

S2-C3T2

Fl. 1

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

Processo nº 35464.003850/2006-91
Recurso nº 141.444Embargos
Acórdão nº **2302- 001.662—3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado ACÓRDÃO N. 205-0.1180 E BANCO ITAÚ

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/99 a 02/05

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos para rescindir o acórdão anterior. Em substituição a esse, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

(Assinado digitalmente)

LIEGE LACROIX THOMASI – Presidente Substituta na data da formalização do Acórdão.

(Assinado digitalmente)

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

EDITADO EM: 20/09/2012

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

Autenticado digitalmente em 20/09/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 26/09/2012 por LIEGE LACROIX THOMASI

Impresso em 03/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Manoel Coelho Arruda Júnior e Adriana Sato.

Relatório

Adoto relatório constante de fls. 172/181:

Trata-se de Auto de Infração, lavrado pela AFPS matrícula nº 1.259.972, tendo em vista que, consoante Relatório Fiscal da Infração [fls. 02/05], a empresa elaborou a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GPIF em desacordo com o artigo 32, inciso IV, da Lei 8.212/91, atualizada pela Lei 9.528/97, não relacionando os fatos geradores que foram objeto de Notificações Fiscais de Lançamento de Débito e Lançamento de Crédito Confessado.

O Relatório Fiscal [fls. 02/05] ainda menciona:

A) A NFLD nº 35.808.776-7 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre o pagamento a empregados de participação nos resultados – PR não objeto de negociação e excedente a participação nos lucros ou resultados – PLR convencionada;

B) A NFLD nº 35.808.770-8 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre a alimentação dos administradores estatutários e segurados empregados ofertada in natura através das refeições nos restaurantes custeados pela empresa, denominados RESTAURANTE VIP e RESTAURANTE SOCIAL.

C) LCD nº 35.808.768-6 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre remuneração paga a título de luvas e bonificações a segurados empregados provenientes do contrato de trabalho, de reenquadramento salarial e de transferência de alguns destes para empresas controladas, conforme autorizações emitidas pela empresa (levantamento GR2); prêmio pago em folha de pagamento para os diretores não empregados (levantamento PA2); doação de veículos (levantamento VE4);

D) NFLD nº 35.808.779-1 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre o pagamento de prêmio de seguro de vida em grupo aos empregados;

E) NFLD nº 35.808.771-6 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre salário-utilidade sob a forma de concessão de exames médicos denominados “CHECKUP’s” aos seus administradores estatutários e empregados executivos (levantamento AM4); seguro saúde hospitalar “HOSPITAÚ” aos seus administradores estatutários (levantamento AM2).

Importante salientar que tais assistências médicas não são

totalmente extensivas a todos os empregados e dirigentes e não são totalmente custeadas pelo contribuinte.

F) NFLD nº 35.808.772-4 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre honorários mensais pagos aos membros do Conselho Consultivo do Banco Itaú S.A., segurados contribuintes individuais.

G) NFLD nº 35.808.777-5 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre a concessão de reembolso babá aos empregados;

H) NFLD nº 35.808.780-5 referente a contribuições previdenciárias incidentes sobre salário-utilidade devido ao uso pessoal dos veículos de patrimônio da empresa;

I) Que deixaram de ser declaradas em GFIP as remunerações pagas a autônomos que prestaram serviço à empresa. A relação nominal desses segurados com a respectiva remuneração não declarada, encontra-se em meio magnético foi entregue à empresa e está anexada ao Auto de Infração;

J) A lavratura do AI nº 35.808.766-0, por não apresentar documentos solicitados; bem como a lavratura do AI nº 35.808.764-3, por não informar em folha de pagamento a verba do levantamento;

L) Que para a verba de participação nos resultados dos empregados, a empresa apresentou relação incompleta, não conseguindo resgatar os dados na sua totalidade.

Consta, ademais, às fls. 05, Relatório Fiscal de Multa, o qual menciona que conforme o disposto no artigo 284, inciso II do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99 e artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º da Lei 8.212/91 atualizada pela Lei 9.528/97, a multa a ser aplicada corresponde a 100% do valor devido relativo à contribuição não declarada por competência, em razão do numero de segurados da empresa.

Não obstante, a Recorrente juntou aos autos sua IMPUGNAÇÃO [fls. 40/42], onde sustenta que os valores pagos por ela não integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias lançadas nas NFLD's, SEJA PORQUE NÃO POSSUEM NATUREZA SALARIAL, SEJA PELA EXISTENCIA EXPRESSA DESSA ISENÇÃO. Naturalmente, como não constituem fato gerador da contribuição previdenciária, não devem ser incluídos na GFIP, razão pela qual descabe a multa ora imposta.

Destarte, a Recorrente impetrou Mandado de Segurança com Pedido de Liminar, na 9ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo, às fls. 152/176 contra ato do Senhor Gerente Regional de Arrecadação e Fiscalização do INSS – Regional da Vila Mariana – SP, alegando:

Que a decisão administrativa não deve prevalecer, pois além de afrontar o art. 22 da Lei 8.212/91 e o art. 37 do Decreto 612/92,

contraria a Constituição Federal em seu artigo 7º, XXV que prevê como direito dos trabalhadores, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas, e o XXVI, que reconhece a eficácia das Convenções e Acordos Coletivos;

O prazo decadencial, no caso em exame, a lavratura da NFLD, constituiu-se em ato precário uma vez que sujeita à impugnação por parte do contribuinte tendo-se tornado ato eficaz quando da intimação da decisão do órgão administrativo não mais sujeita a recurso;

DO FUMUS BONI IURIS: a creche é mantida pela empresa e em seu próprio estabelecimento, desse modo, não cabe incidência da contribuição previdenciária, uma vez que o artigo 457, parágrafo 2º da CLT exclui as ajudas de custo (auxílio creche/auxílio babá) como parcela integrante do salário;

DO PERICULUM IN MORA: o art. 5º, LXIX da CF, e o art. 1º, da lei 1.533/51, dispõem que se concedera liminar no mandado de segurança, na hipótese de haver justo receio de sofrer violação de direito líquido e certo, sendo, por conseguinte, da própria natureza do instituto o resguardo preventivo desse direito.

Desse modo, tem-se a sentença proferida pela Juíza Federal às fls. 178/186, a qual julgou procedente o pedido, consequentemente concedeu a ordem e manteve a liminar concedida para exonerar a impetrante do pagamento de contribuição previdenciária sobre as verbas denominadas reembolso-creche, ou auxílio-creche, anulando a NFLD nº 31.618.073-4, do dia 03 de maio de 1994.

A Decisão Notificação [fls. 135/141] julgou procedente o lançamento fiscal, mencionando que [fls. 135]:

[...] Apresentar a empresa GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias constitui infração ao artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 9.528/97.

Inconformada com a DN, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário [fls. 161/ 163], cujas razões aduzidas identificam-se com aquelas relatadas em sede de Defesa.

Imperioso ressaltar que quando da apresentação do Recurso Voluntário, a ora Recorrente efetuou o depósito administrativo facultativo equivalente a 30% da totalidade do crédito tributário [fls. 164].

As contra-razões do Fisco encontram-se às fls. 168/169.

Em 07 de outubro de 2008, a então 5ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes prolatou acórdão que, por maioria, anulou o auto de infração lavrado.

Cientificada do *decisum* proferido, a Procuradoria da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração [fls. 184/188] que suscita, em síntese, ter o julgamento incorrido em omissão, pois deixou de se manifestarem face de outros fatos geradores constantes da referida autuação;

Isso significa dizer que esta autuação ocorreu porque o contribuinte deixou de informar a GFIP os fatos geradores relativos a diversos fatos geradores: pagamento a empregados de participação nos lucros (NFLD IV 35.808.776-7), alimentação ofertada in natura, através de restaurantes custeados pela empresa (NFLD nº 35.808.770-8); gratificações eventuais, prêmio pago a diretores, doação de veículos (LDC nº 35.808.768-6); pagamentos de prêmios de seguro de vida em grupo (NFLD nº 35.808.779-1); salário-utilidade sob forma de concessão de exames médicos e seguro saúde hospitalar (NFLD nº 35.808.771-6); honorários pagos membros do Conselho Executivo do banco (NFLD nº 35.808.772-4); reembolso baba (NFLD nº 35.808.777-5); e salário-utilidade pago sob a forma de uso pessoal de veículos da empresa (NFLD 110 35.808.780-5).

Em análise de admissibilidade prévia, foi constatada a omissão suscitada e acolhido os embargos de declaração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR

1 ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Tratam-se de embargos de declaração oposto pela r. PGFN em face do Acórdão n. 205-0.1180, proferido pela então 5ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que, em análise do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, entendeu pela nulidade do processo:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/99 a 28/02/05

Ementa: TRIBUTÁRIO. SEGURO DE VIDA EM GRUPO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO INCIDÊNCIA. FATOS GERADORES ANTERIORES À ALTERAÇÃO DO ART. 458, § 2º, DA CLT PELA LEI Nº. 10.243/2001 E DO ART. 28, § 9º, ALÍNEA "P", DA LEI Nº.8.212/91, PELA LEI Nº. 9.528/97. NATUREZA SALARIAL. DESCARACTERIZAÇÃO.

I - O art. 458, § 2º, da CLT, alterado pela Lei nº.10.243/2001, e o art. 28, § 9º, alínea "p", da Lei 8.212/91, modificado pela Lei 9.528/97, estabeleceram, respectivamente, a natureza não-salarial do seguro de vida e a não-incidência da contribuição previdenciária sobre esses ganhos.

II - O débito em cobrança é anterior à lei que excluiu da incidência o valor do seguro de vida, mas, independentemente da

exclusão, por força da interpretação teleológica do primitivo art. 28, inciso I, da Lei 8212/91, pode-se concluir que o empregado nada usufrui pelo seguro de vida em grupo, o que descarta a possibilidade de considerar-se o valor pago, se generalizado para todos os empregados, como sendo salário-utilidade.

(RESP 695575/RS. Min. Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ nº.13-03-2005, pg. 205).

PIS – ENTIDADE SEM FINS LUCRATIVOS - AUXÍLIO-CRECHE OU BENEFÍCIO-CRECHE – CONTRIBUIÇÃO INDEVIDA

Sendo a parcela do auxílio-creche ou benefício-creche, que inclusive foi homologado em acordo coletivo, um direito do trabalhador (CF/88, art. 7º, XXV e XXVI), e cuja comprovação pelo empregado é obrigatória, não pode a mesma ser confundida como salário e, como tal, não está abrangida pela incidência da contribuição. Recurso provido.

Acórdão 203.07104. Terceira Câmara. Relator: Mauro Wasilewski.

TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-CRECHE. VERBA INDENIZATÓRIA. AUSÊNCIA DE NATUREZA SALARIAL

*1. Dado seu caráter indenizatório, o valor pago ao empregado, a título de auxílio **creche**, não constitui remuneração nem integra o salário, não incidindo, sobre ele, contribuição social sobre a folha de salários (Carta Magna, art. 195, I) (q.v. REsp 48995, Ministro João Otávio de Noronha, publicado em 13/06/2005).*

2. Honorários advocatícios fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

3. Apelação da União (Fazenda Nacional) e remessa oficial, tida por interposta, não provida.

4. Recurso adesivo provido em parte

(TRF 1ª Região. Apelação Cível 2003.00.002723-2/PI. Dês. Carlos Fernando Mathias. 8 Turma. DJ 10/02/2006, pág. 152).

Processo Anulado

Suscita a Fazenda Nacional, em síntese, que julgamento incorreu em omissão, pois deixou de se manifestarem face de outros fatos geradores constantes da referida autuação:

Isso significa dizer que esta autuação ocorreu porque o contribuinte deixou de informarem GFIP os fatos geradores relativos a diversos fatos geradores: pagamento a empregados de participação nos ' lucros (NFLD IV 35.808.776-7), alimentação ofertada in natura, através de restaurantes custeados pela empresa (NFLD nº 35.808.770-8); gratificações eventuais, prêmio pago a diretores, doação de veículos (LDC nº 35.808.768-6); pagamentos de prêmios de seguro de vida em

grupo (NFLD no 35.808.779-1); salário-utilidade sob forma de concessão de exames médicos e seguro saúde hospitalar (NFLD nº 35.808.771-6); honorários pagos membros do Conselho Executivo do banco (NFLD nº 35.808.772-4); reembolso baba (NFLD nº 35.808.777-5); e salário-utilidade pago sob a forma de uso pessoal de veículos da empresa (NFLD 110 35.808.780-5).

O Acórdão julgado por esta Turma contém omissão quanto à análise dos demais fatos geradores consignados na autuação.

Diante disso, em atenção ao disposto no artigo 65 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n. 256, de 22/06/2009, acolher os embargos para rescindir o acórdão anterior

2 DA ANÁLISE DO RECURSO VOLUNTÁRIO

2.1 DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Em atenção ao informado no relatório, a ora Recorrente impetrou *writ*:

[...] com Pedido de Liminar, na 9ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo, às fls. 152/176 contra ato do Senhor Gerente Regional de Arrecadação e Fiscalização do INSS – Regional da Vila Mariana – SP, alegando:

Que a decisão administrativa não deve prevalecer, pois além de afrontar o art. 22 da Lei 8.212/91 e o art. 37 do Decreto 612/92, contraria a Constituição Federal em seu artigo 7º, XXV que prevê como direito dos trabalhadores, a assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas, e o XXVI, que reconhece a eficácia das Convenções e Acordos Coletivos;

O prazo decadencial, no caso em exame, a lavratura da NFLD, constituiu-se em ato precário uma vez que sujeita à impugnação por parte do contribuinte tendo-se tornado ato eficaz quando da intimação da decisão do órgão administrativo não mais sujeita a recurso;

DO FUMUS BONI IURIS: a creche é mantida pela empresa e em seu próprio estabelecimento, desse modo, não cabe incidência da contribuição previdenciária, uma vez que o artigo 457, parágrafo 2º da CLT exclui as ajudas de custo (auxílio creche/auxílio babá) como parcela integrante do salário;

DO PERICULUM IN MORA: o art. 5º, LXIX da CF, e o art. 1º, da lei 1.533/51, dispõem que se concedera liminar no mandado de segurança, na hipótese de haver justo receio de sofrer violação de direito líquido e certo, sendo, por conseguinte, da própria natureza do instituto o resguardo preventivo desse direito.

Desse modo, tem-se a sentença proferida pela Juíza Federal às fls. 178/186, a qual julgou procedente o pedido, consequentemente concedeu a ordem e manteve a liminar concedida para exonerar a impetrante do pagamento de contribuição previdenciária sobre as verbas denominadas reembolso-creche, ou auxílio-creche, anulando a NFLD nº 31.618.073-4, do dia 03 de maio de 1994.

É sabido que:

Súmula CARF nº 1: Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Nesse sentido, conheço parcialmente ao recurso voluntário, haja vista que a matéria auxílio-creche/reembolso babá foi objeto do *writ* impetrado, não devendo esta ser conhecido por este Colegiado.

2.2 DA QUESTÃO PRELIMINAR

Compulsando os autos verifico que, antes de proferida a decisão recorrida, foi determinada a realização de diligência para que a fiscalização realizasse diligência, o que foi cumprido, resultando relatório conclusivo sobre a matéria.

Entretanto, ao recorrente não foi oferecida oportunidade de resposta sobre o resultado da diligência que rebateu as suas alegações com argumentos que lhe eram desconhecidos. Irregularidade esta que considero insanável, uma vez que somente no prazo para interposição do recurso voluntário conheceu dos fatos e esclarecimentos apresentados no relatório de diligência.

Há vários precedentes deste órgão colegiado neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 105-15982 (relator Conselheiro Daniel Sahagoff, data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA - A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação. Recurso provido.

E a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo Tributário no Município de Florianópolis, esclarece de forma precisa e cristalina:

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

Autenticado digitalmente em 20/09/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/09/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 26/09/2012 por LIEGE LACROIX THOMA

SI

Impresso em 03/10/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

De fato, este entendimento também foi plasmado no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que prolatada sem que o contribuinte tivesse a oportunidade de se manifestar, regularmente, em relação à informação fiscal carreada aos autos pelo fisco.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação da decisão de primeira instância.

É como voto.

(Assinado digitalmente)

MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR