aplicado na produção dos serviços, remuneração a dirigentes e a conselho de administração, bem como ordenados, salários, gratificações e outras remunerações a empregados. Não foram relacionados os segurados que receberam as remunerações apontadas neste levantamento, uma vez que a empresa deixou de apresentar os esclarecimentos necessários à fiscalização da Secretaria da Receita Federal do Brasil ensejando a lavratura do Auto de Infração – AI DEBCAD 37.235.992-2. Em decorrência as contribuições previdenciárias foram apuradas por aferição indireta.

O acórdão da primeira instância restou ementado nos termos que transcrevo abaixo:

“DECADÊNCIA.

É de cinco anos o prazo de que a seguridade social dispõe para constituir os seus créditos, contados, no caso de ter havido recolhimento parcial, da data do fato gerador.

ALEGAÇÃO. COMPROVAÇÃO.

As alegações desacompanhadas de documentos comprobatórios, quando esse for o meio pelo qual sejam provados os fatos alegados, não têm valor.” (f. 907)

Buscando a reforma da r. decisão, o contribuinte apresentou recurso voluntário aduzindo em síntese:

a) preliminarmente, a nulidade do auto de infração, tendo em vista que o relatório fiscal não possui elementos que possam justificar o elevado valor da multa aplicada, o que fere ao direito a ampla defesa e ao contraditório, bem como pelo fato da prova pericial requerida pelo contribuinte não ter sido realizada;

b) no mérito, alega que a moradia concedida ao Diretor da empresa jamais foi pelo trabalho deste, mas sim para o trabalho deste, eis que não possui residência na Comarca de Campinas;

c) por fim, o fato de constar na DIPJ valores diferentes dos que foram lançados na GFIP, por si só, não seria suficiente para justificar o lançamento tributário, pois a fiscalização tem o dever moral e jurídico de comprovar que o lançamento tributário corresponde a uma hipótese de incidência tributária legalmente válida;

Sem contrarrazões, os autos foram enviados para análise e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

Conhecimento

Conheço em parte o recurso, pois como bem aventado na decisão recorrida a impugnação não combateu o levantamento ACS – Aluguel, Condomínio e Seguro, não instaurando, assim, o contencioso na seara administrativa, a teor do que dispõe o artigo 14 do Decreto nº 70.235.

Preliminar – Nulidade

Segundo consta dos autos a fiscalização apurou contribuições previdências sobre valores pagos a título de abono, aluguel e outras despesas com diretor da empresa e divergências entre GFIP e DIRF, motivando as razões que levaram a crer tratarem-se de valores albergados pelo artigo 22, inciso I, da Lei 8.212/91.

Em suma o presente lançamento apurou o fato tributável dentro do que determina a legislação de regência, identificando o contribuinte e dando-lhe plena ciência da infração apurada.

O direito à ampla defesa e, ao contraditório, assegurado pela Constituição Federal, não foram maculados em razão do lançamento ter sido efetuado através do exame dos documentos de posse da notificada, por ela elaborados, o que lhe permite contradizer e defender-se sem qualquer restrição, eis que forçosamente, é de seu conhecimento os elementos oferecidos para exame.

Ademais, foram cumpridos todos os requisitos do artigo 11 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, *verbis*:

“Art. 11. 'A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterà obrigatoriamente:

I - a qualificação do notificado;

II - o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III - a disposição legal infringida, se for o caso;

IV - a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

“Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou,

*nó caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar;
(Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)*

*II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via,
com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo
sujeito passivo; (Redação dada pela Lei nº 9.532, de
10.12.1997)”*

Diante dessas considerações, rejeito a alegação de nulidade da autuação fiscal.

Quanto ao pedido de perícia, o Decreto nº 70.235/72 estabelece, em seu artigo 16, inciso IV, que:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

Assim, quando o sujeito passivo requer a perícia técnica deverá cumprir os requisitos acima elencados, ou seja, i) expor os motivos; ii) formular quesitos e iii) indicar a qualificação e endereço do seu perito. Caso contrário considerar-se-á como não formulado o pedido:

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

Verifico que os requisitos acima não foram atendidos, razão pela qual, acertadamente, a Turma julgadora *a quo* rejeitou o pedido.

Abono

No que diz respeito ao abono salarial, conforme documentos anexados ao processo principal (PA 10830.008271/2009-31 – fls. 305/331), trata-se de verba prevista em Convenção Coletiva de Trabalho.

A Convenção Coletiva firmada com o Sindicato dos Aeroviários do Estado de São Paulo e anexada a esses autos teve vigência no período de 2003 a 2005 e previu na Cláusula 2.1 um abono a ser pago no ano e 2004 em 3 parcelas, veja-se:

- a) O primeiro de 8% (oito por cento) em fevereiro de 2004;
- b) O segundo de 4% (quatro por cento) em abril de 2004 e;
- c) O terceiro de 4% (quatro por cento) em maio de 2004.

Trata-se, a meu ver, de abono único pago no ano de 2004, porém dividido em parcelas no decorrer daquele ano, o que atrai a jurisprudência cristalizada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ABONO ÚNICO. PREVISÃO NA CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. EVENTUALIDADE DA VERBA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS QUE COMPÕEM A PRIMEIRA SEÇÃO DO STJ. PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA. EXAME DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. *Jurisprudência do STJ, firmada no âmbito das duas Turmas que compõem a Primeira Seção, no sentido de que o abono recebido em parcela única (sem habitualidade), previsto em convenção coletiva de trabalho, não integra a base de cálculo do salário contribuição.*

2. *Precedentes: REsp 434.471/MG, DJ de 14/2/2005, REsp 819.552/BA, DJ de 4/2/2009, REsp 1.125.381/SP, DJ de 29/4/2010, REsp 1.062.787/RJ, DJ de 31/8/2010, REsp 1.155.095/RS, DJ de 21/6/2010.*

3. *Frise-se que a decisão agravada apenas interpretou a legislação infraconstitucional que rege a matéria controvertida dos autos (arts. 28, § 9º, da Lei 8.212/91 e 457, § 1º, da CLT), adotando-se, de forma conclusiva, a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal.*

4. *Evidenciado que o entendimento assumido não implicou na declaração de inconstitucionalidade dos dispositivos referenciados, pelo que é despicienda a observância da cláusula de reversa de plenário. No particular, pronunciamento do eminente Min. Teori Albino Zavascki, nos EDcls no REsp 819.552/BA, DJ de 26/8/2009: "(b) não há falar em instauração de incidente de inconstitucionalidade previsto no art. 97 da Constituição Federal, já que não se negou a constitucionalidade do art. 457, § 1º, da CLT, tampouco se afastou sua aplicação, em circunstâncias que demandariam juízo de inconstitucionalidade (súmula vinculante 10/STF). Em verdade, o que ocorreu foi a aplicação da legislação específica de regência (art. 28, § 9º, 'e', item 7, da Lei 8.212/91 e 15 da Lei 8.036/90).*

5. *É vedado a esta Corte, na via eleita, o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento.*

Precedentes.

6. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1235356/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/03/2011, DJe 25/03/2011)

Nesse sentido o Parecer PGFN /CRJ/N 2114 /2011:

“Tributário. Contribuição previdenciária. Abono único. Não incidência. Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça Aplicação da Lei n º 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto n º 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional autorizada a não

contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.”

Por essa razão, deve ser excluído do lançamento a rubrica ABN.

Divergências GIPF e DIPJ

A Recorrente afirma que as divergências entre GFIP e DIPJ decorrem de custos não relacionados com remuneração. Assim, apoiada em laudo contábil, afirma que se referem a gastos com hotel, comissão por serviço de tripulantes, alimentação, transporte, passagem aérea, uniformes pagos diretamente a fornecedor, etc.

Contudo, a Recorrente não demonstra documentalmente tais fatos e gastos, de modo que a mera alegação de não se tratarem de verbas sujeitas à contribuição previdenciária, não é suficiente para afastar a tributação de tais verbas, ante a ausência de prova documental.

Nesse quesito importante registrar como fora efetuado o procedimento fiscal, assim resumido no acórdão recorrido:

No caso tem tela, o auditor fiscal tão-somente considerou o declarado pela contribuinte em campos da DIPJ que devem ser preenchidos com valores referentes: (i) aos custos com mão-de-obra com vínculo empregatício aplicada diretamente na produção dos serviços — Ficha 05A/Linha 27; (ii) ao valor total da despesa incorrida relativa à remuneração mensal e fixa atribuída ao titular de firma individual, aos sócios, diretores e administradores de sociedades, ou aos representante legais de sociedades estrangeiras, as despesas incorridas com os salários indiretos concedidos pela empresa a administradores, diretores, gerentes e seus assessores e o valor referente às remunerações atribuídas aos membros do conselho fiscal ou consultivo — Ficha 05A/Linha 01; e (iii) ao valor das despesas com ordenados, salários, gratificações e outras despesas com empregados tais como: comissões, moradia, seguro de vida, contribuições pagas ao plano Pait, despesas com programa de previdência privada, contribuições para os Fundos de Aposentadoria Programada Individual (Fapi), e outras de caráter remuneratório). Todos esses valores devem compor o salário-de-contribuição para apuração das contribuições previdenciárias objeto do auto de infração.

Logo, não há nos autos elementos que possam infirmar os valores apurados nessa rubrica.

Retroatividade da multa – artigo 106 do CTN.

Em relação à multa há de se registrar que o dispositivo legal que lhe dá supedâneo foi alterado pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, merecendo verificar a questão relativa à retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Considerando que o artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional prevê que a legislação mais benéfica pode ser aplicada enquanto o ato não estiver definitivamente julgado, entendendo que a multa mais benéfica a ser aplicada ao caso concreto é aquela prevista no artigo 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212/91, *in verbis*:

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

Registro que incabível a multa prevista no artigo 35-A da Lei 8.212/91, uma vez que este dispositivo, ao fazer referência ao artigo 44 da Lei 9.430/61, restringe sua aplicação ao lançamento de créditos relativos às contribuições previdenciárias e não o descumprimento de obrigação acessória.

Tanto isso é verdade que o novel artigo 35-A acima mencionado faz referência “às contribuições referidas no art. 35 desta Lei”. Seguindo essa linha vemos que o artigo 35, ao tratar das contribuições faz nova remissão, agora às alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11 da Lei 8.212/91, o qual dispõe que constituem contribuições sociais as das empresas, as dos empregadores domésticos e as dos trabalhadores. Não há, portanto, permissão para que a multa do artigo 35-A seja lançada em decorrência do descumprimento de dever instrumental.

Ante o exposto, VOTO no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para excluir a rubrica ABN do lançamento e aplicar a multa prevista no artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, na redação conferida pela Lei nº 11.941/09.

Adriano Gonzales Silvério - Relator