



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

Processo nº 10166.721490/2010-22
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-002.450 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de maio de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente RIOGRANDENSE CONSTRUÇÕES E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/12/2006

MPF. PRORROGAÇÃO. NECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA AUTORIDADE FISCAL. INEXISTÊNCIA.

Havendo prorrogação de MPF dentro do prazo de sua validade, não há o que se falar em substituição da autoridade fiscal.

PREVIDENCIÁRIO. ALIMENTAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS INDEPENDENTEMENTE DE INSCRIÇÃO NO PAT. APLICAÇÃO EXCLUSIVAMENTE PARA AS PRESTAÇÕES IN NATURA.

Independentemente de inscrição no PAT, não incidem contribuições sociais, desde que a empresa faça a prestação *in natura*.

APURAÇÃO COM ESTEIO EM FOLHAS DE PAGAMENTO E RECIBOS. PRESUNÇÃO DA OCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES. INOCORRÊNCIA.

Não há o que se falar em presunção dos fatos geradores das contribuições lançadas quando a apuração fiscal se deu com base na documentação exibida pelo sujeito, principalmente em folhas e recibos de pagamento.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ART. 44, I, DA LEI n.º 9.430/1996.

Nos lançamentos de ofício de contribuições sociais, aplica-se a multa prevista no art. 44, I, da Lei n.º 9.430/1996, não se cogitando da aplicação da multa moratória prevista no art. 61 da mesma Lei.

MULTA CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DE DECLARAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

Não pode a autoridade fiscal ou mesmo os órgãos de julgamento administrativo afastar a aplicação da multa legalmente prevista, sob a justificativa de que tem caráter confiscatório.

JUROS SELIC. INCIDÊNCIA SOBRE OS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS ADMINISTRADOS PELA RFB.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ausente momentaneamente o conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Marcelo Freitas de Souza Costa.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo contribuinte acima identificado, contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Brasília (DF), que julgou procedente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração n.º 37.256.652-9.

O acórdão de primeira instância foi assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2005 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PATRONAL SOBRE A FOLHA DE PAGAMENTO DOS SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

São devidas pela empresa e equiparados as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais que lhes prestem serviços.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ALIMENTAÇÃO. INSCRIÇÃO. PAT. AUSÊNCIA

Integram o salário-de-contribuição os valores pagos a título de alimentação, em desacordo com o PAT - Lei 6.321/76.

JUROS SELIC.

As contribuições sociais arrecadadas em atraso ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, de caráter irrelevável.

CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA

Não é confiscatória a multa exigida nos estritos limites do previsto em lei para o caso concreto, não sendo competência funcional do órgão julgador administrativo apreciar alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente.

DECISÕES JUDICIAIS. EFEITOS.

Os efeitos das decisões judiciais, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil, possui como pressuposto a existência de decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal acerca da inconstitucionalidade da lei que esteja em litígio e, ainda assim, de ato específico do Secretário da

Receita Federal do Brasil. Não estando enquadradas nesta hipótese, as decisões judiciais só produzem efeitos entre as partes envolvidas, não beneficiando nem prejudicando terceiros.

PEDIDO DE DILIGÊNCIA - INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar sem motivação ou prescindíveis.

PEDIDO DE JUNTADA POSTERIOR DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO. ENDEREÇO CADASTRAL. INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO ADVOGADO. INDEFERIMENTO.

O domicílio tributário do sujeito passivo é o endereço, postal, eletrônico ou de fax fornecido pelo próprio contribuinte à Receita Federal do Brasil (RFB) para fins cadastrais. Dada a inexistência de previsão legal, indefere-se o pedido de endereçamento das intimações ao escritório do procurador.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Na sua peça recursal, o sujeito passivo alegou, em síntese, que:

a) todo o procedimento fiscal deve ser nulificado, posto que há Mandados de Procedimento Fiscal - MPF que não foram prorrogados dentro do prazo regulamentar e, assim, os MPF subsequentes deveriam ter autorizado outro auditor fiscal para dar continuidade ao procedimento, conforme determina a legislação;

b) não se admite no direito pátrio que se estabeleça obrigação tributária com esteio em presunção do fato gerador, como é o caso dos autos, em que o fisco baseou-se para lavrar o AI em meras declarações prestadas mediante a Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP;

c) a empresa estava regularmente inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, posto que a exigência de cadastramento mediante Portaria não tem validade, uma vez que fere o princípio da legalidade;

d) mesmo que a empresa não estivesse regular perante o PAT, não poderiam incidir as contribuições sobre a alimentação fornecida mediante “Vale Alimentação”, posto que esse benefício não tem natureza de salário;

e) tendo-se em conta a alteração legislativa promovida pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.941/2009, deve ser aplicada a multa mais benéfica, com esteio no art. 61 da Lei n.º 9.430/1996;

f) a multa aplicada é inconstitucional, em face do seu caráter confiscatório;

g) não se admite a cumulação dos juros SELIC com índices de correção monetária e juros moratórios.

Ao final, requer:

- a) declaração de nulidade do AI;
- b) reconhecimento da improcedência das contribuições lançadas;
- c) aplicação da multa mais benéfica;
- d) exclusão dos juros SELIC

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

A nulidade motivada por falha nos MPF

Alega a recorrente que, tendo havido expiração de dois dos MPF, na substituição dos mesmos deveria o obrigatoriamente constar outra autoridade fiscal para dar continuidade ao procedimento. Não se tendo procedido dessa forma é nulo o procedimento fiscal.

Consultando a sítio da RFB pude constatar que o MPF original, com duração de 120 dias foi emitido em 09/10/2009, com prazo de expiração em 06/02/2010 (120 dias, conforme art. 11, I, da Portaria RFB n.º 11.371/2007), as prorrogações deram-se em 06/02/2010; 07/04/2010 e 06/06/2010 (60 dias, conforme art. 11, II, da mesma Portaria).

Considerando-se que a ciência do lançamento pelo sujeito passivo ocorreu em 12/07/2010, percebe-se que na data da ciência do lançamento havia MPF vigente e que não houve expiração de qualquer dos MPF lavrados, mas apenas prorrogação dos mandados. Assim, a afirmação da recorrente encontra-se totalmente dissociada dos fatos ocorridos no processo.

Afasto, então, essa preliminar.

Fornecimento de vale alimentação sem inscrição no PAT

Acerca da apuração de contribuições incidentes sobre a alimentação oferecida aos trabalhadores mediante o fornecimento de “vale alimentação”, o fisco afirmou que a empresa encontrava-se em situação irregular, quanto à inscrição no PAT.

De acordo com a Auditoria, a empresa, por não ter efetuado no ano de 2004 o recadastramento obrigatório determinado pela Portaria da Secretaria de Inspeção do Trabalho do Ministério do Trabalho e Emprego n.º 66/2003, ficou irregular com o PAT para os exercícios de 2005 e 2006, descumprindo, assim, a norma que exonera a verba da incidência de contribuições previdenciárias.

Alega a empresa que a Portaria não tem poder normativo para criar obrigações para os administrados e que somente em lei poderia ser veiculada essa exigência de recadastramento.

Sobre essa questão é de se notar que a recorrente afirma que fez a inscrição no PAT no ano de 1999, cuja validade foi estendida até 2003, todavia, não atendeu à determinação da Portaria n.º 81, de 27/05/2004, editada pela Secretaria de Inspeção do

Trabalho em conjunto com o Departamento de Segurança e Saúde no Trabalho, que determinava o cadastramento das pessoas jurídicas beneficiárias no PAT no ano de 2004.

Sustenta a empresa que essa Portaria não poderia instituir uma obrigação, mas apenas a lei em sentido estrito.

A referida Portaria determinou em seu art. 1.º a prorrogação por 90 dias, a contar de 01/07/2004, do prazo para que as pessoas jurídicas efetuassem o cadastramento no programa, conforme estabelecido pela Portaria n.º 66/2003. Essa determinava:

Art. 1º As pessoas jurídicas beneficiárias do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT deverão cadastrar-se, no período de 01 de março a 31 de maio de 2004.

Parágrafo Único - O cadastramento das pessoas jurídicas beneficiárias deverá ser efetuado por meio eletrônico, utilizando o formulário constante da página do Ministério do Trabalho e Emprego na internet (www.mte.gov.br/pat).

(...)

Art. 3º O não-cadastramento no Programa de Alimentação do Trabalhador no prazo estipulado implicará o cancelamento automático do registro ou inscrição.

Art. 4º A cópia do comprovante de cadastramento deverá ser mantida nas dependências da empresa, à disposição da Fiscalização Federal.

(...)

Verifica-se, assim, que, de fato, a empresa recorrente, por não haver efetuado o cadastramento, nos termos das Portarias acima mencionadas, teve o seu registro no programa cancelado. Nesse sentido, para os exercícios de 2005 e 2006, pode-se dizer que a empresa não era inscrita no programa, não podendo usufruir das benesses fiscais proporcionadas pelo mesmo.

Quanto à validade das normas em questão, não vejo como negá-la.

Consultando a legislação específica que trata do PAT, pude verificar que é obrigatória a inscrição no programa para que as empresas possam gozar de suas benesses.

A Lei n.º 6.321/1976, que institui benefícios fiscais para as empresas que realizam despesas com a alimentação do trabalhador, em seu art. 4.º, prevê a regulamentação das suas regras por ato do Poder Executivo. Para cumprir esse desiderato, foi editado o Decreto n. 05, de 14/01/1991, que assim dispõe:

Art. 1º A pessoa jurídica poderá deduzir, do Imposto de Renda devido, valor equivalente à aplicação da alíquota cabível do Imposto de Renda sobre a soma das despesas de custeio realizadas, no período-base, em programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social (MTPS), nos termos deste regulamento.

(...)

§ 4º Para os efeitos deste Decreto, entende-se como prévia aprovação pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social a apresentação de documento hábil a ser definido em portaria dos ministros do Trabalho e Previdência Social, da Economia, Fazenda e Planejamento e da Saúde.

Nesse sentido, as regras trazidas pelas Portarias do então Ministério do Trabalho n.º 66/2003 e n.º 81/2004 estão albergadas pela autorização dada pelo Decreto regulamentador da Lei do PAT, não sendo cabível o questionamento da validade das mesmas.

No que diz respeito à incidência de contribuição sobre tal parcela, cabe-nos trazer à colação o que dispõe o § 9.º do art. 28 da Lei n. 8.212/1991:

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

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;

(...)

Observe-se do dispositivo transcrito que a previsão de isenção de contribuição sobre a alimentação fornecida aos empregados condiciona a desoneração a dois requisitos: que a alimentação seja fornecida "*in natura*" e que a sua disponibilização esteja em conformidade com as normas do PAT.

Assim, não tendo a recorrente efetuado a sua adesão ao PAT para os exercícios de 2005 e 2006, conforme determinava a legislação aplicável, houve evidente descumprimento da norma inserta na alínea "c" do § 9.º do art. 28 da Lei n. 8.212/1991, haja vista que o fornecimento de alimentação foi efetuado em desacordo com a legislação do PAT, pelo que devem incidir contribuições sobre tais verbas.

A alegação de que independentemente de inscrição no PAT não haveria tributação previdenciária quer, de forma oblíqua, declarar a invalidade de dispositivo da Lei n.º 8.212/1991, o que não pode ser acatado, sob pena da Autoridade Fiscal ficar sujeita à responsabilização funcional.

É certo que a Fazenda tem reconhecido a não incidência de contribuições sociais sobre a alimentação fornecida aos empregados, independentemente de inscrição do empregador no PAT, todavia, essa regra aplica-se apenas às prestações *in natura*, como se pode ver do Ato Declaratório da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional n.º 03, de 20/12/2001:

"Nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária".

A suposta presunção quanto à ocorrência dos fatos geradores

Os autos estão a revelar que a apuração das contribuições deu-se mediante análise da documentação apresentada pela empresa. Foi com esteio nas folhas de pagamento exibidas que o fisco definiu a remuneração paga aos segurados empregados e contribuintes individuais a serviço da empresa.

Foram acostadas tabelas onde é indicado o salário-de-contribuição para cada um dos segurados que receberam pagamentos pelos serviços prestados à autuada. Esta por sua vez, embora manifeste inconformismo, não juntou qualquer elemento que pudesse alterar o resultado da apuração fiscal realizada.

Foi apresentado demonstrativo de todas as guias de pagamento que foram aproveitadas no levantamento fiscal, não tendo a empresa levantado qualquer argumento que conduzisse a descrédito o trabalho de auditoria.

Nos termos do art. 333 do Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/1973), utilizado subsidiariamente no processo administrativo fiscal, é do réu o encargo de provar a existência de fato que possa extinguir o direito do autor. Eis o dispositivo:

Art.333.O ônus da prova incumbe:

I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;

II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

(...)

No caso em tela, o direito de Fisco de exigir as contribuições restaria extinto se o sujeito passivo conseguisse demonstrar que a Administração houvera incorrido em erro ao calcular o valor das contribuições ora lançadas. Considerando-se que esse fato não restou demonstrado, deixo de acolher, por absoluta falta de provas, o argumento de que houve na espécie presunção de fatos geradores ou mesmo equívoco na apuração.

Não custa repetir que a empresa não acostou qualquer retificação dos documentos que serviram de base para a confecção do lançamento.

A aplicação da multa

De acordo com o fisco, na fixação da multa de ofício, levou-se em conta as alteração legislativa promovida pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 11.941/2008. Assim, comparou-se a multa aplicada com base no art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 (dispositivo vigente na data da ocorrência dos fatos geradores), com a multa imposta em obediência ao art. 35-A da mesma lei, aplicando-se o valor mais favorável ao sujeito passivo.

De acordo com o art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, introduzido pela MP n.º 449/2008, havendo lançamento de ofício do tributo, deve-se aplicar a multa prevista no art. 44 da Lei 9.430/1996, o qual assim dispõe:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

(...)

Suscita a empresa que lhe fosse aplicada a multa do art. 61 da Lei n.º 9.430/1996, todavia, esse dispositivo somente se aplica no caso de recolhimento espontâneo, no qual é aplicada a multa de mora e juros. Havendo lançamento das contribuições, exige-se a multa de ofício prevista no art. 44, I, da mesma Lei.

Assim, o fisco agiu com acerto ao comparar a multa do art. 35 com aquela prevista no art. 35-A, ambos da Lei n.º 8.212/1991, não havendo reparos a serem feitos no levantamento quanto a esse aspecto.

Arguiu a recorrente a inconstitucionalidade da multa aplicada, em face do seu caráter confiscatório. Na análise dessa razão, não se pode perder de vista que o lançamento da multa por descumprimento de obrigação de pagar o tributo é operação vinculada, que não comporta emissão de juízo de valor quanto à agressão da medida ao patrimônio do sujeito passivo, haja vista que, uma vez definido o patamar da sua quantificação pelo legislador, fica vedado ao aplicador da lei ponderar quanto a sua justeza, restando-lhe apenas aplicar a multa no *quantum* previsto pela legislação.

Cumprindo essa determinação a autoridade fiscal, diante da ocorrência da falta de pagamento do tributo - fato incontestável - aplicou a multa no patamar fixado na legislação, já considerando, em razão das alterações legislativas advindas da MP n. 449/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.941/2009, dispositivo mais benéfico ao sujeito passivo, conforme muito bem demonstrado no próprio relatório fiscal em que é apresentada planilha pormenorizada de aplicação da multa.

Além do mais, salvo casos excepcionais, é vedado a órgão administrativo declarar inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. Nessa linha de entendimento, dispõe o enunciado de súmula, abaixo reproduzido, o qual foi divulgado pela Portaria CARF n.º 106, de 21/12/2009 (DOU 22/12/2009):

Súmula CARF Nº 2

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

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹. Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre a alegação de inconstitucionalidade da multa aplicada, uma vez que o Fisco tão-somente utilizou os instrumentos legais de que dispunha.

Juros SELIC

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.

Quanto à inaplicabilidade da taxa de juros SELIC para fins tributários, é matéria que já se encontra sumulada nesse Tribunal Administrativo, nos termos da Súmula CARF n. 04:

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.*

Nesse sentido, sendo a Súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF, não pode esse colegiado afastar a utilização da taxa de juros aplicada às contribuições lançadas no presente lançamento.

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, decidiu com base na sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC) que é legítima a aplicação da taxa SELIC aos débitos tributários, o que faz com que essa discussão torne-se, até certo ponto, desnecessária. Eis a ementa do julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDEBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996.

Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsps 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(REsp 1111175 / SP, Relatora Ministra Denise Arruda, DJe. 01/07/2009)

Também não há o que se falar em cumulação da taxa SELIC com correção monetária e juros moratórios, posto que, além da multa de ofício, foram aplicados apenas os juros SELIC, conforme demonstrado nos anexos que acompanham o AI.

Conclusão

Ante todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo