



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 13971.004768/2008-82
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-007.223 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 02 de setembro de 2020
Recorrente TAPAJÓS TÊXTIL LTDA.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2007

NULIDADE. DECISÃO DRJ. INEXISTÊNCIA.

Havendo a decisão de primeiro grau enfrentando todas as argumentações recursais, de maneira fundamentada, não há falar em nulidade por omissão.

NULIDADE. LANÇAMENTO. INEXISTÊNCIA.

Estando devidamente circunstanciadas no lançamento fiscal as razões de fato e de direito que o amparam, e não verificado cerceamento de defesa, carecem motivos para decretação de sua nulidade.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COOPERATIVA DE TRABALHO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

O art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, que prevê a incidência de contribuição previdenciária nos serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho foi julgado inconstitucional, por unanimidade de votos, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, nos autos do RE nº 595.838/SP, com repercussão geral reconhecida.

AUXÍLIO-CRECHE. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. COMPROVAÇÃO DE DESPESAS.

Sobre o pagamento efetuado a título de auxílio/reembolso creche não incidem as contribuições previdenciárias, observada a comprovação das despesas efetivas realizadas com estabelecimentos dessa natureza.

ALÍQUOTA SAT/GILRAT. APURAÇÃO. EMPRESA.

Cabe à empresa demonstrar, por meio de documentação hábil, que a alíquota SAT/GILRAT aplicada pelo Fisco na autuação não corresponde à realidade das atividades por aquela desenvolvidas.

MULTA DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE. CONFISCO. SÚMULA CARF Nº 2.

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

MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL E POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PELA FALTA DE DECLARAÇÃO EM GFIP. SÚMULA CARF Nº 119.

No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.

JUROS MORATÓRIOS. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 4.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso para excluir do lançamento os valores associados ao levantamento “COP – Pagamentos a Cooperativas de Trabalho”, e para que a retroatividade benigna seja aplicada em conformidade com a Súmula CARF nº 119.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson – Presidente e Relator.

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Caio Eduardo Zerbeto Rocha, Leonam Rocha de Medeiros, Juliano Fernandes Ayres e Ronnie Soares Anderson.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis (SC) - DRJ/FNS, que julgou procedente Auto de Infração DEBCAD nº 37.194.085-0, compreendendo os períodos de apuração de 01/01/2004 a 31/12/2007, sendo que a instância de piso assim descreveu os termos da autuação e da impugnação (fls. 1214/1216):

Foram lançadas, de acordo com o relatório fiscal de fls. 56 a 60, contribuições sociais previdenciárias correspondentes à cota patronal e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - RAT. Ademais, também foram lançadas contribuições sociais previdenciárias sobre faturas relativas a serviços prestados por cooperados por intermédio da cooperativa de trabalho UNIMED/BLUMENAU.

Conforme o citado relatório (fls. 56 a 60), a presente autuação é constituída por três levantamentos:

a) "AXC - Auxílio Creche" - As bases de cálculo utilizadas neste levantamento são valores pagos ou creditados a título de auxílio creche a empregadas da Autuada, sem a correspondente comprovação das despesas realizadas (artigo 28, § 9º, alínea "s", da Lei nº 8.212/1991);

b) "PLR - Participação nos Lucros" - As base de cálculo utilizadas neste levantamento são valores pagos ou creditados a título de participação nos lucros a empregados da filial localizada na cidade de São Paulo - (CNPJ 84.228.261/0007-49) em desacordo com a lei específica (Lei nº 10.101/2000);

c) "COP - Pagamentos a Cooperativas de Trabalho" - Neste levantamento foram lançadas contribuições sociais previdenciárias sobre faturas relativas a serviços prestados por cooperados por intermédio da cooperativa de trabalho UNIMED/Blumenau. As bases de cálculo utilizadas no presente levantamento consideraram apenas 30% do valor bruto das citadas faturas, por força do disposto no artigo 291, inciso I, alínea "a", da Instrução Normativa da Receita Previdenciária nº 03/2005, e no artigo 299, inciso I, alínea "a", da Instrução Normativa INSS/DC nº 100/2003.

Devido a configuração, em tese, do crime de sonegação fiscal, definido no art. 337-A do Código Penal, foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais.

O valor lançado importa o montante de R\$ 51.083,01 (cinquenta e um mil e oitenta e três reais e um centavo), consolidado em 12/11/2008.

Em sua impugnação de fls. 157 a 186, a Autuada apresentou alegações que adiante apresentamos de forma resumida.

Aduz que embora não concorde com as exigências contidas no levantamento "PLR - Participação nos Lucros", não as impugnou. Ademais, afirma que, conforme demonstrado pela GPS de fl. 204 e pelo comprovante de pagamento de fl. 203, efetuou o recolhimento de tais exigências, inclusive com os acréscimos legais.

Assevera que só poderia ser emitida representação fiscal para fins penais depois da constituição definitiva do crédito tributário, ou seja, após o final do processo administrativo fiscal.

Diz que, por força do disposto no artigo 37 da Lei nº 8.212/1991 e na Instrução Normativa MPS/SRP nº 03/2005, o lançamento de contribuições sociais previdenciárias deve ser feito por meio de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, e não através de Auto de Infração, como foi feito no caso em tela.

Alega que o auto de infração apresenta-se com dispositivos legais revogados e inaplicáveis à espécie, citando como inaplicáveis o artigo 12, I, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/1999 e a Lei nº 10.666/03, c como revogados o artigo 13, I, da Lei nº 6.439/77, o artigo 2º do Decreto nº 83.081/79, o artigo 141 do Decreto nº 89.312/84, o artigo 3º, I, do Decreto nº 99.350/90, o artigo 48 do Decreto nº 356/91, e os artigos 1º, I, e 12, II e IV, do anexo I do Decreto nº 569/92. Afirma que isso mais confunde do que ajuda na exata compreensão do que é imputado à Autuada, e conclui aduzindo que devido a tais vícios a autuação afronta os artigos 50 da Lei nº 9.784/99 e 11 do Decreto nº 70.235/72, bem como os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

Argumenta que a contribuição social previdenciária prevista no artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991 é inconstitucional.

Diz que não pode sofrer a incidência da contribuição social previdenciária prevista no artigo 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/1991, já que os beneficiários dos serviços prestados por cooperados por intermédio da cooperativa de trabalho UNIMED/Blumenau foram os seus empregados. Ademais, alega que os valores pagos a cooperativa de trabalho UNIMED/Blumenau foram integralmente custeados pelos seus funcionários, já que é mera intermediadora na contratação da cooperativa.

Assevera que os valores pagos a título de auxílio-creche não podem sofrer a incidência de contribuições sociais previdenciárias, já que, por não preencherem o requisito da

habitualidade e não se caracterizarem como contraprestação pelo trabalho, não possuem natureza de salário/remuneração.

Aduz que ao pagar valores a título de auxílio-creche apenas visou cumprir Convenções Coletivas de Trabalho regularmente formalizadas entre os respectivos sindicatos patronal e dos trabalhadores. Ademais, salienta que a própria insignificância dos valores pagos a esse título (auxílio-creche) demonstra que a Autuada não teve qualquer intenção de utilizar-se de artifício irregular para deixar de pagar contribuições sociais previdenciárias.

Por fim, pede a realização de perícia, caso os julgadores entendam que as alegações de defesa não são incontroversas ou que não se encontram devidamente comprovadas pela prova documental produzida.

Em face das razões expostas, pleiteia a não formalização ou suspensão de qualquer representação para fins penais e o cancelamento integral do auto de infração. Sucessivamente, requer a observância do teto do salário-de-contribuição, a exclusão das contribuições lançadas sobre pagamentos feitos a cooperativas de trabalho e sobre valores pagos a título de auxílio-creche, a exclusão das contribuições para o SAT/GILRAT lançadas, a exclusão dos juros aplicados com base na taxa SELIC, e a exclusão ou não progressividade no tempo da multa moratória exigida.

Solicita, ainda, "a reunião deste processo àquele do AI nº 37.194.088-5, diante da identidade de vários elementos de prova (art. 9º, § 1º, do Decreto nº 70.235/72), realizando-se seu julgamento conjunto".

Juntamente com a impugnação, apresentou os documentos de fls. 187 a 599.

A exigência foi mantida no julgamento de primeiro grau (fls. 1214/1232), em decisão cuja ementa a seguir parcialmente se transcreve:

COOPERATIVA DE TRABALHO DA ÁREA DA SAÚDE. CONTRATO COLETIVO PARA PAGAMENTO POR VALOR PREDETERMINADO DE GRANDE RISCO OU DE RISCO GLOBAL. CONTRIBUIÇÃO PREVISTA NO ARTIGO 22, INCISO IV, DA LEI Nº 8.212/1991.

A empresa que contrata cooperativa de trabalho da área da saúde, por meio de contrato coletivo para pagamento por valor predeterminado de grande risco ou de risco global, deve recolher contribuição de quinze por cento sobre, no mínimo, trinta por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços emitida em seu nome.

AUXÍLIO-CRECHE. NÃO COMPROVAÇÃO DAS DESPESAS. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS.

Os valores pagos a título de reembolso creche somente não sofrerão a incidência de contribuições sociais previdenciárias quando as correspondentes despesas forem devidamente comprovadas.

CONTRIBUIÇÃO PARA O SAT/RAT.

A Lei nº 8.212/1991, em seu artigo 22, inciso II, define todos os elementos capazes de fazer nascer obrigação tributária válida. O fato de a lei deixar para regulamento a complementação dos conceitos de "atividade preponderante" e "grau de risco" não implica ofensa ao princípio da legalidade. A alíquota da contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho deve ser única para cada empresa, de acordo com a sua atividade preponderante.

O recurso voluntário foi interposto em 13/08/2009 (fls. 1238/1277), sendo nele alegada, preliminarmente, a nulidade da decisão *a quo* por não ter examinado os argumentos acerca da ilegalidade e inconstitucionalidade, bem como da exigência de contribuições previdenciárias sobre verbas não remuneratórias e pagamentos a cooperativa de trabalho médico.

Na sequência, foram retomadas as aduções da impugnação, valendo anotar, contudo, que não foram reiterados os questionamentos relativos à representação fiscal para fins penais, ao limite máximo de salário contribuição, e os pedidos de perícia e de julgamento conjunto do processo.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronnie Soares Anderson, Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele conheço.

A preliminar de nulidade da decisão da DRJ não merece prosperar.

O posicionamento daquele julgado quanto à impossibilidade de conhecer das razões recursais acerca da inconstitucionalidade das exigências está bem fundamentado (fls. 1222/1224), e é partilhado por este CARF, que inclusive exarou súmula sobre o tema:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Por seu turno, não houve qualquer omissão da decisão *a quo* no que tange às alegações sobre o caráter remuneratório das verbas que deram azo ao lançamento guerreado, sendo que da leitura da fundamentação em seus itens '6', '7' e '9' (fls. 1220/1229) resta claro o entendimento então sufragado, conforme o qual tais verbas possuem sim caráter remuneratório, estando submetidas à incidência das contribuições previdenciárias, por força de lei.

Também o indeferimento do pedido de perícia está devidamente fundamentado à fl. 1232, devendo ser destacado que a perícia não se presta a carrear aos autos documentação cujo ônus de produção é da parte, como, no caso em apreço, a comprovação das despesas com creche, tema a ser mais adiante abordado.

Tampouco prospera o pleito pela nulidade do procedimento por ter sido a autuação lavrada via auto de infração e não por notificação de lançamento, havendo que se esclarecer que o procedimento fiscal tem natureza sigilosa, investigativa e inquisitorial, sendo somente com a impugnação e a instauração da fase contenciosa é que se tem assegurada a ampla defesa e o contraditório.

O lançamento tributário, especificamente, vincula-se ao princípio da legalidade, e deve atender aos requisitos delineados no art. 142 do CTN - ocorrência do fato gerador, apuração da matéria tributável, cálculo do montante devido, identificação do sujeito passivo, bem como os requisitos formais constantes dos arts. 10 e 11 do Decreto nº 70.235/72, o que se verificou na espécie. E, quando da concretização do lançamento, como bem observado pela objurgada, o procedimento contestado já era regido pelo mencionado Decreto, por força da Lei nº 11.457/07.

Assim, a formalização da autuação foi realizada em conformidade com as disposições legais aplicáveis, não se vislumbrando motivos a inquirir de nulidade o lançamento. Nesse sentido, traga-se à baila o seguinte precedente do CARF (Acórdão 2802-00.660, j. fev/11):

CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. AUTO DE INFRAÇÃO OU NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO E FALTA DE ANUÊNCIA PRÉVIA DO CONTRIBUINTE. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. INOCORRÊNCIA.

A opção pelo uso do auto de infração ou das notificações de lançamento para constituição do crédito tributário não encontra restrição ou vedação balizadora do processo administrativo fiscal. Tampouco, a falta de pedido de esclarecimentos prévios ao contribuinte enseja a nulidade da ação fiscal, pois a fase do contraditório, instaurada com a apresentação, abre oportunidade para o oferecimento de todos os argumentos de defesa por parte do autuado, não estando assim configurada hipótese do cerceamento de seu direito de defesa.

Quanto ao cogitado 'Vício Formal do AI', advindo da citação de dispositivos legais inaplicáveis à autuação, tenho que a decisão de primeiro grau bem enfrentou a matéria, e, limitando-se o recurso voluntário a repisar, sob outras palavras, as aduções da impugnação, passo, com a devida vênia, a transcrever as razões vertidas no recorrido, de modo a integrar esta fundamentação (fls. 1219/1220):

Em preliminar, a Impugnante alega que a autuação infringe os artigos 50 da Lei nº 9.784/99 e 11 do Decreto nº 70.235/72, bem como os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, em razão de trazer dispositivos legais revogados e inaplicáveis à espécie.

Entretanto, como registrou a fiscalização no item 6 do relatório fiscal de fls. 56 a 60, o lançamento está fundamentado na legislação citada no anexo Fundamentos Legais do Débito - FLD (fls. 47/48). Esse anexo, diferentemente do que afirmou a Autuada, não traz preceitos legais inaplicáveis à espécie, mas sim dispositivos que têm relação com as contribuições lançadas. Eventuais citações de normas não mais vigentes, quando são feitas, objetivam dar conhecimento ao contribuinte do procedimento anterior, a fim de possibilitar um melhor entendimento da regra que lhe sucedeu.

O art. 12, I e parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto nº 3.048/99), relacionado no anexo Fundamentos Legais do Débito (fls. 47/48), define o conceito de "empresa" para fins de sujeição às contribuições sociais previdenciárias, abrangendo também a situação da Impugnante, ou seja, de sociedade que assume o risco da atividade econômica. O fato desse dispositivo legal tratar também de contribuinte individual e cooperativas é porque estes também podem vir a ser considerados "empresas" para fins da legislação previdenciária.

Já a citação do artigo 4º, § 1º, da Lei nº 10.666/2003, está inserida no campo "PRAZO E OBRIGAÇÃO DE RECOLHIMENTO - EMPRESAS EM GERAL" que visa demonstrar de maneira completa todos os prazos de recolhimento a que estão submetidos contribuintes que, assim como a Autuada, são sujeitos passivos de contribuições sociais previdenciárias.

É importante ressaltar, ainda, que a Autuada, embora tenha alegado que ocorreu a enumeração, no anexo Fundamentos Legais do Débito (fls. 47/48), de dispositivos inaplicáveis à presente autuação, demonstrou, em sua minuciosa impugnação, ter compreendido todos os aspectos de fato e de direito que envolvem o débito.

Assim, diante da ausência de qualquer prejuízo no exercício da ampla defesa e do contraditório, e considerando que foram informados à Autuada todos os dispositivos legais que fundamentam a constituição do débito, não há motivo para considerar viciado o presente auto de infração.

Anote-se, ainda, que não se vislumbra na espécie qualquer das hipóteses ensejadoras da decretação de nulidade do lançamento consignadas no art. 59 do Decreto nº 70.235/72, havendo sido todos os atos do procedimento lavrados por autoridade competente, sem qualquer prejuízo ao direito de defesa da contribuinte, a qual, como frisado nas linhas supra transcritas, recorre evidenciando pleno conhecimento das exigências que lhe são imputadas.

De se rejeitar, portanto, a nulidade pleiteada.

Passando à questão de fundo, tem-se que foi lavrada, com base no art. 22, inciso IV, da Lei nº 8.212/91, exigência sobre os pagamentos efetuados pela recorrente por serviços de cooperados intermediados por cooperativa de trabalho da área de saúde.

Ocorre que tal disposição legal foi julgada inconstitucional pelo Plenário do STF em sessão realizada no dia 23/04/2014, sob o rito de repercussão geral, nos autos do RE nº 595.838/SP, o que foi corroborado no julgamento dos embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, acontecido em 18/12/2014, ocasião em que foi rejeitado o pedido de modulação de efeitos dessa decisão. A Tese firmada, de nº 166, sob o abrigo da decisão transitada em julgado em 09/03/2015, é a de que “[é] inconstitucional a contribuição previdenciária prevista no art. 22, IV, da Lei 8.212/1991, com redação dada pela Lei 9.876/1999, que incide sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura referente a serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.”

Em decorrência de tal julgamento, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) editou, em 24 de fevereiro de 2015, a NOTA/PGFN/CASTF/Nº 174/15 incluindo a matéria na lista de dispensa de contestar e recorrer, nos termos da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 1, de 2014. E, de sua parte, o § 2º do art. 62 do Regimento Interno deste CARF rege que as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo STF na sistemática do art. 543-B do CPC/73, ou dos arts. 1.036 a 1.041 do atual CPC, deverão ser reproduzidas pelos seus conselheiros no julgamento dos recursos.

Assim sendo, devem ser excluídos do lançamento os valores associados ao levantamento “COP – Pagamentos a Cooperativas de Trabalho”.

Já no tocante aos pagamentos a título de auxílio-creche, não assiste razão à recorrente.

Giza o art. 28, § 9º, 's', da Lei nº 8.212/91 (reproduzido no art. 214, § 9º, inciso XXIII, do Decreto nº 3.048/99):

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

(...)

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

(...)

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;

Ou seja, é necessário que o reembolso/auxílio-creche seja pago em conformidade com a legislação trabalhista, o dependente tenha até seis anos de idade, e que sejam devidamente comprovadas as despesas realizadas. Isso porque o caráter de reembolso desses pagamentos pressupõe a existência de uma despesa anterior realizada pelo beneficiário empregado, vinculada ao pagamento de creche.

De fato, dada a dificuldade prática de os empregadores manterem creche nas dependências do estabelecimento nos termos previstos pelos §§ 1º e 2º do art. 389 da CLT, as Portarias do Ministério do Trabalho permitiam que tais exigências fossem supridas pelo pagamento de reembolso-creche, geralmente acertadas em convenções ou acordos coletivos de trabalho, desde que atestadas as despesas correspondentes.

Tal feito é comprovado por meio de controle desses reembolsos por parte da empresa, que deve manter documentação comprobatória dos gastos mensais dos seus empregados com creche.

Caso comprovada a natureza de reembolso de tais despesas, evidencia-se não estarem elas contidas no conceito de salário-de-contribuição, caracterizando-se a sua natureza indenizatória, nos termos da Súmula 310 do STJ, e da Súmula CARF nº 64:

Súmula STJ nº 310: O Auxílio-creche não integra o salário de contribuição.

Súmula CARF nº 64. Não incidem contribuições previdenciárias sobre as verbas concedidas aos segurados empregados a título de auxílio-creche, na forma do artigo 70, inciso XXV, da Constituição Federal, em face de sua natureza indenizatória.

Necessário registrar que o Parecer PGFN/CRJ nº 2.271/13, que resultou na edição do Ato Declaratório PGFN nº 01/14, autorizou a PGFN a não apresentar contestações e recursos e a desistir dos já interpostos nas ações judiciais que visem a obter declaração de que não incide imposto de renda ou contribuição previdenciária sobre as verbas pagas pela empresa a título de reembolso-babá, desde que inexistia outro fundamento relevante, ressaltando, em seu item 25, que isso só ocorreria nos casos em que as despesas realizadas a título de reembolso-babá estivessem efetivamente comprovadas, nos seguintes termos:

25. Não se deve olvidar que a dispensa para recorrer e contestar somente deve incidir sobre os autos em que efetivamente comprovadas as despesas realizadas a título de reembolso-babá, nos termos do Decreto n.º 3.265, de 29 de novembro de 1999, como salientado no Parecer PGFN/CRJ/N.º 466/2010, abaixo transcrito:

[...] que se oriente a carreira de Procuradores da Fazenda Nacional para que, quando se depararem com processos da espécie, não restando devidamente demonstrado nos autos a efetiva utilização do auxílio-creche para sua finalidade, sobre ele deve incidir tributação, e o Procurador da Fazenda responsável pela condução do respectivo processo deverá impugnar esta questão, bem assim recorrer de decisões judiciais contrárias a esse entendimento.

Com efeito, corrobora o exposto no parágrafo anterior o contido no texto do próprio Ato Declaratório n. 11, de 01/12/2008, publicado no D.O.U de 11/12/2008, que autoriza "a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistia outro fundamento relevante.." e, neste caso, a ausência de comprovação das despesas realizadas configura fundamento relevante a excepcionar a dispensa de contestar e recorrer.

Na espécie, a fiscalização deixou claro na autuação que a empresa não comprovou as despesas com creche a serem reembolsadas (fl. 116):

4.2 Conforme previsto em Convenção Coletiva de Trabalho (cópia constante do ANEXO III) da empresa, esta efetua pagamentos aos seus empregados a título de ajuda de custo para creche na rubrica de folha de pagamento "519 Auxílio Creche Convenção". A Convenção estipula anualmente um determinado valor para os empregados que apresentarem comprovante da despesa efetuada e outro valor para os empregados que não apresentarem comprovação da despesa efetuada.

4.3 Para os empregados que receberam o valor determinado no caso de apresentação de comprovação da despesa efetuada o contribuinte apresentou apenas documentos que indicam frequência ou matrícula em creches (cópia por amostragem no ANEXO 111). Ou seja, não restou comprovada a despesa efetuada por parte dos empregados em nenhum caso.

Anote-se que os documentos que em tese comprovariam tais despesas (fls. 288 e ss), cujo reembolso foi previsto em convenções coletivas, não atestam a versão da recorrente, sendo registros de frequência, e não de pagamento, sendo que apenas 01 (hum) deles alude a

pagamento a pessoa física, a qual, porém, não se encontra no rol dos beneficiários do auxílio em questão (fls. 230 e ss).

Mister ressaltar que não se está a discutir a natureza jurídica da verba, se remuneratória ou não, como insiste a interessada na sua peça recursal, mas da efetiva existência de despesas com creche a serem reembolsadas, o que não restou configurado. Assim, o pressuposto para a própria aplicabilidade dos enunciados sumulares acima citados resta afastado, devendo ser o gravame em comento mantido.

Nesse sentido, cite-se os precedentes do CARF consubstanciados nos acórdãos nº 9202-006.171 (out/17) e nº 2402-006.509 (ago/18), e em julgado desta Turma, de nº 2202-004.599 (jul/18).

No que diz respeito à alíquota do SAT/GILRAT, a recorrente afirma que a fiscalização, ao aplicar o percentual de 2% para todos os funcionários, ignorou que a empresa possui vários deles trabalhando em atividades de escritório, os quais estariam sujeitos ao percentual de 1%, além de ter desconsiderado o entendimento do STJ, firmado na Súmula nº 351, segundo o qual a alíquota é aferida pelo grau de risco desenvolvido por cada filial.

Contudo, não trouxe ela relação dos funcionários de cada estabelecimento e respectivas ocupações, de modo a confirmar a versão de seu arrazoado, no qual é mencionado de maneira bastante genérica que foi abrangida filial em que seriam desenvolvidas apenas atividades administrativas (risco leve), sem ao menos discriminar qual seria o CNPJ daquela filial. Destarte, não há como se apurar ter sido a interessada prejudicada pelo percentual utilizado pelo Fisco, muito menos apurar se esse estaria dissonante frente à realidade das atividades desenvolvidas pela interessada.

Acrescente-se que à época dos fatos vigia na esfera administrativa tributária o entendimento pela possibilidade de o grau de risco ser aferido pelo risco da atividade preponderante da empresa com um todo, conforme expressamente previsto pelo art. 202 do Decreto nº 3.048/99, cabendo notar não ser o já aludido posicionamento do STJ vinculante para a administração. Apenas com a edição do Ato Declaratório PGFN nº 11, em 22/12/2011 passou a Fazenda a cambiar seu entendimento, posteriormente, entretanto, aos eventos ora abordados.

Diante desse panorama, ou seja, à míngua de fundamentos fáticos e jurídicos suficientes para tanto, não há reforma a realizar na contestada, também sob esse prisma.

E, no tocante às alegações de que a multa imputada ofende garantias e princípios constitucionais, não devem elas prosperar, por atraírem a incidência no caso do art. 26-A do Decreto nº 70.235/72, e da precitada Súmula CARF nº 2, esta por força do art. 72 do RICARF:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

De outra parte, deve ser observado que os presentes autos de obrigação principal foram lavrados em ação fiscal que também apurou a existência de apresentação de Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações à Previdência Social (GFIP), com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, o que acarretou em multa (CFL 68) veiculada no processo 13971.004762/2008-13, julgado nesta mesma sessão.

Ora, havendo sido o lançamento realizado em nov/2008, não foi efetuado o cálculo da retroatividade benigna pela autoridade lançadora, sendo que tampouco o acórdão de

piso levou a efeito tal cômputo, o qual deve ser realizado consoante preconizado na Súmula CARF nº 119, verbis:

Súmula CARF nº 119: No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996. (vinculante, conforme Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Registre-se que tal entendimento está em harmonia com o regrado na IN RFB nº 971/09 e com os termos da Portaria PGFN/RFB nº 14/09.

Então, deve ser feito o cálculo da retroatividade benigna.

Quanto à suposta ilegalidade da Selic, registre-se que a incidência de juros de mora, face ao inadimplemento do tributo no prazo de regência, dá-se por força de expressa previsão legal contida nos arts. 13 da Lei nº 9.065/95, e 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96. Não bastasse, a matéria já foi sumulada pelo CARF, valendo trazer à colação o enunciado em referência:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso para excluir do lançamento os valores associados ao levantamento “COP – Pagamentos a Cooperativas de Trabalho”, e para que a retroatividade benigna seja aplicada em conformidade com a Súmula CARF nº 119.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson