



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

Processo nº 19311.000544/2010-76
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-002.471 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de junho de 2012
Matéria SALÁRIO INDIRETO - TERCEIROS
Recorrente SIGVARIS DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/05/2007

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - SALÁRIOS INDIRETOS - DESCUMPRIMENTO DO ART. 28, § 9º DA LEI 8212/91.

Uma vez estando no campo de incidência das contribuições previdenciárias, para não haver incidência é mister previsão legal nesse sentido, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da isonomia.

CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS

A fiscalização previdenciária possui competência para arrecadar e fiscalizar as contribuições destinadas a terceiros, conforme art. 94 da Lei 8.212/91.

SALÁRIO INDIRETO - AJUDA DE CUSTO RELACIONADO A DESLOCAMENTO AO TRABALHO SEM DEMONSTRAÇÃO DA NATUREZA “PARA” O TRABALHO.

O pagamento de deslocamento para alguns empregados de sua residência até o trabalho não demonstra a exclusão da base de cálculo, posto que o empregado teria que se deslocar de qualquer forma, assim, como os demais demonstrando um benefício direto não concedido a todos os empregados e que não se coaduna com a regra “para o trabalho”, capaz de excluir a verba da base de cálculo.

SALÁRIO INDIRETO - FORNECIMENTO DE ALUGUEL PARA EMPREGADO.

Não traz o recorrente qualquer documento que demonstre que os valores dos alugueis fornecidos teriam relação direta com o trabalho desempenhado, mas, tão somente consiste de benefício direto pago ao empregado, possuindo nítida feição salarial.

PAGAMENTO DE SALÁRIO - AFERIÇÃO INDIRETA - PARÂMETRO RAZOÁVEL

Correto o procedimento adotado pelo auditor, ao determinar os valores do salário do empregado Jorge Okumura, baseando-se no salário pelo mesmo recebido alguns meses depois.

A não impugnação expressa dos fatos geradores objeto do lançamento importa em renúncia e consequente concordância com os termos da Decisão de Primeira Instância.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/05/2007

AUTO DE INFRAÇÃO - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES - SALÁRIO INDIRETO - NULIDADE DA AUTUAÇÃO - CERCEAMENTO DE DEFESA - FALTA DE DEFINIÇÃO DOS FATOS GERADORES.

Houve discriminação clara e precisa dos fatos geradores, possibilitando o pleno conhecimento pela recorrente não só no relatório de lançamentos, no DAD, bem como no relatório fiscal e seus anexos.

INCONSTITUCIONALIDADE - ILEGALIDADE DE LEI E CONTRIBUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

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

PROCEDIMENTO FISCAL - APRESENTAÇÃO DE TODOS OS TERMOS CIENTIFICANDO O RECORRENTE DA CONTINUIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL.

Tendo a autoridade fiscal cumprido todo o rito necessário a constituição do crédito e realização do procedimento não padece o lançamento de qualquer vício.

INTIMAÇÃO PARA APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS

A assinatura oposto por empregado do setor de contabilidade, para requisição de documentos não vicia o procedimento, posto que não se trata de documento final de constituição do crédito.

TRABALHO DO AUDITOR - ATIVIDADE VINCULADA

Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar as preliminares de nulidade; e II) no mérito, negar provimento ao recurso.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/09/2001

Autenticado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 10/07/2012 por ELIAS SAM PAIO FREIRE

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 19311.000544/2010-76
Acórdão n.º **2401-002.471**

S2-C4T1
Fl. 2

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, Lourenço Ferreira do Prado, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O presente Auto de Infração de Obrigação Principal, lavrado sob o n. 37.266.387-7, em desfavor da recorrente, tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela destinada a terceiros, no período de 01/2007 a 05/2007.

Conforme descrito no relatório fiscal, fl. 13 a 20, com análise das folhas de pagamento e da contabilidade, documentos que consubstanciaram o lançamento, foi detectado o fornecimento de diversos benefícios ao sr. JORGE NOBUYUKI OKUMURA, não considerados pela empresa como base de cálculo de contribuição previdenciária e, conseqüentemente, não informados em GFIP, declaração de cunho obrigatório, assim, motivo de autuação específica. Ditos fatos geradores consistem: TRANSPORTE (COMBUSTÍVEL/PEDÁGIO), AJUDA DE CUSTO (ALUGUEL) e considerando que o trabalhador não constava da folha de pagamento no período de 01/2007 a 05/2007, seu salário base foi apurado por aferição indireta pelo patamar do seu primeiro salário em folha.

A partir de junho de 2007, o segurado foi devidamente incluído em folha de pagamento como funcionário, com salário base de R\$ 4.500,00 e recebendo os mesmos benefícios aqui elencados, ainda não considerados pela empresa fatos geradores de contribuição previdenciária.

A fonte principal das apuração dos fatos geradores foram a contas contábeis:

LEVANTAMENTO AJ – ALUGUEL JORGE OKUMURA -
4.3.31.02.00.50 –

Foram encontrados recibos de aluguel pago a proprietário pessoa física em nome do empregado Jorge Nobuyuki Okumura, de janeiro a maio de 2007. Na referida conta aparece o histórico contábil: PAGTO OKUMURA E O VALOR DE r\$ 320,00. A identificação do lançamento, além do texto e numa análise mais profunda é indiscutivelmente a mesma dos lançamentos da conta “veículos”, para os pagamentos efetuados em nome desse segurado. Apenas que, devido à natureza diversa das despesas (veículos e alugueis) obviamente foram lançadas apropriadamente, cada qual em sua conta.

LEVANTAMENTO TJ – TRANSPORTE JORGE OKUMURA -
4.3.35.02.00.42

Esse levantamento extraído dos documentos examinados referentes aos lançamentos contábeis da conta 4.3.35.02.00.42 - VEÍCULOS para custear o transporte de ida e vinda ao trabalho, como combustível e pedágio. A apuração deu-se por meio de demonstrativos de reembolso de despesas mensais com a quilometragem diária efetuada, atribuindo-se um valor pelo quilômetro rodado, fixado de acordo com o local da residência do funcionário, juntamente com as passagens diárias pelas praças de pedágios de acesso a empresa. As passagens de pedágio foram obtidas por meio das faturas do sistema “Sem parar”.

LEVANTAMENTO SJ – SALÁRIO JORGE OKUMURA –

Conforme dito anteriormente o sr. Jorge Okumura foi inserido na FOPAG apenas em junho de 2007, conforme documento de todo ano de 2007. Devido aos fatos descritos nos itens anteriores, quanto aos recebimentos por parte do segurado,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente e

m 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 10/07/2012 por ELIAS SAM

PAIO FREIRE

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

comprovadamente ajuda de custo veículo (combustível e pedágio) e aluguel de janeiro a maio de 2007.

Ressaltou-se que os valores não foram declarados em GFIP, tendo sido lavrado auto de infração específico sob o n. 37.266.381-8.

Procedeu a autoridade fiscal ao comparativo da multa aplicada de acordo com os termos da lei 11.941, procedendo ao comparativo da mesma de forma a aplicar a mais benéfica a recorrente.

Importante, destacar que a lavratura do AI deu-se em 23/09/2010, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 27/09/2010.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, no corpo do processo 19311000542/2010-21, que trata do AIOP, referente a parcela patronal, fls. 337 a 367.

Foi exarada a Decisão de 1 instância que confirmou a procedência do lançamento, constando no corpo do processo 19311000542/2010-21, que trata do AIOP, referente a parcela patronal, fls. 427 a 432.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, no corpo dos autos processo 19311000542/2010-21, que trata do AIOP, referente a parcela patronal, conforme fls. 677 a 703, contendo em síntese os mesmo argumentos da impugnação, senão vejamos:

1. Não merece prosperar a acórdão prolatado uma vez que fadado à discricionariedade e dessa maneira, à inconstitucionalidade e ilegalidade, conforme se verificará nas razões de direito a seguir expostas.
2. Quanto ao MPF não tendo ocorrido a intimação de prorrogação no prazo legal, o contribuinte readquire a espontaneidade, o que torna nula a continuidade do procedimento fiscal.
3. Ao contrário do entendimento do nobre julgador, considerando a obrigatoriedade de observância dos preceitos formais vinculados ao procedimento fiscal deve ser declarada a nulidade do lançamento.
4. Considerando que o Sr. Ozemar não compõe o quadro societário da empresa, a este é vedado receber intimação ou notificação sem o devido instrumento de mandato, posto que as informações constantes em procedimento fiscal são sigilosas.
5. A ajuda de custo não se subsume à hipótese de remuneração passível de incidência, uma vez que se caracteriza como ressarcimento de despesa na realização da função atribuída ao empregado, ou até mesmo na sua locomoção ao estabelecimento onde trabalha.
6. No tocante a moradia, a distância da empresa ficou comprovada, posto que os empregados não residem no mesmo município da sede ora requerente. Logo não possui o caráter salarial.

7. Não há qualquer vantagem ao empregado sobre o pagamento de ajuda de custo para manutenção de veículo próprio do empregado quando destinado a ressarcir gastos que teve em benefício do empregador, ou seja, no desempenho da atividade que lhe foi atribuída.
8. Ilegal a constituição de crédito tributário através de presunção de fatos por insuficiência de provas. Inaceitável a lavratura de auto de infração por presunção sob o argumento da fiscalização de que inexistia material probatório suficiente para motivar a infração que pretende imputar ao contribuinte.
9. Cumpra esclarecer a boa fé da ora recorrente e a constante contribuição para a fiscalização e a constante contribuição para com a fiscalização, a qual em todos os momentos foi sempre atendida e a ela apresentados todos os documentos técnicos solicitados.
10. No caso em questão o presente AI foi lavrado com base numa presunção de infração em momento algum confirmada mediante prova documental pela fiscalização, a qual demonstra expressamente não ter verificado todos os documentos apresentados, sendo dessa maneira necessária a realização de uma nova diligência pelo fiscal impugnado para efetiva verificação de todos os documentos fiscais devidamente apresentados, mas não analisados adequadamente pela fiscalização, conforme se evidencia claramente no presente AI.
11. A imposição de multa foi fixada em desconformidade inclusive com os dispositivos invocados, caracterizando-se confiscatória.
12. Foram inobservados os princípios constitucionais da legalidade, finalidade, motivação, verdade material
13. Os valores disponibilizados aos funcionários da empresa da empresa não possuem natureza salarial dado o caráter de ressarcimento ou incentivo, não constituindo contraprestação ao serviço prestado.
14. Vislumbram-se vícios de nulidade no AI, qual seja violação ao sigilo fiscal por não ter sido exigido instrumento hábil a legitimar os funcionários a receber intimações da impugnante.
15. Nulo também em função de não possui prova documental suficiente para caracterização da infração pretendida, o que invalida o AI.
16. Seja por fim declarada a inexigibilidade da contribuição e multa imposta.

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. 778 e 677. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Alegando nulidade do procedimento, argumenta o recorrente que o procedimento administrativo adotado não poderia ser realizado da forma como foi, independente da causa, legal ou contratual, o que malfeire o princípio do devido processo legal, posto que não houve a devida motivação, ou mesmo fundamentação para que se apurasse determinadas verbas como salário de contribuição. Vejamos de forma sintética, os termos do recurso:

Não merece prosperar a acórdão prolatado uma vez que fadado à discricionariedade e dessa maneira, à inconstitucionalidade e ilegalidade, conforme se verificará nas razões de direito a seguir expostas.

Quanto ao MPF não tendo ocorrido a intimação de prorrogação no prazo legal, o contribuinte readquire a espontaneidade, o que torna nula a continuidade do procedimento fiscal.

Ao contrário do entendimento do nobre julgador, considerando a obrigatoriedade de observância dos preceitos formais vinculados ao procedimento fiscal deve ser declarada a nulidade do lançamento.

Considerando que o Sr. Ozemar não compõe o quadro societário da empresa, a este é vedado receber intimação ou notificação sem o devido instrumento de mandato, posto que as informações constantes em procedimento fiscal são sigilosas.

Quanto as ditas alegações, em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, as nulidade avençadas pelo recorrente

Observa-se que compõem o Auto de Infração todos os documentos pertinentes a constituição do crédito ora sob análise. e mencionado no corpo do próprio relatório, fl. 36 e 50, as autorizações por meio da emissão do Termo de Início de Procedimento Fiscal, anexo IV, fl. 651.

Conforme descrito no parágrafo anterior foi emitido o respectivo Termo de Início de Procedimento, instrumento hábil a solicitar a documentação relativa a todo e qualquer recebimento por parte dos segurados empregados a seu serviços, sendo inclusive, solicitada contabilidade formalizada, instrumento que consubstanciou o lançamento. Assim, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária, inclusive solicitando esclarecimentos sobre diversos pontos

apurados durante o procedimento não haveria de se falar em qualquer vício no procedimento adotado.

No mesmo termo, encontra-se a devida designação a auditora fiscal responsável pelo procedimento fiscal. Note-se que os termos de Intimação, fl. 654 a 659, de n. 02 a 06, foram entregues pessoalmente na figura do Sr. Alfredo Vieira – Diretor Financeiro, já os termos de n. 07 foi entregue em meio postal, fl. 661 a 662, sendo que os Termos de Intimação 9 e 10, foram assinados pelo Sr. Ozemar Soares, porém trata-se apenas de solicitação de documentos e intimação para que representante da empresa compareça a Delegacia para prestar documentos, sendo que não há de se falar em cerceamento do direito de defesa. Note-se que ao contrário do entendimento do recorrente a solicitação de documentos realizada pela autoridade fiscal, na pessoa de empregado do setor de contabilidade não provoca vício no procedimento, uma vez que não trata-se de cientificação acerca da lavratura do auto de infração, esse sim, possível apenas na figura do representante legal.

Foi realizada a conclusão dos trabalhos com a emissão do Termo de Encerramento, fl. 668, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.

Quanto ao questionamento acerca das prorrogações de MPF, que importariam na nulidade do lançamento, entendo que o assunto já foi esclarecido pela autoridade julgadora de primeira instância, não tendo o recorrente apresentado qualquer fato novo que implicasse na alterações das razões descritas na referida decisão. Assim, transcrevo trecho da decisão no que pertine ao MPF, adotando as razões ali expostas como razão de decidir:

No que se refere ao MPF, vale lembrar que o mesmo encontra-se disciplinado pela Portaria RFB n. 11.371 de 12 de dezembro de 2007, que quanto à sua validade e prorrogação assim dispôs:

Art. 11. *Os MPF terão os seguintes prazos máximos de validade:*

I - cento e vinte dias, nos casos de MPF-F e de MPF-E;

II - sessenta dias, no caso de MPF-D.

Art. 12. *A prorrogação do prazo de que trata o art. 11 poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observado, em cada ato, o prazo máximo de sessenta dias, para procedimentos de fiscalização, e de trinta dias, para procedimentos de diligência.*

Quer dizer o prazo de validade desse Mandado será de 120 dias (cento e vinte) dias, prorrogáveis tantas vezes quantas necessárias, o que ocorreu no presente caso, como se verifica da cópia que juntamos às fls. 1108.

Ressalte-se que em se tratando de fiscalização, propriamente dita, é emitido o MPF-F, conforme dispõe o parágrafo único do art. 2 dessa Portaria. Confira:

Art. 2º *Os procedimentos fiscais relativos a tributos administrados pela RFB serão executados, em nome desta, pelos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (AFRFB) e instaurados mediante Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).*

Parágrafo único. *Para o procedimento de fiscalização será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F), e no caso de diligência, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).*

Ademais, a sua emissão e prorrogação é um ato administrativo de natureza discricionária de controle e planejamento da atividade fiscal e de informação ao contribuinte, sendo que eventuais incorreções ou omissões na sua expedição ou renovação não geram nulidade no âmbito do processo administrativo ou contaminam o lançamento decorrente da ação fiscal, sujeitando apenas o auditor fiscal quanto ao aspecto disciplinar.

Por outro lado, o próprio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais em inúmeros Acórdãos, ao apreciar idêntica matéria, já se pronunciou no mesmo sentido, como se vê da Decisão a seguir descrita.

PRELIMINAR – MPF – FALTA DE CIÊNCIA DE PRORROGAÇÃO – A regulamentação do MPF estabelece que a prorrogação dos mesmos será controlada na internet, não sendo necessária a ciência pessoal das mesmas (Acórdão n. 102-48623 – Processo n. 18471.001003/2004-11, DOU de 23.11.2007)

O entendimento se fundamenta no fato de que tanto o MPF original quanto a sua prorrogação não se constitui em ato essencial à validade do procedimento fiscal, tratando-se de mero instrumento de controle interno.

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar por não ter a autoridade realizado a devida indicação dos motivos que ensejaram a autuação, entendendo que razão não assiste ao recorrente.

Quanto à necessidade de justificativa para realização de auditoria (motivação), destaca-se que a autoridade fiscal possui competência para verificar o fiel cumprimento da legislação previdenciária. Ademais, o próprio conceito de auditoria descrito na normas previdenciárias, esclarece seu objetivo: “A Auditoria-Fiscal Previdenciária - AFP ou Fiscalização é o procedimento fiscal externo que objetiva orientar, verificar e controlar o cumprimento das obrigações previdenciárias por parte do sujeito passivo, podendo resultar em lançamento de crédito previdenciário, em Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, em lavratura de Auto de Infração ou em apreensão de documentos de qualquer espécie, inclusive aqueles armazenados em meio digital ou em qualquer outro tipo de mídia, materiais, livros ou assemelhados.”

Simplemente alegar, sem demonstrar o cumprimento da legislação, ou mesmo quais os vícios contidos no lançamento não servem como meio para anular o lançamento. Note-se que o relatório fiscal, encontra-se detalhado, por rubrica, permitindo ao recorrente o exercício do amplo direito de defesa, razão porque correto foi o procedimento adotado.

Ademais, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, ou a descumprimento das obrigações acessórias previstas em lei, face a ocorrência do fato gerador, cumpri-lhe lavrar de imediato os respectivos autos de infração de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário, ou imputando-lhe a multa devida. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se

referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

Importante enfatizar que não se trata de lançamento por presunção, como questionou o recorrente, tanto que o relatório fiscal, mostrou-se detalhado, inclusive anexou a autoridade fiscal diversas planilhas e documentos para demonstrar suas convicções, possibilitando ao recorrente, mesmo para aqueles levantamentos em que não apresentou os documentos pertinentes ao cumprimento da legislação durante o procedimento fiscal, apresentá-los na impugnação ou na esfera recursal, demonstrando que os fatos geradores apurados não existiram, contudo, não o fez. Assim, o lançamento encontra-se consubstanciado em registros contábeis não contestados pelo recorrente, não servindo meros argumentos desprovido de provas, capazes de desconstituir o lançamento. Nem mesmo fez o recorrente qualquer questionamento quanto a inexistência do vínculo de emprego com o sr. Jorge Okumura.

No que tange a arguição de inconstitucionalidade de legislação previdenciária que dispõe sobre o recolhimento de contribuições e sobre as bases de cálculo apuradas, 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 as normas previstas na Lei n° 8.212/1991.

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, apenas para efeitos de esclarecimento, entendo pertinente transcrever trecho do Parecer/CJ n° 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumpre 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.

Superadas as preliminares, passo ao exame do mérito

DO MÉRITO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 10/07/2012 por ELIAS SAM PAIO FREIRE

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Em primeiro lugar, cumpre observar que fiscalização previdenciária possui competência para arrecadar e fiscalizar as contribuições destinadas a terceiros, conforme art. 94 da Lei 8.212/91.

No mérito, foram atacados os salários indiretos considerados pela auditoria fiscal, como salário de contribuição para efeitos previdenciários. 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 nº 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.

Como o lançamento envolve ainda contribuições sobre os pagamentos feitos a contribuintes individuais faz-se conveniente apreciar o salário de contribuição e também em relação a estes segurados. Para os trabalhadores contribuintes individuais, o art. 28, III da referida lei, assim dispõe:

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

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o §5º;

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.

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;

c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10/12/97, e de 6 a 9 acrescentados pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;

3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;

4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;

5. recebidas a título de incentivo à demissão;

6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT;

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada;

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984;

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

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; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 20/11/98)

u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

Assim, ao não cumprir os dispositivos legais quanto a concessão dos benefícios: ao sr. JORGE NOBUYUKI OKUMURA, não considerados pela empresa como base de cálculo de contribuição previdenciária e, conseqüentemente, não informados em GFIP, declaração de cunho obrigatório, assim, motivo de autuação específica. Ditos fatos geradores consistem: TRANSPORTE (COMBUSTÍVEL/PEDÁGIO), AJUDA DE CUSTO (ALUGUEL) e salário não descrito em FOPAG e considerando que o trabalhador não constava da folha de pagamento no período de 01/2007 a 05/2007, seu salário base foi apurado por aferição indireta pelo patamar do seu primeiro salário em folha a partir do mês de Junho/2007.

Ao conceder benefícios 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. Não há de se argumentar que existia previsão em acordos ou convenções coletivas de trabalho, posto que esses instrumentos de negociação coletiva são válidos para normatizar direitos trabalhistas e não os reflexos desses nas parcelas que compõem a base de cálculo de contribuições previdenciárias.

DOS VEÍCULOS E DESPESAS PELO DESLOCAMENTO PARA O TRABALHO

Esse levantamento 4.3.35.02.00.42 – VEÍCULOS, engloba os pagamentos feitos pela empresa ao sr. Jorge Okumura para custear o transporte de ida e vinda ao trabalho, como combustível e pedágio. A apuração deu-se por meio de demonstrativos de reembolso de despesas mensais com a quilometragem diária efetuada, atribuindo-se um valor pelo quilômetro rodado, fixado de acordo com o local da residência do funcionário, juntamente com as passagens diárias pelas praças de pedágios de acesso a empresa. As passagens de pedágio foram obtidas por meio das faturas do sistema “Sem parar”.

Dessa forma, pelo que restou demonstrado pelo auditor em seu relatório os valores fornecidos ao empregado para o deslocamento de sua residência para o trabalho não se coaduna com os dispositivos legais que excluem ditos valores da base de cálculo do salário de contribuição.

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

“r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços;

O fato do empregador ressarcir as despesas de deslocamento do empregado para ir ao trabalho, não denota que ditos pagos caracterizam-se como “necessários ao desempenho do trabalho”, posto que todos os empregados em geral precisam realizar esse deslocamento, independente do local em que residem. O dispositivo legal, seria aplicável, caso o empregado precisasse do carro para o desempenho de suas atividades, caso as mesmas fossem executadas durante a jornada de trabalho na visita de clientes ou unidades da empresa por exemplo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente e

m 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 10/07/2012 por ELIAS SAM

PAIO FREIRE

Impresso em 10/07/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Deslocar-se para o trabalho é ônus de todo e qualquer empregado, devendo o empregador conceder-lhe vale transporte na forma, da lei, esse sim, excluído do conceito de salário de contribuição. Contudo, ao resolver o recorrente pagar o deslocamento do empregado, teve este um benefício direto, que nada mais é do que um ganho indireto, cuja natureza é eminentemente salarial para efeitos previdenciários.

Assim, o benefício nada mais é do que concedido “pelo” trabalho, consistindo em um benefício direto ao trabalho, que para obtê-lo teria que dispende valores próprios.

Dessa forma, entendo procedente o lançamento quanto a essa rubrica.

ALUGUEIS

Com relação aos pagamentos apurados por intermédio da conta 4.3.31.02.00.50 – DESPESAS DE ALUGUÉIS -, descreve o auditor que foram encontrados recibos de aluguel pago a proprietário pessoa física em nome do empregado Jorge Nobuyuki Okumura, de janeiro a dezembro de 2007. Na referida conta aparece o histórico contábil: PAGTO OKUMURA E O VALOR DE R\$ 320,00. A identificação do lançamento, além do texto e numa análise mais profunda é indiscutivelmente a mesma dos lançamentos da conta “veículos”, para os pagamentos efetuados em nome desse segurado.

Assim, não traz o recorrente qualquer documento que demonstre que os valores dos alugueis fornecidos teriam relação direta com o trabalho desempenhado, mas, tão somente consiste de benefício direto pago ao empregado, possuindo nítida feição salarial, assim, como os ressarcimentos de despesas com o transporte do referido empregado.

Na verdade a fundamentação legal para manutenção do lançamento é a mesma, posto que não demonstrado que a empresa encontrava-se em local afastado, ou que os empregados precisassem permanecer em local determinado pelo empregador.

Por fim, convém destacar que a nomenclatura utilizada pelo recorrente não é relevante para identificação da sua feição salarial, tendo a identificação da natureza da verba, sido apreciada de acordo com o objetivo da verba, sua destinação, sendo irrelevante o nome adotado.

SALÁRIO DO SR. JORGE OKUMURA

No recurso em questão, quanto ao salário atribuído ao sr. Jorge para os meses de 01 a 05/2007, resumiu-se o recorrente a atacar a validade do procedimento fiscal, e os diversos salários indiretos, sem refutar a continuidade da prestação de serviços na qualidade de empregado. Dessa forma, em relação aos fatos geradores objeto deste levantamento, como não houve recurso expresso aos pontos da Decisão-de 1 instância presume-se a concordância da recorrente com a referida decisão.

Uma vez que houve concordância, lide não se instaurou e, portanto, deve ser mantida a Decisão quanto a este ponto. Ademais os parâmetros utilizados pelo auditor encontram-se dentro da razoabilidade, já que o mesmo utilizou como salário os valores recebidos pelo mesmo empregado alguns meses depois, já que as condições do desempenho da atividade se mantiveram inalterados, quais sejam, fornecimento de aluguel, pagamento do deslocamento.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, devendo ser mantido nos termos da Decisão-Notificação, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente são incapazes de refutar a presente notificação.

NATUREZA SALARIAL DAS UTILIDADES

Após a apreciação individual de cada uma das utilidades fornecidas, entendo importante firmar entendimento do papel das utilidades dentro do conceito de salário de contribuição.

Não se pode descartar o fato de que os valores pagos à título de alugueis e despesas de deslocamento em desacordo com a lei não representem alguma espécie de ganho para seu empregado. Pelo contrário, estão inseridos no conceito *lato* de remuneração, assim compreendida a totalidade dos ganhos recebidos como contraprestação pelo serviço executado.

Também convém reproduzir a posição da professora Alice Monteiro de Barros acerca da distinção entre utilidades salariais e não-salariais:

"As utilidades salariais são aquelas que se destinam a atender às necessidades individuais do trabalhador, de tal modo que, se não as recebesse, ele deveria despendar parte de seu salário para adquiri-las. As utilidades salariais não se confundem com as que são fornecidas para a melhor execução do trabalho. Estas equiparam-se a instrumentos de trabalho e, conseqüentemente, não têm feição salarial."

Ademais, a interpretação para exclusão de parcelas da base de cálculo é literal. A isenção é uma das modalidades de exclusão do crédito tributário, e desse modo, interpreta-se literalmente a legislação que disponha sobre esse benefício fiscal, conforme prevê o CTN em seu artigo 111, I, nestas palavras:

Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:

I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;

Assim, onde o legislador não dispôs de forma expressa, não pode o aplicador da lei, por mais que se vislumbre a boa intenção do empregador, estender a interpretação, sob pena de violar-se os princípios da reserva legal e da isonomia.

DA ILEGALIDADE DA APLICAÇÃO DE JUROS SOBRE A MULTA

DE OFÍCIO.

Alega o recorrente que ilegal a cobrança de juros e multa que lhe foram imputados, contudo, entendo que razão não assiste ao recorrente neste ponto. Conforme já apreciado pela autoridade julgadora, no caso em questão correto a aplicação dos juros e multa, sendo as duas aplicadas em relação ao montante do débito apurado. Os juros de mora são aplicáveis sobre o valor original da contribuição devida, conforme descrito no relatório fiscal fl. 91 e 92, item 100 e seguintes.

Na aplicação da multa, a autoridade fiscal procedeu a análise da situação mais favorável, só havendo a aplicação da multa de ofício nas competência em que essa foi mais benéfica ao recorrente.

Note que a aplicação de juros SELIC, não se confunde com a multa de ofício, posto que os juros moratórios são aplicáveis pelo inadimplemento da obrigação na época oportuna. Nesse sentido, dispõe a Súmula nº 03, do CARF “ É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados

Documento assinado digitalmente em 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente e

m 09/07/2012 por ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA, Assinado digitalmente em 10/07/2012 por ELIAS SAM

pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais”.

Note-se que a autoridade julgadora na decisão de 1 instância já refutou os argumentos do recorrente, não havendo reparo a ser feito na referida decisão.

Por todo o exposto o lançamento fiscal seguiu os ditames previstos, haja vista que os argumentos apontados pelo recorrente em sua maioria são insuficientes para refutar a totalidade lançamento. Estando, portanto, no campo de incidência do conceito de remuneração e não havendo dispensa legal para incidência de contribuições previdenciárias sobre as verbas (conforme apreciado individualmente acima), no período objeto do presente lançamento, conforme já analisado, deve persistir o lançamento em parte.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para rejeitar a preliminar de nulidade e no mérito NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira