



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

Processo nº 12045.000484/2007-34
Recurso nº 149.724 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.871 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de junho de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Recorrente PROJEL PLANEJAMENTO ORGANIZAÇÃO E PESQUISAS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/03/2006

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/03/2006

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/03/2006

SALÁRIO INDIRETO - AJUDA DE CUSTO EM DESACORDO

Integram o salário de contribuição os valores pagos a título de ajuda de custo que não se enquadrem na norma isentiva

PLANO DE SAÚDE - BENEFÍCIO OFERECIDO DE FORMA DIFERENCIADA - IMPOSSIBILIDADE - INCIDÊNCIA

Incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de plano de saúde disponibilizado de forma diferenciada de tal sorte a promover a discriminação entre empregados e dirigentes

ESTÁGIO - DESCARACTERIZAÇÃO - NÃO DEMONSTRADA

Para que se desconsidere o vínculo de estágio existente entre a empresa e o estagiário para caracterizá-lo como segurado empregado, é necessário que reste demonstrado que o estágio não era desenvolvido de acordo com os dispositivos legais que regem a matéria.

CONTRIBUENTES INDIVIDUAIS

A empresa é obrigada a efetuar o recolhimento das contribuições de sua responsabilidade incidentes sobre os valores pagos a contribuintes individuais que lhe prestem serviços.

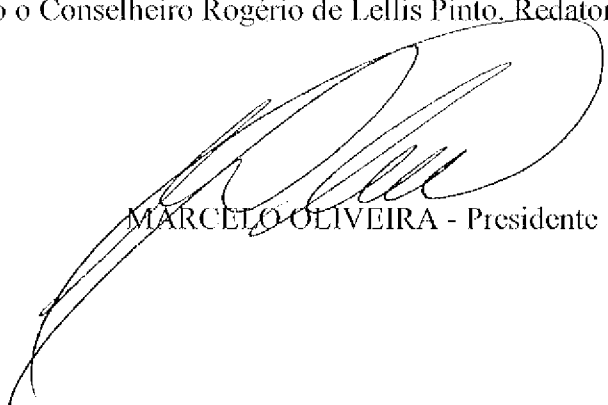
SALÁRIO INDIRETO - PAGAMENTO DE QUILOMETRAGEM - RESSARCIMENTO DE DESPESAS NÃO COMPROVADAS

Não se afasta a incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de reembolso de quilometragem rodada, cujo efetivo gasto, por parte do empregado, não restou comprovado.

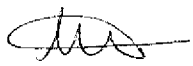
RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, 1) Por maioria de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir do lançamento, devido à decadência, as contribuições apuradas até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, pela regra expressa no I, Art. 173, do CTN, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto, que votou pela aplicação do § 4º, Art. 150, do CTN; b) nas preliminares, reconhecer a existência de vício na descaracterização dos estagiários, na forma do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério Lellis de Pinto; c) nas preliminares, em reconhecer o vício na descaracterização dos estagiários como material, na forma do voto do redator designado. Vencida a Conselheira Ana Maria Bandeira; e d) no mérito, em negar provimento por maioria, na forma do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto. Redator designado Ronaldo de Lima Macedo.


MARCELO OLIVEIRA - Presidente


ANA-MARIA BANDEIRA – Relatora


RONALDO DE LIMA MACEDO – Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado e Ronaldo de Lima Macedo.



Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 1028/1036 – Vol IV a ausência de informação em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social de fatos geradores das contribuições apuradas na presente NFID, até a competências setembro/2000, se configurou, em tese, a prática do crime previsto no art. 95, alíneas “a” e “b” da Lei nº 8.212/1991, o que seria objeto para Representação Fiscal para Fins Penais a ser encaminhada à autoridade competente.

Para os fatos geradores ocorridos a partir da competência outubro/2000, a mesma ausência de informação em GFIP caracterizou, em tese, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, consoante o art. 337-A do Código Penal, razão pela qual também seria objeto de Representação Fiscal para Fins Penais.

Os fatos geradores que ensejaram o presente lançamento são:

Valores pagos aos empregados pela utilização de veículos de sua propriedade na prestação de serviços.

A notificada firmou contratos de prestação de serviços com empresas estatais de saneamento que tiveram como objeto os serviços de leitura de hidrômetros, corte e restabelecimento de fornecimento de água, visita técnica, entrega de notas fiscais, faturas e outros documentos nas localidades atendidas pela empresa de saneamento.

No desempenho destas atividades, os empregados da PROJEL utilizavam veículos próprios, bicicletas, motos e carros, mediante pagamento de valores a título de locação desses veículos.

Valores pagos aos empregados a título de ajuda de custo

A PROJEL pagou ajuda de custo para custear despesas de deslocamento, não se tratando da verba indenizatória do art. 470 da CLT que se refere à ajuda de custo paga pela mudança do local de trabalho.

Salário indireto sob a forma de plano de saúde

A PROJEL forneceu a sócio-administrador, a empregados do escritório administrativo da matriz e empregados cedidos a contratantes que tivessem firmado contrato com cláusula prevendo o benefício, plano de saúde da Unimed Sergipe – Cooperativa de Trabalho Médico.

Como o benefício não foi estendido a todos os empregados, os valores foram considerados integrantes do salário de contribuição para os empregados e pró-labore para o administrador.

Em razão da PROJEL não ter apresentado as listagens mensais de todos os beneficiários, o valor foi arbitrado, conforme explicitado no Relatório Fiscal.

Valores pagos a empregados, erroneamente considerados como estagiários

A PROJEL firmou contrato com o Município de Canoas/RS e com o Distrito Federal, para atualização do cadastro técnico municipal e o cadastramento de usuários do cartão do SUS – Sistema Único de Saúde.

Para dar cumprimento ao contrato, foram alocados obreiros na condição de estagiários, sendo que os mesmos atuaram da atividade fim da PROJEL, prestando serviços sem o caráter de aprendizagem, o que desvirtua o contrato de estágio.

A auditoria fiscal juntou aos autos cópias de contratos e notas fiscais emitidas, bem como folhas de pagamento dos tomadores de serviços.

Valores pagos a segurados contribuintes individuais autônomos.

A auditoria fiscal verificou na contabilidade pagamentos efetuados a diversos segurados contribuintes individuais cujas contribuições correspondentes não foram recolhidas.

Valores pagos a empregados da PROJEL a título de quilometragem

A PROJEL efetuou pagamentos a empregados que atuaram como promotores de vendas da empresa contratante TELEBAHIA – Telecomunicações da Bahia S/A a título de quilometragem.

Tais despesas não foram comprovadas, o que levou a considerar tais valores como salário de contribuição.

Valores pagos a cooperativas de trabalho

A PROJEL efetuou pagamentos à COOPENINF – Cooperativa dos Profissionais Autônomos Ltda e à Unimed Sergipe Cooperativa de Trabalho Médico e não efetuou os recolhimentos devidos.

Glosas de Salário-Família

Em razão dos salários indiretos não considerados pela notificada, a auditoria fiscal apurou, ao computá-los, que alguns empregados ultrapassaram os valores limites para pagamento de salário-família, razão pela qual os referidos pagamentos foram glosados.

A notificada apresentou defesa (fls. 1040/1152 – Vol IV) onde apresenta preliminar de nulidade pela inconsistência das informações levantadas em face da consideração de arquivos eletrônicos não exigidos por lei. Afirma que o agente autuante não se preocupou em perquirir a verdade dos fatos, confrontando os valores lançados em meio magnético com os livros, folha de pagamento e outros documentos do meio físico.

Alega que sequer era obrigada a manter os referidos documentos em meio eletrônico, eis que tal obrigação somente surgiu com o advento da Lei nº 10.666/2003.

Também apresenta preliminar de nulidade consubstanciada na alegação de ausência de clareza com supressão do direito à ampla defesa e ao contraditório.

Como questão de mérito, a notificada alega que houve decadência do direito de constituição de parte do lançamento.

Afirma que houve homologação expressa de período fiscalização anteriormente, uma vez que em 1999 foi lavrado um auto de infração contra a notificada.

Tece considerações a respeito da improcedência das diversas bases de cálculo consideradas pela fiscalização e alega ser indevida a glosa de salário família.

Alega ilegalidade e inconstitucionalidade das contribuições exigidas, quais sejam, a contribuição do Seguro Acidente do Trabalho – SAT, cujo enquadramento no grau de risco não poderia ter sido efetuado pelo Executivo, as contribuições destinadas ao INCRA e ao SEBRAE e a contribuição relativa ao Salário-Educação.

Considera que a multa aplicada tem caráter confiscatório o que seria uma afronta às garantias constitucionais.

De igual sorte, entende não ser possível a utilização da taxa SHLIC como juros moratórios e afirma ser possível a aplicação da norma constitucional em detrimento da inconstitucional.

Entende descabida a imputação de suposto crime de sonegação fiscal.

Pela Decisão-Notificação nº 22.401.4/0019/2007 (fls. 1520/1555 – Vol VI, o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 1561/1564 – Vol VI) onde mantém as alegações apresentadas na defesa.

Não foram apresentadas contra-razões.

Posteriormente, a notificada apresenta manifestação reforçando o entendimento de que parte do lançamento estaria fulminado pela decadência.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de cerceamento de defesa consubstanciada na alegação de inconsistência das informações levantadas em face da consideração apenas de arquivos eletrônicos apresentados por mera liberalidade pela recorrente, bem como pela falta de clareza do lançamento.

Não confiro razão à recorrente.

Muito embora a obrigatoriedade na apresentação de dados em meio magnético só tenha ocorrido com a edição da Lei nº 10.666/2003, nada obsta que a auditoria fiscal possa fazer uso desse tipo de informação em período anterior se a empresa assim apresentar.

A alegação da recorrente leva a inferir que a mesma considera que seus arquivos magnéticos não continham dados correspondentes a realidade da empresa, daí a necessidade de alegada busca de verdade material por parte da auditoria fiscal.

Da leitura do Relatório Fiscal juntamente com a análise da documentação juntada por cópia pela autoridade lançadora é possível concluir que a alegação da recorrente não procede.

O Relatório Fiscal é claro no sentido de que os valores foram apurados com base em suporte documental não se restringindo aos arquivos magnéticos, conforme alegou a recorrente, haja vista a quantidade de documentos cujas cópias foram anexadas aos autos.

Ademais, a ação fiscal em questão teve a cobertura contábil com a verificação de Livro Diário até 12/2005, situação em que sejam as folhas de pagamento e outros documentos apresentado em meio papel ou digital, houve a comprovação da veracidade das informações contidas nos mesmos por meio do confronto com os lançamentos contábeis.

Assim, pode-se concluir que o fato da recorrente haver apresentado documentos em meio magnético não desqualifica o lançamento efetuado, sobretudo se considerarmos que a tendência atual é que os documentos em meio magnético sejam cada vez mais utilizados haja vista a própria iniciativa da Secretaria da Receita Federal do Brasil que instituiu a Portaria nº 259 de 13 de março de 2006 que dispõe sobre a prática de atos e termos processuais, de forma eletrônica, no âmbito daquela Secretaria.

Tampouco se pode dizer que não há clareza no lançamento. O Relatório Fiscal é claro ao relacionar os fatos geradores das contribuições lançadas e as razões que levaram a considerá-los como tal.

Portanto, rejeito a preliminar de cerceamento de defesa apresentada.

Quanto à preliminar de decadência, entendo que assiste razão à recorrente.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991, que trata da decadência das contribuições previdenciárias da seguinte forma:

"Art. 45. O direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído,

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, a constituição de crédito anteriormente efetuada."

A constitucionalidade do dispositivo encimado sempre foi objeto de questionamento, seja no âmbito administrativo, como no caso em tela, seja no âmbito judicial.

Em sede do contencioso administrativo fiscal, em obediência ao princípio da legalidade e, considerando que o art. 45 da Lei nº 8.212/1991 encontra-se vigente no ordenamento jurídico pátrio, as alegações a respeito da constitucionalidade do citado artigo não eram acolhidas.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Em decisão unânime, o entendimento dos ministros foi no sentido de que o artigo 146, III, 'b' da Constituição Federal, afirma que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

Súmula Vinculante 8 *"São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário"*

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, caput, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

"Art. 103-A. *O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei (g n)."*

Da leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **01/1997 a 03/2006** e o lançamento foi efetuado em **22/11/2006**, data da intimação do sujeito passivo.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado,

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Códex Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Entretanto, tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de

cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

"TRIBUTÁRIO EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS 173, I, E 150, § 4º, DO CTN

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual 'o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados: I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado'

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

"TRIBUTÁRIO EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.

