



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

Processo nº 35465.000678/2005-22
Recurso nº 152.627 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.985 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 6 de julho de 2010
Matéria TERCEIROS
Recorrente CASA DE SAUDE VILA MATILDE LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/12/2000 a 31/05/2005

CERCEAMENTO DE DEFESA - OCORRÊNCIA

Vislumbra-se cerceamento de defesa se não há a descrição clara e precisa da dos fatos geradores que ensejaram o lançamento. Por essa razão, devem ser excluídos do lançamento os valores correspondentes à parcela do lançamento em que se verifica o vício

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a argüição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2000 a 31/05/2005

AUXÍLIO CRECHE - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SÚMULA Nº 310/STJ - PARECER PGFN Nº 2600/2008

Conforme dispõe a Súmula nº 310 do STJ, o auxílio-creche não integra o salário de contribuição. Haja vista entendimento pacífico da jurisprudência e orientação constante do Parecer da Procuradoria da Fazenda Nacional, PGFN/CRJ/Nº 2600/2008 não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio-creche.

NFLD. SALÁRIO INDIRETO. NATUREZA SALARIAL NÃO DEMONSTRADA. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

I - Tratando-se o lançamento de tributação de salário indireto cabe a fiscalização, em regra, demonstrar a natureza tributável da verba; II -

Representa vício material a ausência de descrição ou descrição deficiente do fato imponível identificado pela autoridade lançadora.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO EM PARTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4^a Câmara / 2^a Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, I) Por unanimidade de votos: a) nas preliminares, em dar provimento parcial ao recurso, pela existência de vício no que tange às exigências de contribuições referentes às cestas básicas, na forma do voto da relatora. b) no mérito, em dar provimento parcial ao recurso, no que tange à exclusão das exigências de contribuições referentes ao auxílio creche, na forma do voto da relatora; II) Por voto de qualidade: a) nas preliminares, em reconhecer o vício como material, na forma do voto do redator designado. Vencidos os Conselheiros Ana Maria Bandeira, relatora, Ronaldo de Lima Macedo e Lourenço Ferreira do Prado, que votaram pela ocorrência de vício formal. Redator designado Rogério de Lellis Pinto.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA – Relatora



ROGÉRIO DE LELLIS PINTO - Redator designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Oliveira, Ana Maria Bandeira, Rogério de Lellis Pinto, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de contribuições destinadas ao SESC e SENAC, cujo lançamento ocorreu em **30/06/2005**, data da ciência do sujeito passivo

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 78/79), os fatos geradores foram apurados em folha de pagamento e a notificada discute judicialmente a contribuição lançada nos autos da ação nº 2000.61.00.048767-4 do Juízo Federal da 12 a. Vara de São Paulo.

A notificada apresentou defesa (fls. 82/115) onde alega a nulidade da notificação face à preterição do direito de defesa pela imprecisão e erros de capituloção da infração e da multa.

Argumenta que a acusação e as pretensões fiscais se baseiam única e exclusivamente em relações de datas, valores e números que se baseariam em documentos que não constam dos autos nem foram entregues à requerente juntamente com a NFLD.

Considera que não houve a descrição clara e precisa dos fatos geradores.

Aduz que a inclusão das verbas de concernentes a auxílio-creche e cesta básicas como valores devidos à Previdência Social constitui-se em verdadeiro absurdo.

Alega que a aplicação da taxa de juros SELIC seria inconstitucional.

Pela Decisão-Notificação nº 21.401.4/0639/2006 (fls. 157/191), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 168/217) onde efetua a repetição das alegações de defesa.

O recurso teve seguimento por força de decisão judicial.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente alega a nulidade da notificação face à preterição do direito de defesa pela imprecisão e erros de capitulação da infração e da multa, bem como que a acusação e as pretensões fiscais se baseiam única e exclusivamente em relações de datas, valores e números que se baseariam em documentos que não constam dos autos nem foram entregues à requerente juntamente com a NFLD e, considera, ainda, que não houve a descrição clara e precisa dos fatos geradores.

Da alegação de nulidade acima é necessário tecer algumas considerações.

Esclarece-se que não se trata de imposição de multa por infração, mas de lançamento de obrigação principal não adimplida à época própria.

A meu ver, não se verifica quaisquer erros e imprecisões na capitulação do lançamento, bem como da multa.

A fundamentação legal que ampara o lançamento consta no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD (fls. 62/64) onde são informados todos os dispositivos legais à época dos fatos geradores, de tal sorte que não é possível acatar a alegação de nulidade pela ausência de discriminação clara e precisa dos dispositivos legais.

De igual sorte, não há que se falar que houve cerceamento de defesa pelo fato na auditoria fiscal não haver juntado aos autos cópia de toda a documentação que serviu de base ao lançamento.

Cumpre dizer que, conforme o Relatório Fiscal, o lançamento em questão refere-se às contribuições destinadas ao SESC e SENAC, as quais são objeto de discussão judicial pela empresa nos autos da ação nº 2000.61.00.048767-4 do Juízo Federal da 12ª Vara de São Paulo. A auditoria fiscal também informa que os fatos geradores foram apurados nas folhas de pagamento da notificada.

Como se vê, documentação da própria empresa serviu de base ao lançamento, não se verificando qualquer necessidade de juntada dos mesmos a fim de garantir o direito à defesa.

Quanto à alegação de nulidade pela não descrição clara e precisa dos fatos geradores, entendo que, em parte, assiste razão à recorrente.

Observa-se no Relatório Discriminativo Analítico do Débito - DAD (fls. 04/25) que o lançamento em questão engloba as contribuições destinadas ao SESC e ao SENAC incidentes sobre os valores apurados na folha de pagamento, como também sobre valores de auxílio creche e cestas básicas, os dois últimos integrantes do levantamento FP8.

Muito embora o Relatório Fiscal mencione que os fatos geradores foram apurados em folha de pagamento, em nenhum momento informou que estaria efetuando o lançamento sobre as verbas auxílio creche e cestas básicas.

Assevere-se que ambas as verbas podem estar ao abrigo de incidência de contribuição previdenciária, desde que pagas de acordo com o disciplinado nas exceções previstas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, em nenhum momento, a auditoria fiscal informa as razões que levaram à convicção de que os valores pagos a título de auxílio creche e cestas básicas deveriam integrar o salário de contribuição.

Por essas razões, entendo que o levantamento FP8 não pode prevalecer.

Ademais, no que tange ao auxílio-creche, há que se observar o entendimento adotado no parecer elaborado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional PGFN nº 2600/2008, face ao entendimento pacificado na jurisprudência no sentido de que os valores pagos a título de auxílio creche não integram o salário de contribuição, inclusive com a edição da Súmula nº 310 do STJ que dispõe no mesmo sentido.

Transcrevo abaixo trechos do referido parecer.

"PGFN/CRJ/N" 2600/2008 Tributário. Contribuição Previdenciária. Auxílio-Creche. Natureza indenizatória. Não incidência.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

I O escopo do presente Parecer é analisar a possibilidade de se promover, com base no inciso II do artigo 19 da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e no Decreto nº 2.346, de 10.10.1997, a dispensa de interposição de recursos ou o requerimento de desistência dos já interpostos, com relação às decisões judiciais que fixam o entendimento de que não incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio-creche, instituído em decorrência do dever do patrão a manter creche ou terceirização do serviço, conforme previsão do art. 389, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2. Tal Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.033, de 2004, à Lei nº 10.522/2002, terá também o condão de dispensar a apresentação de contestação pelos Procuradores da Fazenda Nacional, bem como de impedir que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constitua o crédito tributário relativo à presente hipótese, obrigando-a a rever de ofício os lançamentos já efetuados, nos termos do citado artigo 19 da Lei nº 10.522/2002.

3. Este estudo é feito em razão da existência de decisões reiteradas de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de que não incide a contribuição-previdenciária sobre o auxílio-creche, porquanto essa verba não integra o salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária..

II 4. Várias ações foram propostas pelos empregadores contra a União (INSS) com o objetivo de que o Poder Judiciário reconhecesse a impossibilidade do Fisco cobrar a contribuição previdenciária nos moldes acima mencionados.

5. A interpretação dada pela Fazenda Nacional é no sentido de que a verba relativa ao auxílio-creche não tem natureza indenizatória, mas sim salarial, motivo pelo qual deveria incidir a contribuição previdenciária quando do seu recebimento.

6. Ocorre que o Poder Judiciário entendeu diversamente, tendo sido pacificado no âmbito do STJ que o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária e constitui-se numa indenização pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento. Ademais, o caráter salarial restaria des caracterizado pela cessação do recebimento do benefício quando o menor ultrapasse os seis anos de idade.

7. Vale lembrar que a controvérsia está superada pelo verbete sumular nº 310 do STJ. Verbis:

O Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição. (...)”

Portanto, mesmo havendo nulidade quanto à descrição das razões que ensejaram o lançamento sobre o valor de auxílio creche, as contribuições correspondentes devem ser excluídas do lançamento, por improcedência.

No mais, a recorrente apresenta seu inconformismo pela aplicação da taxa de juros SELIC.

A aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios tem previsão legal em dispositivo vigente no ordenamento jurídico e, não cabe ao julgador no âmbito administrativo, afastar a aplicação de dispositivo legal vigente sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja

apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

"Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que reputa inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível nº 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão já foi sumulada no âmbito do então Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pelas Súmulas nº 02 e 03 publicadas no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

Súmula nº 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Súmula nº 3

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para que sejam excluídas do lançamento as contribuições incidentes sobre os valores pagos a título de auxílio creche, por improcedência, e cestas básicas, face à nulidade por vício formal e manter o restante do lançamento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de julho de 2010


ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Rogério de Lellis Pinto - Redator designado

Peço vênia a ilustre Relatora para discordar do seu sedimentado voto, apenas no que tange a natureza do vício apontada em seu insigne voto.

Como muito bem colocado pela ilustre Conselheira que relata os autos, o presente lançamento envolve, também, contribuições previdenciárias incidentes sobre as cestas básicas e auxilia creche fornecidas aos empregados da notificada. Contudo, ao lavrar a presente NFLD, a autoridade fiscal deixou de constar nos seus relatórios as justificativas e os motivos de fato e de direito que levariam ao reconhecimento da referida tributação.

Nesse desiderato, destaca-se que ao constatar o atraso total ou parcial do recolhimento de contribuição previdenciária, cabe ao Auditor Fiscal do INSS proceder ao lançamento de ofício por meio da lavratura de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito. Importante nesse ponto frisar que o art. 37 da Lei nº 8.212/91, exige do fiscal responsável por este ato, que o faça com clareza e precisão, de forma que conste nos autos do procedimento fiscal, todos os fatos apurados na ação, bem como demonstre claramente e de forma precisa os motivos que o levaram a proceder o lançamento.

Esse, inclusive, é o entendimento da doutrina, que capitaneada pelo mestre Paulo de Barros Carvalho, vem nos advertindo que não basta à autoridade lançadora consignar tenuamente o motivo do ato, mas sim expressar com segurança e decisão o conteúdo da exigência que o devedor deverá cumprir, o que reforça a necessidade de que a ocorrência do fato gerador deve restar demonstrada e comprovada nos autos, e não apenas informada.

Não basta, portanto, para a regularidade do lançamento, uma sucinta menção ao porque da lavratura da Notificação, ou mesmo a dispositivos legais esparsos e genéricos, ou ainda requisitos com ligação ao que se apurou. É necessário que haja correlação entre todo o fato apurado e a hipótese legal que ampara, ou que dá suporte à cobrança do tributo, já que só se *"pode impor ao contribuinte o ônus da exação quando houver estrita adequação entre o fato e a hipótese legal de incidência do tributo, ou seja, sua descrição típica"* (REsp. nº 437991/RS Recurso Especial 2002/0063964-6).

É de se reafirmar ainda, que o descuido da autoridade lançadora em descrever e demonstrar a ocorrência do fato justificador da exação, representa omissão quanto as exigências do art. 142 do CTN, e não se subsume em vício formal, mas sim material, como, inclusive, vem reconhecendo os Egrégios Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda. Portanto, sendo o lançamento omissivo quanto à descrição e demonstração do fato gerador, da base de cálculo, autorizadores da constituição do crédito tributário, o seu ato constitutivo padecerá de vício material, obstáculo impeditivo para sua manutenção.

No caso *sub exame*, como já vimos, a douta autoridade lançadora entendeu que as cestas básicas fornecidas aos empregados da notificada, deveriam compor a base sobre a qual deveria incidir o tributo aqui exigido. Não obstante tal conclusão, e analisando com o esmero necessário as proposições invocadas no REFISC, não se nota qualquer preocupação em demonstrar porque a final tais valores deveriam ser exacionados.

Em verdade, a douta fiscalização apenas nos diz quais seriam os ditos pagamentos, sem, todavia, se preocupar em motivar o seu entendimento quanto à natureza salarial daqueles mesmos valores.

É certo, e isso não se pode negar, que os valores pagos pelos contribuintes a título de salário indireto podem efetivamente estar ao alcance da tributação previdenciária, assim como dos demais tributos afetos. Todavia, deve-se enfatizar que tais dispêndios podem ser vistos como remuneração, mas não necessariamente o são em toda e qualquer hipótese, exigindo, portanto, uma exposição adequada dos motivos que assim façam entender.

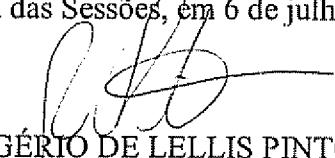
Aceitar, com o que se consta do REFISC, que os valores pagos pela Recorrente a seus empregados, a título de salário indireto, seriam remuneração para fins previdenciários, seria naturalmente tributar por presunção, sem qualquer justificativa ou amparo legal que torne legítima a adoção de tal medida.

Sendo assim, creio que o levantamento em baila padece de vício material, já que ausente de comprovação quanto à natureza salarial dos valores tributados, devendo ser anulada a presente NFLD.

Ante o exposto, voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO**, para declarar a nulidade do lançamento, em razão de vício material.

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de julho de 2010


ROGÉRIO DE LELLIS PINTO - Redator Designado