



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15586.001976/2008-07
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-010.355 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 05 de outubro de 2022
Recorrente MUNICÍPIO DE CACHOEIRO DE ITAPEMIRIM PREFEITURA MUNICIPAL
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2004

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

O atendimento aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972 e a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte afastam a hipótese de nulidade do lançamento.

SALÁRIO-UTILIDADE. TEORIA FINALÍSTICA.

As utilidades fornecidas para o trabalho não possuem natureza salarial, ao passo que as utilidades fornecidas pelo trabalho possuem a natureza de salário indireto (salário-utilidade) e devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

PAGAMENTO EFETUADO A TÍTULO DE ABONO ÚNICO.

Abonos salariais únicos com caráter estritamente indenizatório não havendo substituição de eventual aumento salarial, está abarcada pelo art. 28, § 9º, “e”, item 7, da Lei 8.212/91, não incidindo contribuição previdenciária. No caso em exame, não há nenhum requisito para descaracterizar o abono único e fazer com que incida contribuição previdenciária sobre tal verba.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. IMPOSSIBILIDADE DE DISCUSSÃO NO ÂMBITO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso voluntário para excluir do lançamento o levantamento ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Jose Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Gustavo Faber de Azevedo, Rayd Santana Ferreira, Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

Relatório

A bem da celeridade, peço licença para aproveitar boa parte do relatório já elaborado em ocasião anterior e que bem elucida a controvérsia posta, para, ao final, complementá-lo.

Pois bem. Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (**AI DEBCAD 37.200.045-2, consolidado em 31/10/2008**), no valor de R\$ 215.148,50; acrescidos de juros, contra o órgão público acima identificado que, de acordo com o Relatório Fiscal (e-fls. 62 e ss) refere-se às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte patronal, no período de 12/2002 a 12/2004.

Informa ainda a Auditoria Fiscal que constituem fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas a segurados empregados constantes das Folhas de Pagamento do contribuinte, nas rubricas e códigos abaixo, as quais se enquadram no conceito de salário-de-contribuição do Art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91 e no art. 214, inciso I, do Regulamento da Previdência Social – RPS:

Abono Transp/Alimentação — Cód 101;

Abono Auxílio Transporte — Cód 102;

Abono Auxílio Alimentação — Cód 103;

Abono Especial de Natal — Cód 136;

Dif. Pagto. Abono — Cód 467.

A interessada manifestou-se, alegando em síntese:

1. O fato gerador descrito no auto de infração refere-se às remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais. As remunerações pagas não servem como núcleo do fato gerador, no máximo como base de cálculo para dimensionar o fato gerador;
2. Ao se lavrar o auto de infração por meio do qual se reclame o pagamento de tributo, o relatório de acusação deverá descrever, de maneira clara e precisa, ainda que indireta, a ocorrência, no plano fenomênico, dos fatos geradores da obrigação principal;
3. Nota-se que no auto de infração em tela não se descreve sequer sobre a incidência. Descreve sem qualquer excepcionalidade fato gerador que não existe;
4. Noutras palavras, o fato gerador abstratamente existe, faltou apenas provar a ocorrência do mesmo. Não existe no auto de infração a verificação da ocorrência do fato gerador como determina o art. 142 do CTN;

5. Ainda que o abono seja um acréscimo na remuneração dos empregados como aduz a r. Autoridade autuante, o fato é que a lei determina sem abertura à interpretações teleológicas que o abono não integra o salário de contribuição. É a lei;
6. Para ocorrer a desconsideração de atos ou negócios jurídicos por parte da autoridade fiscal é imperioso existir lei regulando o procedimento (art. 116, parágrafo único);
7. É visível que a r. Autoridade ao lavrar o auto de infração deixou de relatar qual o dispositivo legal que foi supostamente infringido. Reservou a si o direito apenas de juntar o relatório denominado Fundamentos legais do Débito (FLD);
8. O relatório de Fundamentos Legais do Débito traz simplesmente os fundamentos legais do débito e não o dispositivo infringido;
9. Sendo o art. 10, do Decreto n.º 70.235, norma cogente de natureza processual, não sendo atendido, fere todo o procedimento, restando prejudicados todos os atos praticados sem a sua observância;
10. Ao lavrar o presente auto de infração a Autoridade autuante repetiu o mesmo fato gerador, base de cálculo e legislação do auto de infração n.º 37.200.045-2, pelo que existe conflito entre os mesmos;
11. A decadência dos supostos créditos tributários relativos à competência 12/2002, nos termos do artigo 150, § 4º, combinando com o artigo 156, V, ambos do Código Tributário Nacional;
12. A r. autoridade autuante não poderá, em obediência ao art. 83, da Lei n.º 9.430/96 e, enquanto pendente de julgamento na esfera administrativa o presente contencioso, apresentar representação fiscal para fins penais, sob pena de se caracterizar abuso de autoridade regulado pela Lei n.º 4.898/65, em tese;
13. Requer o acolhimento da impugnação pelos motivos de fato e de direito supracitados para o fim de assim ser decidido, cancelar o débito fiscal reclamado.

Em seguida, sobreveio julgamento proferido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento, por meio do Acórdão de e-fls. 522 e ss, cujo dispositivo considerou a impugnação **procedente em parte**, com a **manutenção parcial** do crédito tributário exigido, excluindo as contribuições lançadas até a competência **10/2003**, em razão da decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN, tendo a ciência do lançamento ocorrida em **04/11/2008**. É ver a ementa do julgado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2002 a 31/12/2004

Decadência parcial - ocorrência

O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Lançamento - validade.

Não merece acolhida a alegação de nulidade do lançamento, haja vista que todos os relatórios foram entregues ao contribuinte, onde consta a indicação de onde os valores foram extraídos e os dispositivos legais que amparam o lançamento.

Abonos - incidência.

As importâncias recebidas a título de abonos não integram o salário de contribuição somente quando expressamente desvinculados do salário por força de lei.

Representação Fiscal para Fins Penais.

A constituição da Representação Fiscal para Fins Penais pelo auditor fiscal é obrigatória, por disposição legal, sob pena de responsabilidade funcional.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

O contribuinte, por sua vez, inconformado com a decisão prolatada e procurando demonstrar a improcedência do lançamento, interpôs Recurso Voluntário (e-fls. 536 e ss), repisando, em grande parte, os argumentos apresentados em sua impugnação, no sentido de que:

- (i) Não existe no auto de infração a verificação da ocorrência do fato gerador como determina o art. 142 do CTN;
- (ii) O fato gerador deve ser apurado com base em operação de fato, e não em mera aparência de veracidade;
- (iii) A r. Autoridade, ao lavrar o auto de infração deixou de relatar qual o dispositivo legal que foi supostamente infringido. Reservou a si o direito apenas de juntar o relatório denominado: Fundamentos Legais do Débito (FLD);
- (iv) Não há como se chegar à conclusão de que os abonos concedidos integram a base de cálculo do salário-de-contribuição;
- (v) Ainda que o abono fosse um acréscimo na remuneração dos empregados, como aduz a r. Autoridade autuante, o fato é que a lei determina, sem abertura às interpretações teleológicas, que o abono não integra o salário-de-contribuição. É a lei;
- (vi) Não cabe à r. Autoridade autuante desconsiderar os Decretos legítimos emanados do Poder Executivo que concedeu os mencionados abonos;
- (vii) Existe conflito entre os autos de infração lavrados (DEBCADs 37.200.045-2 e 37.200.046-0). Exigem tributos distintos, porém com a mesma fundamentação, os mesmos fatos geradores, as mesmas bases de cálculos e a mesma legislação tributária;
- (viii) A r. Autoridade autuante não poderá, em obediência a lei federal e enquanto pendente de julgamento na esfera administrativa o presente contencioso, apresentar representação fiscal para efeitos penais, sob pena, em tese de se caracterizar abuso de autoridade regulado pela Lei n.º 4.898/65.

Em seguida, os autos foram remetidos a este Conselho para apreciação e julgamento do Recurso Voluntário.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Matheus Soares Leite – Relator

1. Juízo de Admissibilidade.

O Recurso Voluntário é tempestivo e atende aos requisitos de admissibilidade previstos no Decreto n.º 70.235/72. Portanto, dele tomo conhecimento.

2. Preliminares.

Preliminarmente, alega o sujeito passivo que não existe no auto de infração a verificação da ocorrência do fato gerador como determina o art. 142 do CTN, de modo que o fato gerador deve ser apurado com base em operação de fato e não em mera aparência de veracidade.

Ademais, alega que a fiscalização, ao lavrar o auto de infração teria deixado de relatar qual o dispositivo legal que foi supostamente infringido, tendo apenas juntado o relatório denominado “Fundamentos Legais do Débito (FLD)”.

Mais adiante, afirma que existiria conflito entre os autos de infração lavrados (DEBCADs 37.200.045-2 e 37.200.046-0), pois exigem tributos distintos, porém com a mesma fundamentação, os mesmos fatos geradores, as mesmas bases de cálculos e a mesma legislação tributária.

Contudo, entendo que não lhe assiste razão.

É certo que a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, como atividade administrativa vinculada, exige do Fisco a observância da legislação de regência, a fim de constatar 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 (art. 142 do CTN). A não observância da legislação que rege o lançamento fiscal ou a falta de seus requisitos, tem como consequência a nulidade do ato administrativo, sob pena de perpetuar indevidamente cerceamento do direito de defesa.

Pois bem. Cabe ressaltar que, conforme delineado no Relatório Fiscal do auto de infração (e-fls. 62 e s), as bases de cálculo das contribuições lançadas no auto de infração integrante do presente processo, foram oriundas do batimentos entre os valores declarados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIPs) com as folhas de pagamento.

Ora, tendo sido os fatos geradores apurados diretamente a partir do sistema de folha de pagamento da contribuinte, elaborado sob o seu domínio e responsabilidade, e confeccionado sob seu comando e orientação, não procede a alegação recursal de que não existiriam provas, mas apenas suposições, no que diz respeito à ocorrência dos fatos geradores apurados.

Portanto, o contribuinte confessou que deve à Previdência Social e não comprovou o pagamento da totalidade do valor que reconheceu como devido. Ao alegar que cabe ao fisco a demonstração irrefutável da ocorrência do fato, buscar transferir, o ônus de provar que o valor por ela confessado está equivocado, para a Fiscalização da Previdência Social, o que não se sustenta.

Decerto, incumbe ao autor o ônus de comprovar os fatos constitutivos do Direito por si alegado, e à parte adversa, a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Caberia ao recorrente, por exemplo, comprovar que teria se equivocado no preenchimento do seu sistema de folha de pagamento, e proceder à sua retificação, ônus esse que não se desincumbiu, não sendo possível afastar a fidedignidade do conteúdo dos autos de infração em debate.

No presente caso, autoridade agiu em conformidade com os dispositivos legais que disciplinam o lançamento, discriminando no Anexo “Fundamentos Legais do Débito – FLD” os dispositivos legais aplicáveis ao caso, além de descrever no “Relatório Fiscal” os fatos

geradores das contribuições, bem como os documentos que serviram de base e para a apuração das contribuições devidas, cujos valores estão demonstrados no “Discriminativo Analítico de Débito – DAD”, além de mencionar os valores dos acréscimos legais a título de juros e multa, com a correspondente fundamentação legal.

Assim, entendo que não há que se falar em nulidade do lançamento ou prejuízo ao exercício da ampla defesa, pois os valores lançados, com base em documento elaborado pelo próprio contribuinte, estão devidamente demonstrados, sendo que o “Discriminativo Analítico de Débito – DAD”, indica por competência o quanto foi apurado, a alíquota aplicada, os créditos e deduções considerados e os valores devidos.

Constatado que não foi procedido o recolhimento das contribuições devidas, e considerando as disposições legais que atribuem prerrogativa de arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas na Legislação Previdenciária, e à fiscalização a obrigação legal de verificar se as contribuições devidas estão sendo realizadas em conformidade com o ali estabelecido, não pode o agente fiscal se furtar ao cumprimento do legalmente estabelecido, sob pena de responsabilidade, de conformidade com o art. 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional.

Como bem assentado pela decisão de piso, o lançamento em comento seguiu todos os passos para sua correta formação, conforme determina o art. 142 do Código Tributário Nacional, quais sejam: (a) constatação do fato gerador cominado na lei; (b) caracterização da obrigação; (c) apuração do montante da base de cálculo; (d) fixação da alíquota aplicável à espécie; (e) determinação da exação devida – valor original da obrigação; (f) definição do sujeito passivo da obrigação; e (g) lavratura do termo correspondente, acompanhado de relatório discriminativo das parcelas mensais, tudo conforme a legislação.

Dessa forma, não procede o argumento de que a fiscalização não demonstrou a origem da infração e a existência do débito, já que os valores devidos à Previdência Social foram apurados diretamente a partir do sistema de folha de pagamento do contribuinte, tendo sido realizado pela fiscalização o batimento entre os valores declarados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIPs) com as folhas de pagamento e os recolhimentos efetuados.

Constato que o presente lançamento tributário atendeu aos preceitos estabelecidos no art. 142 do CTN, havendo a presença dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/1972, bem como a observância do contraditório e do amplo direito de defesa do contribuinte, de modo que restam afastadas quaisquer hipóteses de nulidade do lançamento.

A propósito, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa, se o Relatório Fiscal e os demais anexos que compõem o Auto de Infração contêm os elementos necessários à identificação dos fatos geradores do crédito lançado e a legislação pertinente, possibilitando ao sujeito passivo o pleno exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa.

Pelo conjunto de documentos pertencentes ao processo e de tabelas contendo a compilação dos dados, é possível compreender perfeitamente todos os motivos, bem como identificar todos os fundamentos legais que a amparam. O lançamento foi realizado de acordo com o que dispôs a lei sobre a matéria, de modo que, se há incompatibilidade e incoerência, estas estão estabelecidas legalmente e devem ser obedecidas pela autoridade administrativa, não podendo por ela ser afastada.

A auditoria esclareceu os procedimentos utilizados, baseando-se em documentos fornecidos pela própria interessada, a partir dos quais foi caracterizada a ocorrência dos fatos

geradores, de forma clara e precisa, permitindo ao interessado verificar os valores lançados e, se for o caso, contestá-los fundamentadamente.

Tendo o fiscal atuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente arts. 142 do CTN e 10 do Decreto n.º 70.235/72, não há que se falar em nulidade do lançamento.

Destaco, pois, que cabe ao contribuinte o ônus de enfrentar a acusação fiscal, devidamente motivada, apresentando os argumentos pelos quais entende que o presente lançamento tributário merece ser declarado improcedente, não sendo o caso de decretar a nulidade do auto de infração, eis que preenchidos os requisitos do art. 142 do CTN.

Para além do exposto, não prospera a alegação no sentido de que haveria conflito entre os autos de infração lavrados (DEBCADs 37.200.045-2 e 37.200.046-0), pois exigiam tributos distintos, porém com a mesma fundamentação, os mesmos fatos geradores, as mesmas bases de cálculos e a mesma legislação tributária.

Isso porque, a exigência consubstanciada no DEBCAD 37.200.045-2 diz respeito a débito com a Seguridade Social, correspondente às contribuições da parte patronal da empresa e para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do Grau de Incidência de Incapacidade Laborativa, decorrente dos Riscos Ambientais do Trabalho — GILRAT, tendo sido aplicada as respectivas alíquotas de 20% e 1%. É de se ver os fundamentos legais do débito:

200 - CONTRIBUICAO DA EMPRESA SOBRE A REMUNERACAO DE EMPREGADOS

200.08 - Competências: 12/2002, 01/2003 a 12/2003, 01/2004 a 12/2004

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 22, I (com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26.11.99); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 12, I e parágrafo único, art. 201, I, parágrafo 1. e art. 216, I, "13- (com as alterações dadas pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99).

301 - CONTRIBUICAO DAS EMPRESAS PARA FINANCIAMENTO DOS BENEFICIOS EM RAZAO DA INCAPACIDADE LABORATIVA

301.08 - Competências: 12/2002, 01/2003 a 12/2003, 01/2004 a 12/2004

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 22, II (com a redação dada pela Lei n. 9.732, de 11.12.98); Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 12, I, parágrafo único, na redação dada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99, art. 202, I, II e III e parágrafos 1. ao 6.

Já no DEBCAD 37.200.046-0, a exigência diz respeito a débito com a Seguridade Social, correspondente a contribuições da parte dos segurados empregados, tendo sido aplicada as alíquotas de 7,65% a 11%, de acordo com a faixa salarial dos empregados, respeitando o teto máximo de contribuição. É de se ver os fundamentos legais do débito:

100 - CONTRIBUICAO DOS SEGURADOS (EMPREGADOS, TRABALHADORES TEMPORARIOS E AVULSOS)

100.15 - Competências: 12/2002, 01/2003 a 12/2003, 01/2004 a 12/2004

Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 20 (com a redação dada pela Lei n. 9.032, de 28.04.95, alterada posteriormente pela Lei n. 9.129, de 20.11.95), combinado com os artigos 12, I (com as alterações da Lei n. 8.647, de 13.04.93, da Lei n. 9.506, de 30.10.97 e da Lei n. 9.876, de 26/11/99) e VI e art. 28, I e parágrafos (com a redação dada pela Lei n. 9.528, de 10.12.97); Lei n. 8.620, de 05.01.93, art. 7., parágrafo 2.; Lei n. 9.311, de 24.10.96,

art. 17, II; Lei n. 9.317, de 05.12.96, art. 3., parágrafo 2., -h-; Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, art. 9., I, "g" (alínea acrescentada pelo Decreto n. 3.265, de 29.11.99), VI, parágrafo 1. a 7., art. 198, art. 214, I, parágrafos 1. a 15, art. 216, I, "a" e "b", parágrafos 1. a 6., artigos 217 e 218.

Não há, pois, como confundir as exigências em epígrafe, já que lastreadas em fundamentos legais diversos, sequer sendo possível cogitar na existência de *bis in idem*, motivo pelo qual é de se rejeitar a alegação do sujeito passivo, no sentido de que haveria conflito entre os autos de infração lavrados.

Dessa forma, rejeito as preliminares suscitadas.

3. Mérito.

Em relação ao mérito, o sujeito passivo alega que não há como se chegar à conclusão de que os abonos concedidos integram a base de cálculo do salário-de-contribuição, não sendo possível desconsiderar os Decretos legítimos emanados do Poder Executivo que concedeu os mencionados abonos.

Afirma, ainda, que mesmo que o abono fosse um acréscimo na remuneração dos empregados, o fato é que a lei determinaria, sem abertura às interpretações teleológicas, que o abono não integra o salário-de-contribuição.

Entendo, pois, que a análise da incidência sobre essas rubricas deve ser feita levando em consideração os elementos que compõem a regra matriz das Contribuições Previdenciárias em questão, que possuem a competência impositiva delimitada no art. 195, I, "a", da Constituição Federal de 1988, e dizem respeito aos rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício. Cabe destacar, ainda, que o § 11, do artigo 201, da CF/88, expressamente dispõe que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária são os ganhos habituais incorporados ao salário.

Ao que se passa a examinar, de acordo com as alegações do sujeito passivo, no sentido de que não há como se chegar à conclusão de que os abonos concedidos integram a base de cálculo do salário-de-contribuição.

3.1. ABONO TRANSP/ALIMENTAÇÃO - COD 101 e ABONO AUXÍLIO TRANSPORTE - COD 102.

Em relação ao levantamento em epígrafe, a fiscalização motivou o lançamento da seguinte forma, conforme se depreende do Relatório Fiscal (e-fls. 62 e ss):

[...] 3. BASES DE CÁLCULO UTILIZADAS:

Foram utilizadas como base de cálculo das contribuições lançadas, as remunerações pagas a **segurados empregados** constantes das Folhas de Pagamento do contribuinte, nas rubricas e códigos abaixo, as quais se enquadram no conceito de salário-de-contribuição do Art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91 e no art. 214, inciso I, do Regulamento da Previdência Social - RPS, conforme a seguir demonstrado:

> **ABONO TRANSP/ALIMENTAÇÃO - COD 101**, vide COD 102 e 103 a seguir;

> **ABONO AUXÍLIO TRANSPORTE - COD 102:**

Refere-se a valores fixos escalonados pagos aos empregados com o objetivo de elevar para R\$ 230,00 o salário mínimo praticado pela Prefeitura.

Caso fosse auxílio transporte, o fornecimento do mesmo pela empresa normalmente é feito por vale-transporte, que é um benefício social, instituído pela Lei nº. 7.418, de 16/12/1985.

O vale-transporte não integra o salário-de-contribuição quando pago em conformidade com a legislação (Lei n.º 7.418, de 16/12/1985 / art. 28, § 9º, letra "f", da Lei 8.212/91).

No presente caso está em desacordo com a previsão legal em vários aspectos, principalmente pelo fato dos beneficiários não participarem do custo do benefício.

Conforme Decretos municipais n.º 13.181/2001 e 13.277/2001 (cópia em anexo), que instituíram citado abono, o mesmo foi concedido no sentido de corrigir a defasagem salarial dos servidores públicos municipais, estabelecendo um piso salarial mínimo, a ser atingido com o complemento salarial, denominado de **abono auxílio transporte**.

Frente ao exposto, conclui-se que os citados pagamentos, são na verdade, **um acréscimo na remuneração dos empregados**, rotulado abono auxílio transporte, face impedimentos legais em conceder reajuste salarial, especialmente a Lei de Responsabilidade Fiscal (conforme consta do próprio Decreto n.º 13182), devendo, portanto, integrar o salário-de-contribuição como previsto inciso I, do Art. 28, da Lei no 8.212/91.

Em seu recurso, o sujeito passivo alega que os referidos abonos não podem ser considerados como parcelas salariais, tampouco integrar o salário de contribuição.

Pois bem. Inicialmente, é de se ver o diploma legal que autorizou a concessão das verbas pagas:

DECRETO N.º 13.182

CONCEDE ABONO SALARIAL, A TÍTULO DE AUXÍLIO - ALIMENTAÇÃO E TRANSPORTE, ELEVANDO PARA R\$ 230,00 O SALÁRIO MÍNIMO PRATICADO PELA PREFEITURA MUNICIPAL, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, Estado do Espírito Santo, no uso de suas atribuições legais, especialmente o que dispõe o Art. 5º, inciso X, da Lei 5072, de 19 de outubro de 2000, e

CONSIDERANDO a defasagem dos salários dos servidores públicos municipais, principalmente os de baixa renda, cujos vencimentos vêm perdendo continuamente capacidade de compra ao longo dos últimos anos;

CONSIDERANDO, porém, que impedimentos conjunturais, de natureza orçamentária, econômica e financeira, e óbices legais, especialmente os dispositivos da Lei Complementar n.º 101/00 (Lei de Responsabilidade Fiscal), inviabilizam, momentaneamente, a concessão de reajuste salarial linear para o conjunto dos servidores de todos os níveis, como seria a vontade da atual Administração Municipal;

CONSIDERANDO, ainda, que, por força dos dispositivos legais mencionados, a fim de respeitar os parâmetros fixados para gastos com pessoal, reajuste geral de salários só poderá ocorrer com aumento real da arrecadação tributária, nos limites de lei, após aprovação de um novo Plano de Cargos e Salários, sob pena de se agravar o cruel desemprego, com indesejáveis demissões em massa de servidores;

CONSIDERANDO, finalmente, que, neste momento, os estudos encomendados pelo Chefe do Poder Executivo às assessorias fazendária, jurídica e de recursos humanos, permitem melhorar o poder aquisitivo dos servidores municipais que ganham apenas um salário mínimo, beneficiando, diretamente, pelo menos 700 (setecentas) famílias,

DECRETA:

Art. 1º - A partir de 1º de maio de 2001, nenhum servidor da Prefeitura Municipal de Cachoeiro de Itapemirim receberá menos de R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais) por mês trabalhado.

Art. 2º - Para o fiel cumprimento deste Decreto, determina-se à Secretaria Municipal de Administração e à Secretaria Municipal da Fazenda a concessão de abono salarial

escalonado, de até R\$ 50,00 (cinquenta reais), a todos os servidores públicos municipais, de qualquer regime jurídico, cuja remuneração em abril/2001 tenha sido inferior a R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais).

Parágrafo único – Até que venha a ser incorporado aos salários, na forma da lei, o abono presentemente concedido não integrará a base de cálculo dos vencimentos para fins de gratificação, vantagens e/ou benefícios de qualquer natureza.

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos financeiros retroativos a 1º de maio de 2001, revogadas as disposições em contrário.

Conforme visto anteriormente, o rol previsto no art. 28, da Lei nº 8.212/91, não é taxativo, eis que, a análise da incidência sobre determinada rubrica deve ser feita levando em consideração os elementos que compõem a regra matriz das Contribuições Previdenciárias em questão, que possuem a competência impositiva delimitada no art. 195, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, e dizem respeito aos rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Cabe destacar, ainda, que o § 11, do artigo 201, da CF/88, expressamente dispõe que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária são os ganhos habituais incorporados ao salário. O mesmo paralelo pode ser feito, em relação ao art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.887/2004, que exclui da base de cálculo da contribuição social do servidor público, determinadas rubricas.

No caso dos autos, entendo que as verbas pagas, objeto do lançamento em epígrafe, estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária, eis que, pela análise da documentação constante nos autos, vislumbro que são pagas com habitualidade, em valores que se repetem, representando verdadeiro ganho indireto.

Ademais, as referidas verbas foram concedidas no sentido de corrigir a defasagem salarial dos servidores públicos municipais, estabelecendo um piso salarial mínimo, a ser atingido com o complemento salarial, denominando-o de abono auxílio transporte, estando plenamente vinculadas ao salário.

Pela análise da planilha formulada pela autoridade fiscal, verifica-se que referidas verbas eram pagas aos segurados em valores fixos que se repetiam em alguns meses, o que desnatura o caráter indenizatório, posto que não se tratou de efetivo ressarcimento. É ingênuo pensar que todos os segurados, em todas as competências, possuíram despesas idênticas. Portanto, não estando devidamente comprovados, não há como quantificar os valores reais expendidos para tal fim, eis que o instituto do ressarcimento pressupõe um gasto efetivo.

Assim, em que pese a previsão contida no decreto municipal, as planilhas elaboradas pela fiscalização com o levantamento dos valores, revelam que se tratam, portanto, de utilidade fornecida pelo trabalho, possuindo nítida natureza de salário indireto (salário-utilidade), motivo pelo qual devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Em outras palavras, a documentação constante nos autos revela que se trata, pois, de uma remuneração indireta, eis que se destinam a corrigir a defasagem salarial dos servidores públicos municipais e, portanto, a retribuir os serviços efetivamente prestados, não havendo, como afastar a imposição tributária.

Ademais, pelo princípio da verdade material e da primazia da realidade sob a forma, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última. De acordo com o art. 118, inciso I do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade

jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Conforme bem destacado pela decisão recorrida, não há que se falar em desconsideração de atos ou negócios jurídicos por parte da autoridade fiscal, posto que não houve tal desconsideração. O Auditor Fiscal exerceu suas atividades em cumprimento e nos limites da legislação vigente. Aos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil é conferido legalmente o poder de fiscalizar, examinar, vigiar e controlar o cumprimento das leis, regulamentos ou obrigações, que devem ser praticados pelos entes fiscalizados.

Dessa forma, rejeito as alegações do recorrente.

3.2. ABONO TRANSP/ALIMENTAÇÃO - COD 101 e ABONO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO - COD 103.

Em relação ao levantamento em epígrafe, a fiscalização motivou o lançamento da seguinte forma, conforme se depreende do Relatório Fiscal (e-fls. 62 e ss):

[...] 3. BASES DE CÁLCULO UTILIZADAS:

Foram utilizadas como base de cálculo das contribuições lançadas, as remunerações pagas a **segurados empregados** constantes das Folhas de Pagamento do contribuinte, nas rubricas e códigos abaixo, as quais se enquadram no conceito de salário-de-contribuição do Art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91 e no art. 214, inciso I, do Regulamento da Previdência Social - RPS, conforme a seguir demonstrado:

> **ABONO TRANSP/ALIMENTAÇÃO - COD 101**, vide COD 102 e 103 a seguir;

(...)

> **ABONO AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO - COD 103:**

Refere-se a valores fixos escalonados pagos dos Professores de Educação Infantil e do Ensino Fundamental, com o objetivo de elevar para R\$ 300,00 o vencimento mínimo da categoria.

Caso fosse auxílio alimentação, para que essa parcela "in natura" não integre o salário-de-contribuição, deverá ser fornecida de acordo com o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

No período apurado o contribuinte **não mantinha o PAT**.

Frente ao exposto, conclui-se que os citados pagamentos, são na verdade, **um acréscimo na remuneração dos empregados**, rotulado abono auxílio alimentação, face impedimentos legais em conceder reajuste salarial especialmente a Lei de Responsabilidade Fiscal (conforme consta do próprio Decreto nº 13.182), devendo, 8.212/91.

Em seu recurso, o sujeito passivo alega que os referidos abonos não podem ser considerados como parcelas salariais, tampouco integrar o salário de contribuição.

Pois bem. Inicialmente, é de se ver o diploma legal que autorizou a concessão das verbas pagas:

DECRETO Nº 13.277

CONCEDE ABONO SALARIAL, COMO AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO, AOS PROFESSORES DE EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE MUNICIPAL, ELEVANDO O VENCIMENTO MÍNIMO DA CATEGORIA A R\$ 300,00, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

O Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, Estado do Espírito Santo, no uso de suas atribuições legais, especialmente o que dispõe o Art. 5º, inciso X, da Lei 5072, de 19 de outubro de 2000, e

CONSIDERANDO a defasagem dos salários dos servidores públicos municipais, principalmente os de baixa renda, inclusive do Magistério, cujos vencimentos vêm perdendo continuamente capacidade de compra ao longo dos últimos anos;

CONSIDERANDO, ainda, que, através do Decreto nº 13.182/2001, a atual Administração concedeu abono aos servidores públicos civis do Município, a partir do último dia 1º de maio, elevando para R\$ 230,00 (duzentos e trinta reais) o menor salário pago pela Prefeitura a seus servidores;

CONSIDERANDO, finalmente, que, por sua laboriosa dedicação, elevada qualificação e habilitação profissional, os professores das áreas da Educação Infantil e do Ensino Fundamental merecem também receber esse benefício, que vai contemplar diretamente 758 (setecentos e cinquenta e oito) profissionais do ensino,

DECRETA:

Art. 1º - A partir de 1º de junho de 2001, nenhum professor da rede municipal de ensino de Cachoeiro de Itapemirim receberá menos que R\$ 300,00 (trezentos reais) por mês trabalhado.

Art. 2º - Para o fiel cumprimento deste Decreto, determina-se à Secretaria Municipal de Administração e à Secretaria Municipal da Fazenda a concessão de abono salarial escalonado, de até R\$ 61,56 (sessenta e um reais e cinquenta e seis centavos), aos professores das seguintes nomenclaturas:

PEI-A – R\$ 50,00

PEI-B – R\$ 50,00

PEI-C – R\$ 50,00

PEF-A –R\$ 61,56

PEF-B –R\$ 50,00

PEF-C –R\$ 50,00

Parágrafo único – Até que venha a ser incorporado aos salários, na forma da lei, o abono presentemente concedido não integrará a base de cálculo dos vencimentos para fins de gratificação, vantagens e/ou benefícios de qualquer natureza, podendo vir a ser suspenso com base na LC nº 101/2000 (Lei de Responsabilidade Fiscal), caso ocorra queda da receita tributária do Município.

Art. 3º - Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação, com efeitos financeiros a partir de 1º de junho de 2001, revogadas as disposições em contrário.

Conforme visto anteriormente, o rol previsto no art. 28, da Lei nº 8.212/91, não é taxativo, eis que, a análise da incidência sobre determinada rubrica deve ser feita levando em consideração os elementos que compõem a regra matriz das Contribuições Previdenciárias em questão, que possuem a competência impositiva delimitada no art. 195, I, “a”, da Constituição Federal de 1988, e dizem respeito aos rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.

Cabe destacar, ainda, que o § 11, do artigo 201, da CF/88, expressamente dispõe que a hipótese de incidência da contribuição previdenciária são os ganhos habituais incorporados ao salário. O mesmo paralelo pode ser feito, em relação ao art. 4º, § 1º, da Lei nº 10.887/2004, que exclui da base de cálculo da contribuição social do servidor público, determinadas rubricas.

No caso dos autos, entendo que as verbas pagas, objeto do lançamento em epígrafe, estão sujeitas à incidência de contribuição previdenciária, eis que, pela análise da documentação constante nos autos, vislumbro que são pagas com habitualidade, em valores que se repetem, representando verdadeiro ganho indireto.

Ademais, as referidas verbas foram concedidas no sentido de corrigir a defasagem salarial dos servidores públicos municipais, Professores de Educação Infantil e do Ensino Fundamental, com o objetivo de elevar para R\$ 300,00 o vencimento mínimo da categoria, estando plenamente vinculadas ao salário, posto **não se tratar de efetivo auxílio-alimentação**.

Assim, em que pese a previsão contida no decreto municipal, a prova dos autos revela que se tratam, portanto, de utilidade fornecida pelo trabalho, possuindo nítida natureza de salário indireto (salário-utilidade), motivo pelo qual devem integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Em outras palavras, a documentação constante nos autos revela que se trata, pois, de uma remuneração indireta, eis que se destinam a corrigir a defasagem salarial dos servidores públicos municipais e, portanto, a retribuir os serviços efetivamente prestados, não havendo, como afastar a imposição tributária.

Ademais, pelo princípio da verdade material e da primazia da realidade sob a forma, se restar configurado que a relação jurídica formal apresentada não se coaduna com a relação fática verificada, subsistirá a última. De acordo com o art. 118, inciso I do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Conforme bem destacado pela decisão recorrida, não há que se falar em desconsideração de atos ou negócios jurídicos por parte da autoridade fiscal, posto que não houve tal desconsideração. O Auditor Fiscal exerceu suas atividades em cumprimento e nos limites da legislação vigente. Aos Auditores Fiscais da Receita Federal do Brasil é conferido legalmente o poder de fiscalizar, examinar, vigiar e controlar o cumprimento das leis, regulamentos ou obrigações, que devem ser praticados pelos entes fiscalizados.

Dessa forma, rejeito as alegações do recorrente.

3.3. ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136.

Em relação ao levantamento em epígrafe, a fiscalização motivou o lançamento da seguinte forma, conforme se depreende do Relatório Fiscal (e-fls. 62 e ss):

[...] 3. BASES DE CÁLCULO UTILIZADAS:

Foram utilizadas como base de cálculo das contribuições lançadas, as remunerações pagas a **segurados empregados** constantes das Folhas de Pagamento do contribuinte, nas rubricas e códigos abaixo, as quais se enquadram no conceito de salário-de-contribuição do Art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91 e no art. 214, inciso I, do Regulamento da Previdência Social - RPS, conforme a seguir demonstrado:

(...)

> ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136:

Valor fixo concedido de R\$ 200,00, a todos os Professores Ativos da Educação Infantil e Ensino Fundamental, face saldo de final de exercício, nos recursos específicos da educação.

Tais pagamentos se enquadram no conceito de salário-de-contribuição citado no item 2, por se constituírem em remuneração para retribuir o trabalho dos servidores, na vigência dos contratos de trabalho, sendo, portanto incluídos nas bases de cálculo das contribuições previdenciárias.

Não integram a base de cálculo somente os abonos expressamente desvinculados do salário, conforme dispõe o art. 28, § 9º, letra "e", item 7, da Lei nº 8.212/91, acrescido pela Lei nº 9.711/98.

O art. 214, § 9º, letra "j" do Decreto n.º 3.048/99, acrescentou a **necessidade de previsão legal**, ou seja, determina que o abono seja expressamente desvinculado do salário por força de lei.

Em seu recurso, o sujeito passivo alega que os referidos abonos não podem ser considerados como parcelas salariais, tampouco integrar o salário de contribuição.

Pois bem. Inicialmente, é de se ver o diploma legal que autorizou a concessão das verbas pagas:

DECRETO Nº 14.719

CONCEDE ABONO ESPECIAL DE NATAL AOS PROFESSORES DE EDUCAÇÃO INFANTIL E ENSINO FUNDAMENTAL DA REDE MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS

O Prefeito Municipal de Cachoeiro de Itapemirim, Estado do Espírito Santo, no uso de suas atribuições legais, especialmente com base no Artigo 5º, inciso VII, da Lei Municipal nº 5.400, de 27 de dezembro de 2002, e

CONSIDERANDO que a legislação federal ampara a utilização e aplicação de recursos específicos da educação, em especial dos saldos do final de exercício, em concessões pecuniárias aos Professores que atuam na Rede Municipal de Ensino, visando incentivar a melhoria da qualidade do ensino em benefício da comunidade;

CONSIDERANDO que por sua laboriosa dedicação, elevada qualificação e habilitação profissional, cumprindo com competência e desprendimento as suas atividades programadas e, ainda, resgatando a credibilidade do ensino público perante a população de Cachoeiro de Itapemirim, sendo, inclusive, modelo para municípios circunvizinhos que adotam experiências de Escolas da municipalidade nos métodos e conteúdos programáticos das suas Unidades de Ensino, nossos Professores, tanto da Educação Infantil como do Ensino Fundamental são merecedores de um benefício especial, por ocasião dos encerramentos das atividades, do Natal e Fim de Ano,

RESOLVE:

Art. 1º - Conceder a todos os Professores Ativos da Educação Infantil e do Ensino Fundamental da Rede Municipal **ABONO ESPECIAL DE NATAL** no valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), no presente exercício, em parcela única, cujo pagamento será efetuado na folha do Magistério Municipal relativa ao mês de dezembro de 2003.

Art. 2º - Este Decreto entra em vigor nessa data, revogadas as disposições em contrário.

Sobre este ponto, entendo que assiste razão ao recorrente, devendo ser afastada a incidência tributária sobre o **ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136**.

Preliminarmente, cumpre conceituar o que é salário: é toda contraprestação paga de forma habitual pelos serviços realizados, na relação jurídica que se estabelece entre empregado e empregador, conforme lições de Arnaldo Sussekind e Sérgio Pinto Martins¹.

¹“Como se insere, salário é a retribuição dos serviços prestados pelo empregado, por força do seu contrato de trabalho, sendo devido e pago diretamente pelo empregador que dele se utiliza para a realização dos fins colimados pela empresa; remuneração é a resultante da soma do salário percebido em virtude do contrato de trabalho e dos proventos auferidos de terceiros, habitualmente, pelos serviços executados por força do mesmo contrato. Essa distinção, oriunda dos conceitos legais de remuneração e de salário, é de inquestionável importância para a aplicação das diversas normas jurídicas atinentes às relações de trabalho, inclusive às que tangem à Previdência Social.” (SUSSEKIND, Arnaldo. Instituições do direito do trabalho, v. 1, p. 353.). SÉRGIO PINTO MARTINS, IN Direito do Trabalho, Atlas, 2002 assim descreve salário: “Remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, mas decorrentes do contrato de trabalho, de modo a satisfazer suas necessidades básicas e de sua família”. “A habitualidade é o elemento preponderante para se saber se o pagamento feito pode ou não ser considerado como

Decorrem desse conceito três requisitos necessários para que as parcelas pagas ao empregado configurem salário: obrigatoriedade em decorrência da relação jurídica estabelecida, contraprestação pelo serviço prestado e a habitualidade do seu pagamento.

No presente caso, entendo que, em relação ao **ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136**, a incidência tributária deve ser afastada, por ser considerado abono único, concedido uma única vez, dentro do ano-calendário de 2003, portanto, sem habitualidade, infringência esta não demonstrada pela fiscalização, sobretudo considerando que a motivação do lançamento, neste particular, foi genérica.

Depreende-se, pois, que a concessão da verba não possui vinculação ao salário, pois, conforme se verifica do diploma legal acima, o benefício foi concedido em valor fixo para todos os servidores ali elencados. Ademais, conforme previsto no art. 15, da Lei nº 8.212/91, considera-se empresa os órgãos e entidades da administração pública direta, indireta e fundacional, sendo irrelevante, portanto, ao caso dos autos, que o abono tenha sido concedido pela municipalidade aos seus servidores.

Nesse contexto, reiteradas decisões no âmbito do STJ pacificaram o entendimento de que o abono único concedido pelo empregador, nos termos do art. 28, § 9º, alínea “e”, item 7 da Lei nº 8.212/91, não poderá compor a base de cálculo das contribuições para a seguridade social, justamente por carecer dos requisitos que configuram a natureza salarial.

Nesse sentido, observa-se que o Item 7 da alínea “e” do Inciso I, do art. 28 da Lei nº 8.212/91, expressamente afasta da tributação os valores recebidos a título de ganhos eventuais e abonos desvinculados dos salários. Certamente porque abonos e ganhos eventuais não preenchem as características de salário.

O único requisito para a exoneração das contribuições sobre o abono é que este seja desvinculado do salário, requisito plenamente satisfeito pois, como se nota da legislação municipal, a parcela é paga em valor fixo para todos os servidores, sem qualquer conexão com os salários por eles recebidos.

A propósito, deve-se destacar que a própria PGFN já se manifestou a respeito do tema por meio do Parecer PGFN/CRJ/n. 2114/2011, no sentido de reconhecer a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça quanto a não incidência da contribuição previdenciária sobre o abono único.

Conforme se depreende do mencionado parecer, esse “tem como escopo analisar a viabilidade de ato declaratório (...) que dispensa a apresentação de contestação, a interposição de recursos e a desistência dos já interpostos em relação às demandas/decisões judiciais que fixam o entendimento de que a contribuição previdenciária não incide sobre os valores pagos pelo empregador aos seus empregados a título de abono único concedido por meio de Convenção Coletiva de Trabalho, conforme revisão do art. 28, alínea “e”, item 7, da Lei 8.212 de 24 de julho de 1991.”

Dessa forma, acato o pleito do recorrente, a fim de excluir do lançamento o levantamento **ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136**.

3.4. DIFER. PAGTO. ABONO - COD 467.

salário ou remuneração. O contrato de trabalho é um pacto de trato sucessivo, em que há a continuidade na prestação de serviços e, em consequência, o pagamento habitual dos salários”.

Em relação ao levantamento em epígrafe, a fiscalização motivou o lançamento da seguinte forma, conforme se depreende do Relatório Fiscal (e-fls. 62 e ss):

[...] 3. BASES DE CÁLCULO UTILIZADAS:

Foram utilizadas como base de cálculo das contribuições lançadas, as remunerações pagas **a segurados empregados** constantes das Folhas de Pagamento do contribuinte, nas rubricas e códigos abaixo, as quais se enquadram no conceito de salário-de-contribuição do Art. 28, inciso I, da Lei nº 8.212/91 e no art. 214, inciso I, do Regulamento da Previdência Social - RPS, conforme a seguir demonstrado:

(...)

> DIFER. PAGTO. ABONO - COD 467:

Pagamentos referentes a diferenças dos COD 101, 102 e 103 anteriores.

Dessa forma, levando em consideração que o lançamento em epígrafe decorre da diferença dos lançamentos anteriores de códigos 101, 102 e 103, consolidando o raciocínio aqui exposto, não há qualquer reparo a ser feito, eis que o único levantamento afastado, neste voto, foi o ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136 e que não é capaz de influenciar no referido lançamento.

4. Representação Fiscal para Fins Penais.

Para além do exposto, o sujeito passivo alega que a fiscalização não poderá, em obediência à lei federal e enquanto pendente de julgamento na esfera administrativa do presente contencioso, apresentar representação fiscal para efeitos penais, sob pena, em tese de se caracterizar abuso de autoridade regulado pela Lei nº 4.898/65.

Pois bem. Inicialmente, cabe esclarecer que sempre que constatar a ocorrência, em tese, de crime ou contravenção penal, o auditor fiscal deve formalizar Representação Fiscal para Fins Penais, inexistindo competência para apreciação de matéria penal no âmbito do contencioso administrativo tributário.

A propósito, já está sumulado o entendimento segundo o qual este Conselho não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes ao Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais (Súmula CARF nº 28).

De toda sorte, a representação fiscal para fins penais permanecerá sobrestada no âmbito da administração tributária até decisão definitiva na esfera administrativa, quando, então, poderá ser encaminhada ao órgão do Ministério Público, para efetuar seu juízo acerca dos fatos, bem como, conseqüentemente, sobre a conveniência ou não da instauração da persecução penal.

Conclusão

Ante o exposto, voto por CONHECER do Recurso Voluntário para rejeitar as preliminares e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de excluir do lançamento o levantamento **ABONO ESPECIAL DE NATAL - COD 136**.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Matheus Soares Leite

Fl. 17 do Acórdão n.º 2401-010.355 - 2ª Sejul/4ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15586.001976/2008-07