DECADÊNCIA PRAZO QUINQUÊNAL. MANDADO DE SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.

SUSPENSÃO DO PRAZO IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento de contribuições incidentes sobre fatos geradores não reconhecidos pela recorrente e para os quais a mesma não efetuou qualquer pagamento. Nesse sentido, aplica-se o inciso I do art. 173 do CTN. Como o lançamento se deu em 11/2006, estariam alcançadas pela decadência as contribuições correspondentes aos fatos geradores ocorridos até 11/2000, lembrando que para a competência 12/2000, cujo vencimento ocorreu em janeiro de 2001, o prazo decadencial começa a fluir a partir de janeiro de 2002, não estando, portanto, decadente.

Afasto também a alegação de que o crédito estaria extinto por ocorrência de fiscalização anterior.

Cumprir informar que conforme informado pelo julgador de primeira instância, foi efetuado procedimento fiscal em filial da recorrente compreendendo o período de 06/1995 a 10/1999 e que resultou na lavratura de um auto de infração.

De qualquer forma, o argumento acima perde a relevância em razão do reconhecimento da ocorrência de decadência do direito de constituição das contribuições relativas ao período compreendido na ação fiscal anterior.

Quanto ao mérito, a recorrente alega o caráter indenizatório das verbas pagas e afirma que as mesmas não integram o salário de contribuição.

Pelo Princípio da Legalidade, a autoridade administrativa deve exercer suas funções dentro do que a lei prescrever, portanto, os atos administrativos não podem ser objeto de casualidade ou de opções subjetivas, mas devem se encontrar conformados com a lei.

É o Princípio da Legalidade que permite à autoridade administrativa rever seus próprios atos, inclusive o lançamento tributário, para examinar a conformidade dos mesmos com a lei.

Com o objetivo de evitar toda sorte de interpretações, por parte da administração e dos administrados, a respeito da incidência ou não da contribuição previdenciária sobre determinada verba paga, a lei veio definir expressamente quais os pagamentos não integrariam o salário de contribuição. Tal definição encontra-se disposta no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91.

O cuidado do legislador se fez necessário pois seria temerário submeter à análise discricionária do contribuinte, ou mesmo da autoridade administrativa, a possibilidade de afastar ou não a incidência da contribuição previdenciária.

A fim de reforçar o entendimento de que o propósito do legislador foi de restringir à lei todas as hipóteses de não incidência de contribuição, a Medida Provisória nº 1.596-14, de 10/11/97, posteriormente convertida na Lei nº 9.528/97, introduziu o termo "exclusivamente" ao § 9º da Lei nº 8.212/91, que elenca as verbas que não integram o salário-de-contribuição.

Com o reconhecimento da decadência, foi totalmente abrangido pela mesma parte do lançamento correspondente às contribuições incidentes sobre os valores pagos aos empregados a título de aluguel de seus veículos, para que utilizassem os mesmos no desempenho de suas atividades.

Por essa razão, as questões relativas a tais contribuições não serão argüidas.

No que tange aos valores pagos a título de ajuda de custo, a recorrente afirma que os mesmos possuem natureza indenizatória.

Não confiro razão à recorrente.

O caput do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 dispõe integram o salário de contribuição os valores pagos ao empregados, a qualquer título, inclusive sob a forma de utilidades.

No entanto, o § 9º do mesmo artigo, exclui diversos tipos de pagamento do rol de verbas integrantes do salário de contribuição.

Quanto à ajuda de custo, a aliena "g" do citado parágrafo dispõe que 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.

Como se vê, a ajuda de custo paga pela recorrente não se enquadra na modalidade considerada pela legislação como de não incidência de contribuição previdenciária, uma vez que é paga com habitualidade e não está relacionada à mudança de local de trabalho.

Por essa razão, o lançamento das contribuições incidentes sobre os valores pagos a título de ajuda de custo deve prevalecer.

Foram considerandos integrantes do salário de contribuição, os valores de planos de saúde que não foram fornecidos pela empresa à totalidade dos empregados.

A recorrente afirma que ofereceu o plano à totalidade dos empregados, porém nem todos aceitaram. Tal alegação não me parece verossímil e não se comprova.

