



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

Processo n° 15504.003278/2010-15
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.410 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2014
Matéria DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES, SALÁRIO INDIRETO
Recorrente FORTEBANCO VIGILÂNCIA E SEGURANÇA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - CONTRIBUIÇÕES SOBRE A REMUNERAÇÃO PAGA AOS SEGURADOS EMPREGADOS - SALÁRIO INDIRETO - VALE TRANSPORTE - PAGAMENTO EM PECÚNIA - NATUREZA INDENIZATÓRIA - PARECER 60 DA AGU

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

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

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

CONTRIBUINTE INDIVIDUAL - APURAÇÃO EM CONTAS CONTÁBEIS E RECIBOS DE PAGAMENTOS - NÃO COMPROVAÇÃO DAS ALEGAÇÕES - PROCEDÊNCIA DOS LANÇAMENTOS

Tendo o auditor identificado pagamentos a pessoas físicas na contabilidade e não tendo o recorrente provado suas alegações não há como determinar a exclusão de referidos fatos. Note-se que após toda a argumentação trazida pelo julgador, rebateu o recorrente com as mesmas alegações da impugnação, não apresentando qualquer elemento novo capaz de alterar aquela decisão.

A contratação de pessoas físicas é fato gerador de contribuições previdenciárias, independente do tipo de tratamento que a empresa atribuía aos empregados

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E/OU INCONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o pedido de perícia que for considerada prescindível, a teor do disposto na legislação que rege o Processo Administrativo Fiscal. Não há qualquer dúvida, nem mesmo foi questionada a base de cálculo apurada.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar o pedido de realização de diligência ou perícia; e II) no mérito, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento o levantamento vale transporte.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

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

*PERÍCIA DESNECESSÁRIA. .**Rejeita-se pedido de perícia desnecessária.**Impugnação Improcedente Crédito Tributário Mantido*

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 557 a 575s, contendo em síntese os mesmos argumentos da impugnação, quais sejam:

1. A exigência contida no Auto de Infração concernente à contribuição previdenciária sobre os valores de vales-transporte pagos em dinheiro não pode prosperar, eis que tal verba tem natureza indenizatória e sobre ela não há qualquer reflexo trabalhista ou fiscal.
2. Ocorre, contudo, que o pagamento em espécie do vale-transporte (mediante crédito na folha de pagamento), foi feito em obediência a acordos e convenções trabalhistas, sendo uma necessidade, à qual a empresa buscou se adequar por força de lei e da Constituição Federal - , não podendo, por tal , ser penalizada com a inclusão de tais valores na base de cálculo do salário de contribuição previdenciária.
3. Relativamente às contribuições incidentes sobre pagamentos a contribuintes individuais, alega que os pagamentos lançados na contabilidade como "Pag. Sal.Func. Diversos Adm.", conta 11.801, refere-se a mútuo entre a impugnante e a empresa Fortbanco Administradora de Serviços Ltda., tendo a autuada emitido cheques em favor da mesma para cobertura da folha de pagamentos daquela empresa.
4. Acrescenta que os segurados são empregados da mencionada empresa, cujo contrato social encontra-se acostado à defesa. Assim, a referência feita à quantidade de segurados no anexo IV, diz respeito aos empregados da FortBanco Administradora, e não a empregados da impugnante. Para afastar quaisquer dúvidas, está juntando, também, as folhas de pagamento da referida empresa e respectivos recolhimentos.
5. Afirma, ainda, que a contrapartida dos referidos valores foi a débito na conta do ativo 11.801 - "devedores diversos", débito este posteriormente liquidado pela empresa FortBanco Administradora, não havendo caracterização de pagamentos a empregados por parte da recorrente.
6. Conclui, por fim, que se tratam de valores fornecidos à coligada para fazer face às despesas com a sua folha de pagamento. Requer as suas exclusões.
7. Alega que as demais contas contábeis não indicam pagamentos a contribuintes individuais. Cita as seguintes contas: - 33.501 "despesas gerais", 33.529 - "manutenção e conservação", 1.470 - "adiantamentos e fornecedores e serviços de terceiros pessoas jurídicas".
8. Requer a realização de diligência ou de perícia para demonstrar as alegações da defesa, indicando o nome e endereço de sua contadora, para funcionar como perita assistente e formulando quesitos.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 747. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, alega o recorrente que os valores de vale transporte pago em dinheiro não constituem fato gerador de contribuições previdenciárias e que os valores supostamente pagos a contribuintes individuais não são fato gerador, por constituírem mútuo, ou mesmo que as contas lançadas não descrevem pagamentos a pessoas físicas.

QUANTO AOS SALÁRIOS INDIRETO

Primeiramente, foram atacados os salários indiretos considerados pela auditoria fiscal, como salário de contribuição para efeitos previdenciários, qual seja: vale transporte pago em dinheiro. Porém, antes mesmo de apreciar cada um dos fatos geradores isoladamente, convém apreciar o conceito de salário de contribuição e remuneração

DA DEFINIÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição:

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

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

A legislação previdenciária é clara quando destaca, em seu art. 28, §9º, quais as verbas que não integram o salário de contribuição. Tais parcelas não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial.

Assim, entendeu a autoridade fiscal, que ao descumprir os dispositivos legais quanto a concessão do benefício transporte, assumiu o recorrente o ônus de ter os valores dos benefícios integrando o conceito de salário de contribuição, quando pago em desacordo com as respectivas leis.

Contudo, entendo que a questão tenha que ser melhor apreciada, considerando as características dos pagamentos, as regras impostas pela lei aos seus pagamentos, frente, inclusive, aos recentes entendimentos jurisprudenciais.

VALE TRANSPORTE PAGO EM DINHEIRO

O procedimento seguiu todas as regras aplicáveis a sua lavratura, tendo o auditor, realizado na forma da lei a constituição do crédito, considerando que o pagamento de vale transporte em dinheiro não atende aos requisitos da lei 7.418/85, conforme argumentos descritos no relatório fiscal.

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

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

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

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

Todavia, embora sempre tenha encaminhado meus votos acerca do tema “vale transporte”, no sentido da estrita observância dos preceitos da lei 8.212/91 e da legislação específica sobre vale transporte (acima transcrita), assim como o fez o julgador de primeira instância, entendo que a apreciação do tema, merece ultrapassar o simples texto legal.

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

SÚMULA Nº 60, DE 8 DE DEZEMBRO DE 2011 ()Publicada no DOU Seção I, de 09/12/2011*

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

Não fosse apenas essa a fundamentação para atribuímos procedência do recurso interposto, a decisão da AGU, na verdade nada mais reflete do que as reiteradas decisões do tribunais superiores acerca da questão. Dessa forma, transcrevo voto do ilustre Conselheiro Ricardo Henrique Magalhães de Oliveira., que de forma proficua aborda o tema, da maneira como os tribunais, vem se pronunciando sobre a natureza da verba (Acórdão 2401-02092 de 26 de outubro de 2011):

DO VALE TRANSPORTE – NÃO INCIDÊNCIA CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

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

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

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

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE. MOEDA. CURSO LEGAL E CURSO FORÇADO. CARÁTER NÃO SALARIAL DO BENEFÍCIO. ARTIGO 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE NORMATIVA. 1. Pago o benefício de que se cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício. 2. A admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional. 3. A funcionalidade do conceito de moeda revela-se em sua utilização no plano das relações jurídicas. O instrumento monetário válido é padrão de valor, enquanto instrumento de pagamento sendo dotado de poder liberatório: sua entrega ao credor libera o devedor. Poder liberatório é qualidade, da moeda enquanto instrumento de pagamento, que se manifesta exclusivamente no plano jurídico: somente ela permite essa liberação indiscriminada, a todo sujeito de direito, no que tange a débitos de caráter patrimonial. 4. A aptidão da moeda para o cumprimento dessas funções decorre da circunstância de ser ela tocada pelos atributos do curso legal e do curso forçado. 5. A exclusividade de circulação da moeda está relacionada ao curso legal, que respeita ao instrumento monetário enquanto em circulação; não decorre do curso forçado, dado que este atinge o instrumento monetário enquanto valor e a sua instituição [do curso forçado] importa apenas em que não possa ser exigida do poder emissor sua conversão em outro valor. 6. A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa. Recurso Extraordinário a que se dá provimento.”

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

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

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

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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. Com a decisão tomada pela Excelsa Corte, no RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau, em que se concluiu ser inconstitucional a incidência da contribuição

previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, houve revisão da jurisprudência deste Tribunal Superior, a fim de se adequar ao precedente citado. Assim, não merece acolhida a pretensão da recorrente, de reconhecimento de que, "se pago em dinheiro o benefício do vale-transporte ao empregado, deve este valor ser incluído na base de cálculo das contribuições previdenciárias".

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

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

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

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

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

Encampando o entendimento acima, a 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF já se manifestou a respeito do tema, adotando posicionamento consolidado na esfera Judicial, reconhecendo a natureza indenizatória das verbas pagas a título de Vale-Transporte, como segue:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIARIAS

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

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

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

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

Recurso de Ofício Negado. Recurso Voluntário Provido.

Crédito Tributário Exonerado.” (1ª TO da 3ª Câmara da 2ª SJ do CARF, Processo nº 14041.001392/2008-18 – Acórdão nº 2301-01.476, Sessão de 03/06/2010) (grifamos)

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

QUANTO AS INCONSTITUCIONALIDADE APONTADAS

DAS INCONSTITUCIONALIDADES APONTADAS

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

Dessa forma, quanto à inconstitucionalidade/ilegalidade na cobrança das contribuições previdenciárias, não há razão para a recorrente. Como dito, não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional, razão pela qual são exigíveis a aplicação da taxa de juros SELIC, e a multa pela inadimplência.

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

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

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

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

SÚMULA N. 2

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

DOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS

Quanto aos argumentos de que parte dos valores constituem mútuo, entendo que não logrou êxito o recorrente em demonstrar a inexistência dos fatos geradores lançados na presente autuação. Os valores foram apurados em documentos contábeis

O recorrente assim refutou:

Inicialmente diz que em relação aos pagamentos lançados contabilmente como "Pag. Sal. Func. Diversos Adm. (.), conta 11801, referem-se a mútuo entre a Impugnante e a empresa FORTBANCO ADMINISTRADORA DE SERVIÇOS LTDA., sendo os cheques emitidos a favor da mesma para cobertura de sua folha de pagamentos, sendo que os segurados são empregados da mencionada empresa cujo contrato social ora é acostado aos autos.

Assim, a referência feita no Anexo IV à quantidade de segurados, diz respeito aos empregados da FortBanco Adm e não da ora IMPUGNANTE. Para dissipar quaisquer dúvidas, a impugnante está juntando as cópias das folhas de pagamento da referida empresa, bem como dos recolhimentos das contribuições devidas sobre a mesma. A Conta contábil em que os valores foram registrados é conta do Ativo da empresa Impugnante, denominada 11.801 - Devedores Diversos", portanto, os valores foram debitados nesta conta à empresa acima indicada e posteriormente liquidados, não havendo a caracterização de pagamentos a empregados por parte da Impugnante. Foram valores fornecidos à coligada para fazer face às despesas com a sua folha de pagamento. Pede-se pois a exclusão de tais exigências do Auto de Infração. (DOC. ANEXO N.).

Já a autoridade julgadora ao apreciar a questão, enfatizou que o recorrente embora questione a natureza dos pagamentos, em momento algum, apresentou os documentos que corroboram suas alegações. Assim, como descreveu o julgador a coincidência de alguns nomes constantes das folhas de pagamento, com alguns dos lançados na presente autuação não comprova em momento algum a existência de mútuo. Conforme já enfatizado naquela decisão os valores lançados à conta contábil, não coincidem com os valores das folhas de pagamento, nem tampouco, foram descritos os lançamentos e os documentos que comprovam o mútuo.

Tendo identificado pagamentos a pessoas físicas em sua contabilidade e não tendo o recorrente provado suas alegações não há como determinar a exclusão de referidos fatos. Note-se que após toda a argumentação trazida pelo julgador, rebateu o recorrente com as mesmas alegações da impugnação, fls. 574, não apresentando qualquer elemento novo capaz de alterar aquela decisão.

No mesmo sentido deve ser encaminhada a decisão, quanto aos demais fatos geradores, descritos nas contas contábeis elencadas no relatório fiscal. Conforme descrito pelo auditor nas referidas contas foram identificados na verdade pagamentos a pessoas físicas,

conforme demonstrado nos recibos de pagamento, demonstrando que os valores apurados refletem pagamentos a pessoas físicas.

Não refutou o recorrente os documentos apresentados pela autoridade fiscal, resumindo-se a repetir as alegações da impugnação, conforme transcrito abaixo, requerendo ao final perícia.

3.2.3 - Em relação às demais exigências deste item do Auto de Infração, a Recorrente refuta veementemente as alegações da digna fiscalização, alegando que as contas contábeis mencionadas nos relatórios não indicam pagamentos a contribuintes individuais, como por exemplo as contas 33.501 - Despesas Gerais, 33.529 Manutenção e Conservação, 11.470 - Adiantamento a Fornecedores e 33.303 - Serviços de Terceiros - Pessoas Jurídicas.

Ora, tendo o auditor indicando detalhadamente no relatório fiscal e nos relatórios que compõem o lançamentos, os segurados indicados como contribuintes individuais e elaborado relação, não apenas como o nome, competência e valor pago, conforme apurado contabilmente, fácil seria ao recorrente realizar pontualmente as impugnações pertinentes, razão pela qual simplesmente “refutar veementemente” as alegações da digna fiscalização. Assim, não acato o argumentação do recorrente. Ademais, foram solicitados documentos justamente para esclarecer os lançamentos realizados, fls. 53 a 56, inclusive com o histórico da conta com a indicação de que na verdade tratava-se de RPA.

Confrontando os recibos colacionados aos autos, podemos, identificar, assim, como já descrito pelo auditor, que lançamentos na conta “Serv. De Terceiros – Pessoa Jurídica, Despesas Gerais e Manutenção e Conservação, são na verdade pagamentos a pessoas físicas, como por exemplo:

- a) fl. 53, 54, 55 lançamento 00345, 00310, 00339, 00359, 00917, 00085 para Antonio Eustáquio Mendes no valor de R\$ 1.000,00, refere-se a recibo de pessoa física, fl. 98, 102, 109, 110, 119
- b) fl. 54, lançamento 00907, 00118, 00358, 00936, 00384 para Anderson Medonça no valor de R\$ 220,00, refere-se ao recibo fl. 95, 101, 107, 111, 114
- c) fl. 54, lançamento 00333 para José Homero de Freitas no valor de R\$ 80,00, refere-se ao recibo fl. 105
- d) fl. 54, lançamento para Eduardo Lucas de Almeida no valor de R\$ 2.000,00, refere-se ao recibo fl. 96, 100, 104, 113
- e) fl. 53 e 54, lançamento 00455 para Mauri César Machado e Luciana Valeriano no valor de R\$ 2.500,00, refere-se ao recibo fl. 106
- f) fl. 54, lançamento para Jorge Alves da Cruz no valor de R\$ 2.000,00, refere-se ao recibo fl. 97, 99, 112
- g) fl. 54, lançamento 01059 para Paulo Roberto da Costa no valor de R\$ 45,00, refere-se ao recibo fl. 95, 101

Aliás, nesse sentido já foi a manifestação do julgador de primeira instância, razão pela qual adoto a referida decisão também como razões de decidir, conforme transcrito abaixo:

Entretanto, aqueles documentos da coligada não têm valores coincidentes com os constantes dos documentos da autuada e que serviram de base para o lançamento fiscal intitulados "Autorização para liberação de créditos", anexados aos autos, tanto pela autoridade lançadora, como pela defendente.

A única coincidência entre as "Folhas de Pagamento" da Fortbanco Administradora e as "Autorizações para liberação de créditos" emitidas pelo sujeito passivo, são nomes de algumas pessoas físicas, que constam dos dois documentos, sem que haja, porém, coincidência de valores recebidos pelas aludidas pessoas físicas nas diferentes empresas.

Importante observar, ainda, que nada impede que uma pessoa física trabalhe para mais de uma pessoa jurídica.

Assim, os comentados documentos não foram capazes de comprovar a alegação da defesa, de que os valores que serviram de base de cálculo das contribuições exigidas nos autos são, na realidade, empréstimo a título gratuito/mútuo, da empresa autuada para a empresa coligada "Fortbanco Adm.".

A defesa faz alegações genéricas e desacompanhadas de provas quando afirma que as "contas contábeis mencionadas nos relatórios não indicam pagamentos a contribuintes individuais, como por exemplo as contas 33.501 - Despesas Gerais; 33.529 - Manutenção e Conservação; 11.470 - adiantamento a Fornecedores e -Serviços de Terceiros— Pessoas Jurídicas. "

A respeito do argumento, vale registrar, de início, que não basta o título de uma conta contábil para afastar a incidência de contribuições previdenciárias de determinado pagamento.

Em que pesem os títulos daquelas contas contábeis, a autoridade lançadora, verificou que nelas haviam sido escriturados "valores pagos a segurados prestadores de serviços, contribuintes individuais ", cujos nomes e valores por eles recebidos foram discriminados no anexo IV. Há nos autos recibos de pagamentos firmados pelas citadas pessoas físicas (fls. 95/145).

Na espécie sob exame, a defendente não juntou documentos capazes de comprovar as suas alegações, nem consta comprovada a ocorrência de uma das hipóteses que autorizam ajuntada de documentos em data posterior à impugnação.

A defesa requer diligência ou perícia, para demonstrar:

1 - A natureza dos pagamentos lançados na conta 11801 - devedores diversos (se são, ou não, pagamentos por serviços prestados por pessoas físicas);

2- Se os documentos juntados aos autos são capazes de comprovar que tais pagamentos referem-se a mútuos entre empresas coligadas;

3 -Se os pagamentos nas contas adiantamentos a fornecedores, manutenção e conservação e serviços de terceiros - pessoas jurídicas caracterizam-se como pagamentos prestados por pessoas físicas, e para elaborar planilha explicativa da natureza de cada pagamento.

Entretanto, a verificação das questões postas pela defesa independe de conhecimento técnico especializado, capaz de ensejar perícia ou diligência .

Conforme anteriormente exposto, os documentos juntados pela defesa não se prestaram a comprovar a alegação de que parte dos valores constantes do anexo IV foram entregues, à título de mútuo pela autuada à empresa coligada, para pagamento de folha de salários desta . Bastaria a exibição de documentos suficientes para demonstrar o alegado, como por exemplo, juntada de contrato de mútuo devidamente registrado em cartório, acompanhado de documentos hábeis e idôneos de transferências financeiras daqueles valores da autuada para a Fortbanco Administradora e Serviços, bem como documentos de transferências desta para a autuada, em devolução ao emprestado, etc.

Quanto ao exame da natureza jurídica dos pagamentos registrados nas contas devedores diversos, manutenção e conservação, adiantamento a fornecedores etc, também prescinde de conhecimento técnico.

A Autoridade Lançadora discriminou todos os pagamentos a pessoas físicas contribuintes individuais que foram encontradas escrituradas naquelas contas contábeis e trouxe recibos de pagamentos firmados por tais pessoas físicas, o que já é suficiente para evidenciar as suas naturezas jurídicas.

De outro lado, a defesa não apontou qual (quais) o(s) pagamento(s) a pessoas físicas, discriminado(s) no anexo IV, que não se trata(m) de pagamento(s) a segurado contribuinte(s) individual(duais) e nem juntou documentos capazes de desconstituir as provas juntadas aos autos pela autoridade lançadora.

QUANTO A PERÍCIA

De acordo com o disposto no art. 9º, IV da Portaria MPAS n º 520/2004, são requisitos da perícia, nestas palavras:

Art. 9º A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 9º.

§ 2º O interessado será cientificado da determinação para realização da perícia por meio de Despacho, que indicará o procedimento a ser observado.

No mesmo sentido dispõe o Decreto n º 70.235/1972 sobre o processo administrativo fiscal, sendo aplicado subsidiariamente no processo administrativo no âmbito do INSS, nestas palavras:

Art. 17. A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligência, inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome e o endereço do seu perito.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)

(...)

A Portaria MPAS n º 520/2004 é a que regulamenta o processo administrativo fiscal no âmbito do INSS, conforme autorização expressa no art. 304 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n º 3.048/1999 e alterações, nestas palavras:

Art.304. Compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e suas alterações.

Como se percebe, a Portaria n º 520 surgiu em virtude da previsão expressa no Regulamento da Previdência Social, que transferiu a competência para o Ministério da Previdência Social regulamentar a matéria. Dessa forma, está perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico. E como demonstrado, o assunto acerca de perícias e diligências está tratado da mesma maneira no Decreto n º 70.235/1972.

No presente caso, a perícia é despicienda; pois toda a matéria probatória já consta nos autos. Conforme, já apreciado no próprio mérito, os valores apurados foram apresentados individualmente ao recorrente, tendo por base os próprios documentos apresentados, o que permite-lhe o exercício de sua defesa. A perícia, far-se-ia necessária, caso existissem dúvidas acerca das bases de cálculo apuradas, o que não pe o caso. Trata-se de

provar que os lançamentos contábeis e recibos acostados aos autos correspondem a uma realidade diversa da demonstrada pelo auditor. E com princípio basilar do direito processual, cabe à parte provar fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do Fisco. O lançamento foi realizado com base em documentação da própria recorrente (CONFORME AMPLAMENTE REBATIDO) e a autuação seguiu o procedimento previsto, razão pela qual entendo não deva ser acolhida a pretensão do recorrente.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da decisão, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente, no que concerne a parte remanescente são incapazes de refutar a presente notificação.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, para rejeitar a realização de perícia e no mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL para excluir do lançamento o levantamento vale transporte, mantendo o restante do lançamento.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.