



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

Processo nº 10166.721589/2009-91
Recurso nº 871.745 Voluntário
Acórdão nº **2301-002.574 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 7 de fevereiro de 2012
Matéria Contribuições Previdenciárias
Recorrente PINUS AUTOMOVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: Contribuições Sociais Previdenciárias

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

SALÁRIO INDIRETO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO. PAGAMENTO IN NATURA. SEM ADESÃO AO PAT. AUXÍLIO TRANSPORTE. VERBAS INDENIZATÓRIAS. AUSÊNCIA DE NATUREZA SALARIAL. AFERIÇÃO INDIRETA. AUSÊNCIA DE PROVAS PELO CONTRIBUINTE.

O pagamento do auxílio-alimentação não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não constituir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

O vale-transporte pago pela empresa não integra o salário de contribuição, vez que não possui natureza salarial, estando de acordo com o §9º, artigo 28 da Lei 8.212/91.

Não há incidência de contribuição social previdenciária sobre verbas indenizatórias, posto que não compõem a base de remuneração do trabalhador.

Aplicável a apuração do crédito previdenciário por aferição indireta/arbitramento na hipótese de deficiência ou ausência de documentos ou informações solicitados pela fiscalização, que lançará o débito que imputar devido, invertendo-se o ônus da prova ao contribuinte, com esteio no artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei 8.212/91, c/c artigo 233, do Regulamento da Previdência Social.

É cabível a cobrança de juros de mora sobre as contribuições previdenciárias com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC.

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova

redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº 9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, no mérito, para excluir do lançamento as contribuições relacionadas ao auxílio alimentação, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Mauro José Silva e Marcelo Oliveira, que votaram em negar provimento ao recurso nesta questão; b) em manter a aplicação da multa, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que votou pelo afastamento integral da multa; c) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencido o Conselheiro Marcelo Oliveira, que votou em manter a multa aplicada; III) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento ao recurso, no mérito, para excluir do lançamento as contribuições relacionadas ao auxílio transporte, nos termos do voto do Relator. Os Conselheiros Mauro José Silva e Marcelo Oliveira acompanharam a votação por suas conclusões; b) em dar provimento ao recurso na questão da indenização, nos termos do voto do Relator; c) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa PINUS AUTOMÓVEIS LTDA em face da decisão que julgou improcedente a impugnação apresentada, mantendo o lançamento de débito em desfavor da empresa.

2. Narra o relatório fiscal que o lançamento, referente às contribuições previdenciárias patronais, se deu com base nas “remunerações pagas a título de transporte, alimentação, indenização prevista na Convenção Coletiva de Trabalho, remuneração, de

segurados empregados e contribuintes individuais, registradas na contabilidade e não declaradas em GFIP e folha de pagamento não declarada em GFIP”. (f. 72)

3. O acórdão atacado negou os argumentos trazidos pela empresa, restando ementado nos termos que ora passo a transcrever:

“GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações previdenciárias.

ALIMENTAÇÃO. INSCRIÇÃO NO PAT.

Integram o salário-de-contribuição os valores pagos a título de alimentação em desacordo com o Programa de Alimentação do Trabalho – PAT.

VALE TRANSPORTE. PAGAMENTO EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO.

O vale-transporte pago em desacordo com a legislação própria integra o salário-de-contribuição.

IMPUGNAÇÃO. PROVAS.

A impugnação deve ser instruída com os elementos de prova que fundamentem os argumentos de defesa. Simples alegações desacompanhadas dos meios de prova que as justifiquem não interferem na análise dos fatos alegados.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.” (f. 900)

4. Em suas razões de recurso voluntário, o contribuinte, buscando reverter a decisão de primeira instância, aduz, em síntese, que:

a) não há incidência de contribuição previdenciária quando a alimentação é fornecida pela própria empresa de forma *in natura*, independentemente da inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT;

b) é indevida a incidência de contribuição quando a empresa oferece transporte aos empregados com o desconto previsto na lei que regula o vale-transporte, posto que não é uma verba que possa ser incorporada ao salário de contribuição;

c) que algumas pessoas jurídicas foram lançadas como contribuintes individuais pelo fisco, porém não há incidência de contribuições previdenciárias sobre pagamentos feitos para outras empresas;

d) a multa aplicada pelo agente fiscalizador possuiu caráter confiscatório, tendo em vista que foi feita de forma contrária ao que dispõe a lei;

e) por fim, alega que a utilização da SELIC como índice de correção monetária e juros não é autorizada pela lei e, portanto, não deve ser aplicada em lançamentos previdenciários.

5. Sem contrarrazões, os autos foram encaminhados para a apreciação deste Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DA LEGITIMIDADE PASSIVA

2. Narra o relatório fiscal que a empresa ENGEMOTORS VEÍCULO E PEÇAS LTDA foi incluída como responsável solidária pelo débito previdenciário, pois restou demonstrada pela própria autuada a caracterização de Grupo Econômico.

3. E conforme consulta feita ao site da receita federal e informações prestadas pelo contribuinte, a referida empresa foi constituída em 27/09/2007.

4. Ocorre que, apesar de o período de fiscalização compreender as competências 01/2005 a 12/2005 e a empresa incluída no polo passivo somente ter iniciado suas atividades em 2007, a legislação previdenciária não faz qualquer menção ao à data de abertura da empresa para efeitos de solidariedade.

5. O inciso IX, do artigo 30, da Lei n.º 8.212/91 dispõe que “as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei”.

6. Dessa forma, entendo que não merece prosperar a alegação feita pela recorrente de a empresa ENGEMOTORS VEÍCULOS E PEÇAS LTDA não possui legitimidade para figurar no polo passivo da presente autuação. Assim, mantenho o lançamento nesse ponto.

DO LANÇAMENTO

7. Segundo consta do relatório fiscal, juntado às ff. 72 a 93, o lançamento do débito previdenciário se deu com base:

“Contribuições previdenciárias patronais incidentes sobre:

- remunerações pagas a título de transporte, alimentação, indenização prevista na Convenção Coletiva de Trabalho, remuneração, de segurados empregados e contribuintes individuais, registrados na contabilidade e não declaradas em GFIP e folha de pagamento não declarada em GFIP.”

8. Dessa forma, passo a análise, pormenorizada, de cada uma das rubricas objeto do presente lançamento fiscal.

- Da alimentação

9. A respeito da alimentação fornecida para seus funcionários, a empresa alega que “quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, *in natura*, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho”. (f. 918)

10. E no meu entendimento o auxílio alimentação *in natura* pago aos empregados segurados não sofre a incidência de contribuição previdenciária, haja vista a ausência de sua natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no PAT.

11. Nesse mesmo sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou seu entendimento no sentido de que o pagamento *in natura* do auxílio alimentação não sofre a incidência de contribuição previdenciária por não constituir natureza salarial, esteja o empregados inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT. (Precedentes: EREsp 603.509/CE, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 08/11/2004, REsp 719.714/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/04/2006).

12. Ademais é oportuno dizer que as empresas, na verdade, estão desempenhando seu papel social ao fornecerem refeições e lanches a segurados a seu serviço, notadamente para aqueles de menor renda. Dessa forma, considero que cobrar contribuições sociais sobre o fornecimento próprio de alimentação é penalizar as empresas e desestimular a colaboração da sociedade na saúde do trabalhador.

13. Abaixo, recente julgado da Primeira Turma deste Colendo Tribunal, *in verbis*:

“TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO. VALE-ALIMENTAÇÃO. PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA.

1. O valor concedido pelo empregador a título de vale-alimentação não se sujeita à contribuição previdenciária, mesmo nas hipóteses em que o referido benefício é pago em dinheiro.

2. A exegese hodierna, consoante a jurisprudência desta Corte e da Excelsa Corte, assenta que o contribuinte é sujeito de direito, e não mais objeto de tributação.

3. O Supremo Tribunal Federal, em situação análoga, concluiu pela inconstitucionalidade da incidência de contribuição previdenciária sobre o valor pago em espécie sobre o vale-transporte do trabalhador, mercê de o benefício ostentar nítido caráter indenizatório. (STF - RE 478.410/SP, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 10.03.2010, DJe 14.05.2010)

4. *Mutatis mutandis*, a empresa oferece o ticket refeição antecipadamente para que o trabalhador se alimente antes e ir ao trabalho, e não como uma base integrativa do salário, porquanto este é decorrente do vínculo laboral do trabalhador com o seu empregador, e é pago como contraprestação pelo trabalho efetivado.

5. *É que: (a) ‘o pagamento in natura do auxílio-alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito, ou não, no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho’ (REsp 1.180.562/RJ (grifo nosso))*

(...)

6. *Recurso especial provido.”*

(STJ - REsp 1185685/SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Rel. p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/12/2010, DJe 10/05/2011) (g.n.)

14. Salienta-se, ainda, que para firmar esse entendimento faz-se mister a referência de acórdão cuja relatoria é do Ministro José Delgado que tratou da matéria em questão, conforme ementa abaixo transcrita:

“TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REFEIÇÃO REALIZADA NAS DEPENDÊNCIAS DA EMPRESA. NÃO-INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRECEDENTES. DÉBITOS PARA COM A SEGURIDADE SOCIAL PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. PRECEDENTES.

1. *Recurso especial interposto pelo INSS contra acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região segundo o qual: a) o simples inadimplemento da obrigação tributária não constitui infração à lei capaz de ensejar a responsabilidade solidária dos sócios; b) o auxílio-alimentação fornecido pela empresa não sofre a incidência de contribuição previdenciária, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Em seu apelo, o INSS aponta negativa de vigência dos artigos 135 e 202, do CTN, 2º, § 5º, I e IV, 3º da Lei 6.830/80, 28, § 9º, da Lei n. 8.212/91 e divergência jurisprudencial. Sustenta, em síntese, que: a) a) o ônus da prova acerca da não-ocorrência da responsabilidade tributária será do sócio-executado, tendo em vista a presunção de legitimidade e certeza da certidão da dívida ativa; b) é pacífico o entendimento no STJ de que o auxílio-alimentação, caso seja pago em espécie e sem inscrição da empresa no Programa de*

Alimentação do Trabalhador - PAT, é salário e sofre a incidência de contribuição previdenciária.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que o pagamento in natura do auxílio-alimentação, isto é, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não constituir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Com tal atitude, a empresa planeja, apenas, proporcionar o aumento da produtividade e eficiência funcionais. Precedentes. EREsp 603.509/CE, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 08/11/2004, REsp 719.714/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 24/04/2006.

3. Constando o nome do sócio-gerente na certidão de dívida ativa e tendo ele tido pleno conhecimento do procedimento administrativo e da execução fiscal, responde solidariamente pelos débitos fiscais, salvo se provar a inexistência de qualquer vínculo com a obrigação.

4. Presunção de certeza e liquidez da certidão da dívida ativa. Ônus da prova da isenção de responsabilidade que cabe ao sócio-gerente. Precedentes: EREsp 702.232/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 26/09/2005; EREsp 635.858/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 02/04/2007.

5. Recurso especial parcialmente provido.”

(REsp 977.238/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13.11.2007, DJ 29.11.2007 p. 257) (g.n.)

15. Inclusive, cumpre ressaltar que a argumentação da Fazenda Nacional nos autos acima (REsp 977.238/RS) era de que o auxílio alimentação, pago em espécie e sem inscrição da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), possuía natureza salarial sendo, portanto, passível de recolhimento de tributo. No entanto, sua sustentação não foi provida em razão da orientação jurisprudencial pacífica do STJ em sentido contrário, qual seja não incidência de contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a título de auxílio alimentação.

16. Diga-se, também, pelo que se indica nestes casos, que a concessão da alimentação é desvinculada do salário por força da própria Lei nº 8.212/91 que determina a não integração do salário-de-contribuição às importâncias recebidas a título de ganhos expressamente desvinculados do salário (art. 28, §9º, letra “e”, número 7).

17. Não é inoportuno dizer que as empresas, na verdade, estão desempenhando enorme papel social ao fornecerem alimentação a seus trabalhadores, notadamente para aqueles de menor renda. É dizer, cobrar contribuições sociais sobre o fornecimento próprio de alimentação é penalizar as empresas e desestimular a colaboração da sociedade na saúde do trabalhador.

18. No presente caso o fisco considerou para efeitos de lançamento apenas o fato de que a empresa não estava inscrita no PAT: “(...) o fornecimento de REFEIÇÃO pela PINUS aos seus empregados, no período de 01/2005 a 12/2005, sem a observância da legislação, ou seja, sem o cadastramento no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, tem natureza salarial, incorporando-se à remuneração para todos os efeitos legais e constituindo-se base de incidência das contribuições previdenciárias”. (f. 82)

19. Dessa forma, verifica-se que a fiscalização não demonstra o pagamento em pecúnia, apenas considera o fato da falta de inscrição da empresa no PAT, logo, tenho por certo que o lançamento fiscal não deve ser mantido nesse ponto.

- Do transporte

20. No tocante ao pagamento feito a título de vale transporte aduz a empresa que “(...) não incide contribuição previdenciária, quando a empresa oferece transporte aos empregados com o desconto previsto na lei que regula o vale transporte, por não revestir-se de verba que passa a incorporar o salário-de-contribuição”. (f. 922)

21. Alega, ainda, a recorrente que “(...) juntou à impugnação, cópias aleatórias do Livro da Folha de Pagamento no período de 2005, fazendo prova inequívoca que nunca foram pagas quaisquer verbas aos seus empregados, mas antes, ao contrário, houve desconto referente ao vale transporte”. (f. 922)

22. E segundo a tese fiscal “o desconto do vale-transporte de uma parcela dos empregados foi efetuado em desacordo com a legislação”, pois “para esses empregados, o desconto de 6%, previsto no Decreto 95.247, foi calculado sobre diversas rubricas, e não apenas sobre o salário básico”, assim “a fiscalização considerou que o desconto foi efetuado em desacordo com a legislação, uma vez que o vale-transporte deve ser custeado pelo beneficiário na parcela equivalente a 6% (seis por cento) de seu salário básico ou vencimento, excluídos quaisquer adicionais ou vantagens”. (f. 84)

23. Com a devida *venia* ao entendimento do fisco, tenho como certo que o fato de a empresa ter descontado valor sobre outras verbas além do salário base não tem o condão de modificar a natureza jurídica dessa verba, transformando-a em outro tipo de rendimento sujeito ao pagamento da contribuição previdenciária.

24. Sendo assim, a origem da verba paga tem natureza jurídica indenizatória, pois foi assim que a norma, que criou o benefício, deixou consignada.

25. Veja-se que a norma previdenciária tratou da matéria da seguinte forma:

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

(...)

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

(...)

f) a parcela recebida a título de vale -transporte, na forma da legislação própria; (...).” (negritamos e sublinhamos)

26. Como se pode perceber, nos termos do art. 28, parágrafo 9º, alínea “f”, da Lei nº 8.212/91, a quantia (parcela) recebida a título de vale-transporte não compõe o salário de contribuição, para fins de apuração da contribuição previdenciária.

27. De mais a mais, o fornecimento de transporte aos seus empregados é imprescindível para a execução do trabalho, e não pode compor a base de cálculo da contribuição previdenciária.

28. De outro lado, a Lei nº 10.243/2001, alterou o §2º do art. 458 da CLT, que passou a ter a seguinte redação:

"Art. 458.....

§ 2º Para os efeitos previstos neste artigo, não serão consideradas como salário as seguintes utilidades concedidas pelo empregador:

I – vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos aos empregados e utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço;

II – educação, em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, compreendendo os valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático;

III – transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público;

..... ” (NR)

29. Com isso, considerando o inciso III, acima transcrito, o transporte concedido como utilidade não será considerado como salário. Assim, se não é salário o transporte, não creio que os valores reembolsados pela empresa aos empregados, para o seu deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público, seja considerado para efeito de incidência da contribuição social.

30. E sobre a natureza indenizatória do benefício o Supremo Tribunal Federal já firmou seu posicionamento considerando que, mesmo quando pago em pecúnia, o vale-transporte não possui natureza salarial, **in verbis**:

“EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. VALE-TRANSPORTE. MOEDA. CURSO LEGAL E CURSO FORÇADO. CARÁTER NÃO SALARIAL DO BENEFÍCIO. ARTIGO 150, I, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. CONSTITUIÇÃO COMO TOTALIDADE NORMATIVA.

1. Pago o benefício de que se cuida neste recurso extraordinário em vale-transporte ou em moeda, isso não afeta o caráter não salarial do benefício.

2. A admitirmos não possa esse benefício ser pago em dinheiro sem que seu caráter seja afetado, estaríamos a relativizar o curso legal da moeda nacional.

3. A funcionalidade do conceito de moeda revela-se em sua utilização no plano das relações jurídicas. O instrumento monetário válido é padrão de valor, enquanto instrumento de pagamento sendo dotado de poder liberatório: sua entrega ao credor libera o devedor. Poder liberatório é qualidade, da moeda enquanto instrumento de pagamento, que se manifesta exclusivamente no plano jurídico: somente ela permite essa liberação indiscriminada, a todo sujeito de direito, no que tange a débitos de caráter patrimonial.

4. A aptidão da moeda para o cumprimento dessas funções decorre da circunstância de ser ela tocada pelos atributos do curso legal e do curso forçado.

5. A exclusividade de circulação da moeda está relacionada ao curso legal, que respeita ao instrumento monetário enquanto em circulação; não decorre do curso forçado, dado que este atinge o instrumento monetário enquanto valor e a sua instituição [do curso forçado] importa apenas em que não possa ser exigida do poder emissor sua conversão em outro valor.

6. A cobrança de contribuição previdenciária sobre o valor pago, em dinheiro, a título de vales-transporte, pelo recorrente aos seus empregados afronta a Constituição, sim, em sua totalidade normativa.

Recurso Extraordinário a que se dá provimento.”

(RE 478410/ SP; Relator Ministro Eros Grau)

31. Dito isso, verifica-se que a exigência pretendida é descabida, razão pela qual deve a mesma ser afastada, vez que, como demonstrado, o pagamento realizado não constitui fato gerador das contribuições devidas a Seguridade Social e as destinadas a Terceiros.

- Do pagamento feito a segurados empregados

32. Quanto ao lançamento feito com base no pagamento feito a segurados empregados o contribuinte não teceu qualquer consideração em sua defesa.

33. E segundo o auditor fiscal, ao questionar ao recorrente a respeito dos pagamento feitos a segurados empregados e não declarador em GFIP, recebeu como resposta que “a natureza dos registros contábeis relacionados no presente termo, referem-se na sua maioria, a pagamentos de comissões e bonificações dados pela fábrica e repassados aos empregados, a pagamento de rescisões de contrato de trabalho e a pagamento de auxílio faculdade” e que não possuía mais “dados suficientes para a individualização dos pagamentos”. (f. 86)

34. Assim, o fisco “aferiu o desconto dos segurados de forma uniforme utilizando a alíquota de 8%”. (f. 86)

35. E sobre a questão, entendo que o procedimento indireto adotado encontra respaldo na Legislação Previdenciária conforme depreende da combinação do disposto na Lei n.º 8.212/91, com o Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo de sua contabilidade regular, caberá o procedimento de aferição indireta.

36. Os parágrafos 3º e 4º, do artigo 33 da Lei de Organização da Seguridade Social, trazem em seu texto:

“Art. 33 (...).

§ 3 Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida.

§ 4 Na falta de prova regular e formalizada pelo sujeito passivo, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão de obra empregada, proporcional à área construída, de acordo com critérios estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.” (g.n.)

37. Nesse sentido, artigos 232 a 234 do Regulamento da Previdência Social, dispõem:

“Art.232. A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.

Art.233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário..” (g.n.)

38. Dessa forma, não tendo a empresa colacionado aos autos a documentação comprobatória de sua regularidade contábil e nem alegações capazes de reverter o lançamento, restou configurado que a mesma, na verdade, está em débito para com o fisco no que se refere ao pagamento de segurados empregados, uma vez que não recolheu o valor devido, mantenho a decisão recorrida nesse ponto.

- Do pagamento feito a contribuinte individuais

39. Sobre o recolhimento de contribuições incidentes sobre pagamentos feitos a contribuintes individuais, defende-se o contribuinte no sentido de que “conforme constados documentos anexos, ou seja, cópia do Comprovante de Inscrição na Receita Federal, nem todos aqueles que foram pagos pela impugnante são pessoas físicas, logo, não existe a possibilidade de incidência de contribuição previdenciária”. (f. 924)

40. E continua a recorrente alegando que “o pagamento efetuado a BISMARQUE AGUIAR (despachante), que é o sócio e representante legal da empresa SINAL

VERDE LOCAÇÃO E SERVIÇOS ADMINISTRATIVOS LTDA, ME, cujo número de inscrição é CNPJ 10.744.012/0001-84”. (f. 924)

41. Ocorre que, compulsando os autos, pude verificar que a referida documentação juntada - Comprovante de Inscrição e de Situação Cadastral - (f. 875), realmente trata-se do cadastrado da empresa SINAL VERDE, porém, não há qualquer documentação acostada que possa comprovar a relação da empresa com o Sr. Bismarque Aguiar, como afirma o contribuinte.

42. Assim, não tendo a empresa comprovado que os pagamentos feitos destinavam-se a pessoas jurídicas, mantenho a multa aplicada com relação a esta rubrica.

- Da indenização por estabilidade de férias

43. No tocante à indenização prevista em Convenção Coletiva de Trabalho (indenização por estabilidade de férias) firmada pela recorrente e o Sindicato dos Trabalhadores em Oficinas Mecânicas, paga em decorrência de demissão sem justa causa antes do vencimento dos sessenta dias de estabilidade, concedidos em razão do retorno das férias, entendo que o lançamento não merece prosperar, eis que se trata de verga de cunho indenizatório.

44. Isso porque a respeito deste assunto, tenho me posicionado no sentido de que os valores indenizatórios não devem ser incluídos na base de cálculo de tributação, posto que não compõem a base de remuneração do trabalhador.

45. Além disso, conforme ressaltado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, quando da análise da ADIN n.º 1659, com a conversão da Medida Provisória n.º 1.523-9/97 na Lei n.º 9.528/97, foi afastada a incidência de contribuições previdenciárias sobre as parcelas de caráter indenizatório.

46. E é nesse sentido que os Tribunais Regionais vêm proferindo seus acórdãos a respeito do tema ora em análise:

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. VERBAS INDENIZATÓRIAS. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 1.523/97. LEI DE CONVERSÃO Nº 9.528/97. DISPOSITIVOS SUPRIMIDOS. PERDA DE EFICÁCIA.

1. A medida provisória nº 1.523/97, ao ter sido convertida na lei nº 9.528/97, teve vetados os dispositivos que incluíam verbas indenizatórias para fins de incidência de contribuição social.

2. Inexigibilidade de recolhimento da contribuição social sobre verbas indenizatórias.

3. Apelação e remessa oficial desprovidas.”

(TRF 5 – Apelação Cível PRC 237013 PE 2000.05.00.022934-0, Relator Desembargador Federal Paulo Roberto de Oliveira Lima)

“TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE VERBAS INDENIZATÓRIAS E DIÁRIAS. MP N. 1.523/97. LEI N. 9.528/97.

1. A Lei n. 9.528/97 afastou a incidência de contribuição previdenciária sobre as parcelas indenizatórias e diárias.

2. A eficácia do art. 22, § 2º, da Lei n. 8.212/91, com a redação dada pela MP n. 1523/97, foi suspensa pelo STF, na ADIN n. 1.659

3. *Apelação improvida. Remessa parcialmente provida.*”

(TRF1 – Apelação em Mandado de Segurança – MAS 104065 MG 1999.01.00.10.4065-7, Relator Juiz Carlos Olavo)

47. O Superior Tribunal Federal também já se manifestou sobre a questão, conforme ementa transcrita abaixo:

“**TRIBUTÁRIO. VERBAS INDENIZATÓRIAS. ADICIONAL EM CASO DE DISPENSA E INCENTIVO À APOSENTADORIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. NÃO-INCIDÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 28, § 9º, ALÍNEA E, ITEM 5 DA LEI Nº 8.212/91.**

1. Trata-se de mandado de segurança preventivo impetrado por SHELL DO BRASIL S/A objetivando que a autoridade coatora se abstivesse de autuar a ora recorrida pelo não recolhimento de contribuição previdenciária no percentual de 28%, com base nas alterações introduzidas pela Lei 8.212/91 e na CLT, pela MP nº 1.523/97. Sobreveio a sentença concedendo em parte a segurança, entendendo exigível a contribuição previdência somente quanto à parcela da gratificação para o gozo de férias (art. 144 da CLT), por entender que a referida verba não possui natureza indenizatória. Em sede de apelação, foi mantido o posicionamento firmado pela Primeira Instância. Nesta via recursal, a Autarquia Previdenciária recorrente alega negativa de vigência ao artigo 28, § 9º, alínea e, item 5 da Lei nº 8.212/91 sob o argumento de que a legislação referida expressamente aponta as importâncias que são excluídas da incidência de contribuição previdenciária, não se enquadrando, na espécie, as previstas na convenção coletiva de trabalho da categoria (indenização ao adicional em caso de dispensa e às vésperas da aposentadoria), por serem de natureza ressarcitórias, não se confundindo estas com as verbas recebidas a título de incentivo à demissão.

2. **As verbas discutidas, como firmado pelo acórdão recorrido, são oriundas da cessação do contrato de trabalho, tendo, portanto, natureza indenizatória e não remuneratória, razão pela qual ser indevida a contribuição previdenciária. Interpretação em consonância com o que dispõe o art. 28, § 9º, alínea e, item 5 da Lei nº 8.212/91.**

3. *Recurso especial improvido*”

(Resp 663082 – RJ 2004/0073849-9, Primeira Turma, Ministro Relator José Delgado)

48. Importa ressaltar ainda que o pagamento foi realizado por força de Acordo feito nos autos de Dissídio Coletivo, cujas cláusulas estabeleceram as condições,

critérios e parâmetros a serem obedecidos, sem que a empresa pudesse deixar de honrar o estabelecido nos documentos.

49. Vale destacar ainda que as indenizações eram pagas apenas uma vez a cada funcionário desligado dentro no período de estabilidade, não há habitualidade e nem substituíam a remuneração mensal dos trabalhadores, o que reforça ainda mais a tese de ausência de continuidade do referido benefício, de caráter indenizatório.

50. Convém esclarecer que a Carta Política de 1988 reconhece o poder normativo dos dissídios coletivos (art. 114º, § 2º, da CF/88). Desta forma, pode-se afirmar que o contrato é imperativo entre as partes, logo, diante da negociação firmada entre a entidade sindical e a empresa, não há se falar em alteração unilateral do contrato de trabalho.

51. Assim, o pagamento, sem incorporação, de "indenização por estabilidade de férias" concedida aos segurados empregados, fruto de reconhecimento via transação acordo coletivo coletivas, não é ajuste salarial e muito menos serviu para esconder fato gerador de contribuição previdenciária. De maneira que, como tal, não incide contribuição previdenciária. Logo, o lançamento fiscal perdeu seu objeto visto a ausência do fato gerador da obrigação tributária.

52. Dessa forma, entendo que não há que se falar em incidência de contribuições previdenciárias sobre verbas indenizatórias.

DA INCIDÊNCIA DA TAXA SELIC

53. A utilização da taxa SELIC não é indevida no caso em análise. À época do fato gerador, a utilização da referida taxa era expressamente autorizada pelo art. 34 da Lei 8.212/91.

54. A matéria, inclusive, já foi sumulada por este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, *verbis*:

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 do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

55. No mesmo sentido, deve-se ressaltar que a utilização da taxa SELIC no caso em análise não ocorreu por determinação do Banco Central, e sim em face do art. 34 da Lei 8.212/91, vigente à época do lançamento, e da súmula nº 04 deste Conselho.

56. Quanto às alegações de multa confiscatória, deve-se concluir que não possuem fundamento, pois o valor da multa não corresponde ao valor da contribuição. Assim, tendo atendido à prescrição legal e não sendo equivalente à totalidade do débito, não há que se falar em caráter confiscatório da multa.

DA APLICAÇÃO DA MULTA

57. Por fim, no que se refere à multa aplicada, cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35

da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

58. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

59. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

60. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

61. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

62. Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito, DA-LHE PROVIMENTO PARCIAL, decotando do lançamento as rubricas auxílio transporte, refeição e indenização prevista na Convenção Coletiva de Trabalho, bem como para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, mais benéfica ao contribuinte, nos termos acima delineados.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

CÓPIA