O que a auditoria fiscal afirmou é que a recorrente fornece o plano de saúde a sócio e seus familiares (elencados à folha 559), a empregados da administração e empregados que desenvolvem suas atividades junta a tomadores de serviços da recorrente, quando previsto o benefício no contrato firmado.

O dispositivo que afasta a incidência de contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de plano de saúde é o seguinte:

Lei nº 8.212/1991

Art. 28 ()

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

g) 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;

Se o benefício não é fornecido à totalidade dos empregados e dirigentes, os valores pagos integram o salário de contribuição.

Quanto à descaracterização do estágio efetuado pela auditoria fiscal, cumpre dizer que de fato a alínea “i” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, dispõe que 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, não integra o salário de contribuição.

Embora a auditoria fiscal tenha juntado os contratos firmados com as tomadoras de serviços para as quais houve a prestação dos serviços dos estagiários, entendo que para descaracterizar o estágio realizado, haveria necessidade de restar demonstrado de forma cabal que os estagiários não estariam desenvolvendo atividades relacionadas ao aprendizado.

A contratação dos estagiários se deu por intervenção de instituição de ensino conforme dispõe a Lei nº 6.494/1977 e não há qualquer informação, ainda que por amostragem, de estagiários contratados para atuarem em determinada atividade e que estivessem atuando em outra.

Não se está afirmando que os estagiários prestaram serviços de acordo com a lei, pode até ser que não, mas não há provas nos autos suficientes para descaracterizar o vínculo como fez a auditoria fiscal.

Nesse sentido, entendo que o lançamento correspondente às contribuições incidentes sobre as bolsas de estágio não pode prevalecer.

A auditoria fiscal lançou as contribuições incidentes sobre valores pagos a contribuintes individuais apurados na contabilidade.

Como único argumento a recorrente alega que a auditoria fiscal cometeu equívoco ao não mencionar a conta contábil de onde foram retirados os valores pagos aos contribuintes individuais e que tal fato prejudicou seu direito de defesa.

Conforme esclarecido na decisão de primeira instância, embora não houvesse a menção da conta no Relatório Fiscal, os documentos juntados aos autos, como cópias do Livro Razão, notas fiscais avulsas e Recibos de Pagamento a Autônomos, permitiram à recorrente saber a origem dos fatos geradores.

Assim, não vislumbro qualquer cerceamento de defesa.

Relativamente aos valores lançados que tiveram como base de cálculo os valores pagos a título de desembolso de quilometragem, a recorrente alega que os valores pagos a título de despesas com quilometragem não se destinaram a retribuir o trabalho, pois se trata de ressarcimento de despesas.

De fato, o § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, alínea “s” estabelece que não integram o salário de contribuição os valores pagos a título de reembolso de despesas com uso de veículo próprio, porém na condição de que haja a demonstração das despesas ocorridas.

Ocorre que a recorrente, embora discuta o caráter indenizatório dos valores pagos não juntou aos autos a comprovação de que tais empregados efetivamente suportaram o ônus do gasto de combustíveis e outros que ensejaram o ressarcimento.

Assim, o lançamento deve prevalecer.

Quanto aos pagamentos efetuados a cooperativas de trabalho, vale esclarecer que aqueles efetuados à Unimed Sergipe encontram-se incluídos em sua totalidade em período decadencial.

No entanto, a recorrente apresenta como argumento a discussão da constitucionalidade dos dispositivos legais que tratam da matéria.

De igual forma questiona a legalidade e constitucionalidade da contribuição do Seguro Acidente do Trabalho - SAT, cujo enquadramento no grau de risco não poderia ter sido efetuado pelo Executivo, as contribuições destinadas ao INCRA e ao SEBRAE e a contribuição relativa ao Salário-Educação.

Também considera que a multa aplicada tem caráter confiscatório o que seria uma afronta às garantias constitucionais e que não seria possível a utilização da taxa SELIC como juros moratórios.

Afirma, ainda, ser possível a aplicação da norma constitucional em detrimento da inconstitucional.

Quanto à tal inconformismo, cumpre dizer que a recorrente manifesta-se perante o órgão errado.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la.

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo

Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica



presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível nº 220 155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21) (g n.)

Ademais, tal questão foi sumulada pelo então do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Quanto à glosa de salário família efetuada, a mesma deve prevalecer, uma vez que prevaleceu o lançamento das contribuições incidentes sobre valores pagos a título de salário indireto, o qual levou ao recálculo do limite para o recebimento do salário família.

A notificada demonstra irresignação quanto à descabida imputação de suposto crime de sonegação fiscal.

Vale ressaltar que a auditoria fiscal não imputou à recorrente crime algum, pois não tem competência para tal.

O que ocorreu foi que a auditoria fiscal tão somente agiu de acordo com o estrito dever funcional, uma vez que tomou ciência da ocorrência, em tese, de crime de sonegação e informou à autoridade competente para que esta tomasse as providências que entendesse cabíveis.

Também não cabe nesta instância administrativa discutir a ocorrência ou não de crime, devendo a recorrente apresentar suas alegações perante o órgão competente para a apuração do ilícito.

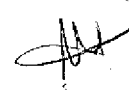
Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto o sentido de **CONHECER** do recurso, **REJEITAR PRELIMINARES SUSCITADAS** e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para excluir do presente lançamento as contribuições relativas aos fatos geradores ocorrido até 11/2000 em razão da decadência verificada, bem como excluir do lançamento, por vício formal, as contribuições relativas à descaracterização de estágio efetuada pela auditoria fiscal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 9 de junho de 2010


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora



Voto Vencedor

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Redator Designado

Com as devidas vênias, divirjo do entendimento da ilustre relatora no que tange ao vício formal constatado na anulação do lançamento fiscal, referente aos valores apurados em decorrência da remuneração da prestação dos serviços dos estagiários, e digo porque.

Entendo que o vício formal diz respeito ao fato que não questiona a existência do crédito tributário lançado, mas sim o modo como foi constituído, se o fisco respeitou o devido processo legal tributário para sua consecução.

Quanto à descaracterização do estágio efetuado pela auditoria fiscal, cumpre dizer que de fato a alínea “I” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 dispõe que a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494/1977 não integra o salário de contribuição.

Para descaracterizar o estágio realizado, constata-se que, embora a auditoria fiscal tenha juntado os contratos firmados com as tomadoras de serviços para as quais houve a prestação dos serviços dos estagiários, haveria necessidade da demonstração de forma cabal que os estagiários não estariam desenvolvendo atividades relacionadas ao aprendizado.

A contratação dos estagiários se deu por interveniência de instituição de ensino conforme dispõe a Lei nº 6.494/1977 e não há qualquer informação, ainda que por amostragem, de estagiários contratados para atuarem em determinada atividade e que estivessem atuando em outra.

Não se está afirmando que os estagiários prestaram serviços de acordo com a lei, pode até ser que não, mas não há provas nos autos suficientes para descaracterizar o vínculo como fez a auditoria fiscal.

Diante disso, percebe-se que o vício constatado é material, pois a auditoria fiscal não demonstrou uma correspondência legal entre a situação concreta do fato gerador e a sua hipótese de incidência prevista no art. 28, § 9º, alínea “I”, da Lei nº 8.212/1991, não materializando se as remunerações foram pagas em desacordo com a Lei nº 6.494/1977, conforme estabelece o art. 142 do CTN, que assim dispõe:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Logo, a auditoria fiscal não produziu elementos probatórios suficientes para ensejar a descaracterização do serviço prestado pelos estagiários, já que estes poderiam estar desenvolvendo atividades relacionadas ao aprendizado nos termos da Lei nº 6.494/1977.

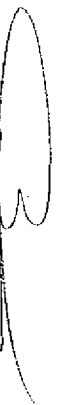
Quanto aos demais pontos abordados pela ilustre Relatora, no que não colidem com a motivação supramencionada, alio-me às suas razões de decidir, tornando-as parte integrante deste voto.

Voto o sentido de **CONHECER** do recurso, **REJEITAR PRELIMINARES SUSCITADAS** e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para excluir do presente lançamento as contribuições relativas aos fatos geradores ocorrido até 11/2000 em razão da decadência verificada, bem como excluir do lançamento, por vício material, as contribuições relativas à descaracterização de estágio efetuada pela auditoria fiscal.

Sala das Sessões, em 9 de junho de 2010



RONALDO DE LIMA MACEDO - Redator Designado





MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 12045.000484/2007-34

Recurso nº: 149.724

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2402-00.871

Brasília, 09 de agosto de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional