



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

Processo nº 11080.722970/2010-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-002.523 – 3ª Turma Especial
Sessão de 17 de julho de 2013
Matéria SALÁRIO INDIRETO: AJUDA DE CUSTO
Recorrente ENDEREÇO CERTO - SERVIÇOS DE MARKETING, LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

AJUDA DE CUSTO. CARTÃO SALÁRIO.

A ajuda de custo referente a pagamento de “Cartão Salário”, mensalmente, sem a intenção de ressarcir despesas ou de reembolsar gastos feitos pelo empregado, integra o salário-de-contribuição, pois possui natureza salarial.

COMPETÊNCIA DA RECEITA FEDERAL PARA FISCALIZAR CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS E DE TERCEIROS.

A Lei 11.457, de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal, menciona a competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB de planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais, bem como, as atribuições do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB, que é estendida às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, nos termos do art. 2º, 3º e 9º da mencionada lei.

MULTA. RETROATIVIDADE. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Fica assegurada à empresa a aplicação, se mais benéfica, da multa prevista na legislação atual.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para aplicar a multa prevista no art. 35-A da Lei 8.212, de 1991,

com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009, que deve ser comparada à multa do lançamento, prevalecendo a 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, Eduardo de Oliveira, Gustavo Vettorato, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Fabio Pallaretti Calcini.

Relatório

DO LANÇAMENTO

ENDEREÇO CERTO - SERVIÇOS DE MARKETING, LOGÍSTICA E DISTRIBUIÇÃO LTDA teve lavrado contra si o Auto de Infração - AI em epígrafe, relativo ao lançamento de contribuições destinadas a outras entidades e fundos, no caso, ao Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação - FNDE (Salário-Educação), Instituto Nacional da Colonização e Reforma Agrária - INCRA, Serviço Social do Comércio - SESC e Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas - SEBRAE, incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas a segurados empregados, no período de janeiro de 2005 a março de 2005 e de agosto de 2005 a dezembro de 2007, inclusive gratificações natalinas de 2005 e 2006 (competências 13/2005 e 13/2006).

Consta do relatório fiscal que o lançamento se refere a valores pagos a segurados empregados a título de ajuda de custo. Os pagamentos não foram efetuados em parcela única, exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, mas sim “em todos os meses em valor fixo e reajustável, sem a intenção de ressarcir despesas ou de reembolsar gastos feitos pelo empregado”, adquirindo, assim, natureza salarial.

Os pagamentos foram verificados na contabilidade da empresa, nas contas de despesas operacionais, identificadas no Plano de Contas sob o título “Ajuda de Custo”, código 50255, referente a pagamentos de “Cartão Salário”, com valores contabilizados, que não foram informados nas folhas de pagamento, nem nas Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIPs.

A autoridade lançadora informa, ainda, que restou constatado que na folha de pagamento do décimo terceiro salário de 2006, competência 13/2006, foi informado somente a empregada Camila de Oliveira Fortes, admitida em 17 de setembro de 2001 e demitida em 29 de junho de 2006, que já havia recebido o décimo terceiro salário proporcional na rescisão em setembro de 2006, e que não consta GFIP apresentada para esta competência.

Assim sendo, a remuneração correspondente à competência 13/2006 foi apurada com base nas folhas de pagamento do ano de 2006, considerando-se apenas os empregados existentes em dezembro de 2006 e suas remunerações paga mensalmente, durante o ano de 2006, arbitrando-se o valor do décimo terceiro salário de cada trabalhador, na proporção de 1/12 para cada mês com remuneração no ano.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

O contribuinte foi cientificado da autuação fiscal, apresentando impugnação.

A decisão de primeira instância administrativa fiscal julgou o lançamento procedente.

O contribuinte foi cientificado da decisão em 07/05/2012, apresentando recurso voluntário em 01/06/2012, alegando em síntese:

- a nulidade da autuação por se tratar de matéria previdenciária e ter sido lavrado por fiscais da Receita Federal. A criação da super-receita se deu por medida provisória que perdeu a validade;

- não houve o correto processamento das informações sobre a alegada infração;

- foram violados os artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72;

- não foi possível verificar a base de cálculo utilizada e se o valor está correto ou não. Houve cerceamento de defesa e violação aos princípios constitucionais;

- a autuação deve ser de conformidade com a lei para que seja revestido de legalidade e produzir efeitos jurídicos. A não observância gera vício formal, nos termos do art. 59 do Decreto 70.235/72;

- o caráter indenizatório da ajuda de custo a título de vale-transporte e vale-refeição, devendo ser reformada a decisão recorrida;

- a multa aplicada é indevida. Postula a aplicação do art. 35 da Lei 8.212/91 na nova redação dada pela Lei 11.941/2009 para fazer jus à redução da multa. Deve ser aplicada a vedação ao confisco;

- por fim, requer a procedência do recurso voluntário e a reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso voluntário é tempestivo, pressuposto de admissibilidade cumprido, passa-se ao exame das questões suscitadas.

Consta do relatório fiscal e da decisão recorrida que a autuação fiscal se deu em razão de valores pagos a segurados empregados a título de ajuda de custo. Os pagamentos não foram efetuados em parcela única, mas sim “em todos os meses em valor fixo e reajustável, sem a intenção de ressarcir despesas ou de reembolsar gastos feitos pelo empregado”, adquirindo, assim, natureza salarial.

Foram verificados na contabilidade, contas de despesas operacionais, título “Ajuda de Custo”, código 50255, referente a pagamentos de “Cartão Salário”, que não foram informados nas folhas de pagamento, nem nas GFIPs.

Houve, ainda, lançamento do décimo terceiro salário de 2006, competência 13/2006, apurada com base nas folhas de pagamento, considerando-se apenas os empregados existentes em dezembro de 2006 e suas remunerações paga mensalmente, arbitrando-se o valor do salário de cada trabalhador, na proporção de 1/12 para cada mês com remuneração no ano.

Consta dos autos: a) demonstrativo contendo a data, número, código da conta (50225), valor, banco e histórico (pagamentos diversos) do lançamento contábil; b) comprovante de que não houve declaração da GFIP competência 13/2006 no sistema GFIP WEB da Receita Federal; c) demonstrativo, por competência, trabalhador e valor da remuneração, ano de 2006; d) demonstrativo do cálculo das contribuições do segurado.

Está cristalino que o lançamento fiscal se refere à ajuda de custo referente a pagamentos de “Cartão Salário”, mensalmente, sem a intenção de ressarcir despesas ou de reembolsar gastos feitos pelo empregado, adquirindo, assim, natureza salarial.

Não integram o salário-de-contribuição 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, nos termos do artigo 28, parágrafo 9º, alínea “g”, da Lei 8.212/91, redação dada pela Lei 9.528/97.

O recorrente menciona ter a verba caráter indenizatório de ajuda de custo a título de vale-transporte e vale-refeição. Entretanto, não prova nos autos suas afirmações.

O lançamento fiscal se presume legalmente constituído com fundamentação e prova.

A presunção de veracidade é *júris tantum* e o ônus da prova em contrário é do contribuinte, que deverá afastar a presunção. Se o contribuinte não rebate efetivamente os documentos apresentados pela fiscalização é dever do julgador considerá-los.

No mesmo sentido é a decisão do TRF1 no processo AC 200434000183227AC – Apelação Cível – 200434000183227, Relator Desembargador Federal Reynaldo Fonseca, Sétima Turma, fonte e-DJF1 DATA:26/10/2012 PAGINA:277:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO DE SENTENÇA. IMPOSTO DE RENDA. VERBAS INDENIZATÓRIAS. DEDEÇÃO, EM SEDE DE EXECUÇÃO, DOS VALORES JÁ RESTITUÍDOS POR OCASIÃO DO AJUSTE ANUAL. PRECLUSÃO E COISA JULGADA. PLANILHAS DE CÁLCULOS. POSSIBILIDADE. TAXA SELIC. CÁLCULOS DE EXECUÇÃO ELABORADOS POR CONTADOR JUDICIAL. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E DE VERACIDADE.

*(...). 4. De outra parte, segundo a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça, "as planilhas apresentadas pela FAZENDA PÚBLICA, ao expressar a situação do administrado perante o FISCO, se constituem em ato administrativo enunciativo, conforme ensinamento do Mestre Helly Lopes Meirelles, e têm aptidão para possuir os atributos imanescentes aos atos administrativos em geral. Frise-se, por oportuno, que para a incidência dos atributos, in casu, a **presunção** de veracidade, é irrelevante a classificação ou espécie do ato administrativo demonstrado no documento público. (...) Estabelecida a natureza do documento apresentado como ato administrativo, (...) dotado de **presunção** juris tantum de veracidade, se tem impositiva a inversão do ônus probatório para o contribuinte, que deverá afastar a **presunção**." Se "o contribuinte não rebate os documentos apresentados pela Fazenda Pública", é "impositivo ao julgador o aproveitamento total dos elementos apresentados. Precedente: REsp nº 1.095.153/DF, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJe de 19/12/2008." (AgRg no REsp 1098728/DF, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 11/03/2009). 5. No caso em foco, a parte embargada não rebateu, com documentos, as planilhas apresentadas. Logo, válidos são os elementos técnicos apresentados pela União, para fins de compensação. Ressalva do ponto de vista do Relator. 6. (...)*

Assim sendo, os argumentos do recorrente sem comprovação dos fatos não são suficientes para desconstituir a autuação fiscal fundamentada.

Destarte, não há que se falar na impossibilidade de verificação da base de cálculo utilizada e do valor da autuação.

Todos os atos da fiscalização foram cientificados ao contribuinte que teve prazo para contestá-los. Não houve contestação específica dos fatos e fundamentos trazidos pela fiscalização.

Consta dos autos o relatório de fundamentos legais. Assim, não houve cerceamento de defesa e violação aos princípios constitucionais, tampouco, houve violação ao art. 59 do Decreto 70.235/72. Não há que se falar em nulidade do lançamento em razão de vício formal.

Não há ofensa ao princípio da capacidade contributiva previsto no artigo 145, § 1º, da Constituição Federal, pois efetuado lançamento fiscal na forma da lei não pode ser considerado confiscatório, pois este juízo de admissibilidade já foi feito pelo poder legislativo

quando da sua aprovação. Cabe a autoridade administrativa aplicar as determinações legais e zelar pelo cumprimento da obrigação tributária, respeitando o princípio da legalidade.

A lei em vigor, cuja invalidade ou inconstitucionalidade não foi declarada, deve ser cumprida pela administração pública por força do ato vinculado. Não é possível, no âmbito administrativo, afastar aplicação de legislação nos termos do art. 26-A do Decreto 70.325/72, acrescentado pela MP 449/2008.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR-FISCAL

O Código Tributário Nacional – CTN, Lei 5.172, de 25 de Outubro de 1966, estabelece no art. 194 que a legislação tributária regulará a competência e os poderes das autoridades administrativas em matéria de fiscalização da sua aplicação.

A Lei 11.457, de 16 de março de 2007, que dispõe sobre a Administração Tributária Federal, menciona a competência da Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB de planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais, bem como, as atribuições do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil - AFRFB, que é estendida às contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, nos termos do art. 2º, 3º e 9º da mencionada lei.

Destarte, o Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil – AFRFB tem competência legal para efetuar lançamento fiscal relativos aos tributos federais e contribuições sociais.

Improcedente a argumentação do contribuinte quanto à inabilitação do Auditor-Fiscal para lançar auto de infração. Ademais, as atribuições de competência da RFB para fiscalizar, arrecadar e cobrar estão mencionadas no relatório Fundamentos Legais do Débito.

A Lei 8.212/91, também, estabelece a competência da RFB e menciona sua prerrogativa, por intermédio dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil, de exame da contabilidade das empresas, ficando obrigados a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitadas o segurado e os terceiros responsáveis pelo recolhimento das contribuições previdenciárias e das contribuições devidas a outras entidades e fundos.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a RFB pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida. Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário, nos termos do art. 33, §§ 1º a 8º da Lei 8.212/91.

Assim, não há que falar em nulidade da autuação por incompetência da fiscalização da Receita Federal para fiscalização de contribuições previdenciária e na invalidade da lei.

A fiscalização efetuou, comprovou, fundamentou os procedimentos atinentes à autuação fiscal, como se pode notar dos autos em epígrafe.

A autuação fiscal foi lavrada por autoridade fiscal competente com atribuições definidas pelo órgão competente, nos termos dos artigos 10 e 11 do Decreto 70.235/72.

Diante dos fatos, correta a decisão recorrida que julgou a autuação fiscal procedente.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação nos termos do art. 150 do CTN. Corrobora com o entendimento o Superior Tribunal de Justiça - STJ, REsp 289181/MG.

A multa aplicada pela Lei 8.212/91, na redação introduzida pela Lei 11.941/2009, estabelece a distinção entre multa de mora (art. 35) e a multa de ofício (art. 35-A). Suas aplicações devem seguir formas distintas, aplicando-se para a multa de mora o art. 61 da Lei 9.430/96, e para a multa de ofício o art. 44 da Lei 9.430/96. Este entendimento, também, é corroborado pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ no Processo - AGRESP 200601560547.

A multa de mora, art. 35 da Lei 8.212/91, deve ser aplicada para pagamento fora do prazo previsto na legislação e será calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento por dia de atraso limitada a 20% (vinte por cento), nos termos do art. 61 da Lei 9.430/96.

A multa de ofício, art. 35-A da Lei 8.212/91, deve ser aplicada nos termos do art. 44 da Lei 9.430/96 (I - 75% sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; II - 50%, exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal). O lançamento de ofício está previsto no art. 149 do CTN:

Outrossim, o Supremo Tribunal Federal – STF fixou entendimento no sentido de que as cominações impostas por meio de lançamento de ofício decorrem do fato de omissão na declaração e recolhimento intempestivos da contribuição, nos termos do Processo -RE-AgR 241087. O julgado é acompanhado pelo STJ, REsp 330519/RS, e Tribunais Federais - TRF-3ª Região, AC 94.03.010836-3/SP, e TRF-1ª Região, AC 1997.01.00.047531-2/DF; que compreendem que deve ser efetuado o lançamento de ofício quando constatada diferença a menor, ou inexistência de pagamento, ou irregularidades na declaração de tributos sujeitos a lançamento por homologação (omissão ou inexatidão).

As alterações trazidas pela Lei 8.212/91 quanto à aplicação da multa devem ser observadas no caso objeto de análise, buscando o disposto nos artigos 106, inciso II, e 112, ambos do CTN, no sentido de se analisar e aplicar a norma que for mais benéfica ao contribuinte.

A análise será realizada pela comparação entre os valores das multas aplicadas por descumprimento de obrigação principal, conforme o art. 35 da Lei 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei 11.941, de 2009; por descumprimento de obrigações acessórias, conforme §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei 11.941, de 2009; e por multa de ofício calculada na forma do art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, acrescido pela Lei 11.941, de 2009.

Ante ao exposto, por se tratar de valores não declarados em GFIP (omissão na declaração) e de diferenças não recolhidas na época própria (recolhimento intempestivo da contribuição), refere-se a lançamento de ofício.

Assim, a multa a ser aplicada será a do art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009, que deve ser comparada à multa do lançamento, prevalecendo a mais favorável ao contribuinte.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 114, todos do CTN, com período apurado, discriminação dos fatos geradores por intermédio do Relatório Fiscal - REFISC; com Discriminativo do Débito - DD; as Instruções para o Contribuinte – IPC; os Fundamentos Legais do Débito – FLD; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante; e demais informações constantes dos autos, consoante artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto em dar provimento parcial ao recurso para aplicar a multa prevista no art. 35-A da Lei 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 11.941, de 2009, que deve ser comparada à multa do lançamento, prevalecendo a mais favorável ao contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima