



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

Processo nº 10166.721780/2009-32
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2403-000.612 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de julho de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente SAN MARINO LOCAÇÃO DE VEÍCULOS E TRANSPORTES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO EFETUADO COM BASE NO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO.

A empresa excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão.

VALORES PAGOS A TÍTULO DE VALE ALIMENTAÇÃO. SALÁRIO *IN NATURA*. INSCRIÇÃO NO PAT. PRÉ-REQUISITO.

Se a empresa realiza o pagamento aos seus segurados em cesta básica, espécie de salário *in natura*, deverá esta ser inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador, sob pena de não ter excluída esta verba do salário-de-contribuição.

VALE TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. CARÁTER NÃO SALARIAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO N 478.410/SP. UNANIMIDADE DE VOTOS. CONTROLE DIFUSO. TEORIA DA TRANSCENDÊNCIA DOS MOTIVOS DETERMINANTES. EFEITOS ERGA OMNES. NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

O vale-transporte pago em pecúnia, mediante crédito na conta corrente dos segurados, não afeta a natureza jurídica de ser não salarial, segundo entendimento proferido no Recurso Extraordinário n 478.410/SP por unanimidade de votos.

Sendo o recurso extraordinário instrumento de apreciação da constitucionalidade pela via difusa, há de se prevalecer a corrente que defende a Teoria da Transcendência dos Motivos Determinantes, a qual

admite que a decisão proferida nessa modalidade de controle tenha efeitos *erga omnes*, hipótese em que a contribuição previdenciária não incidirá sobre a verba.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que seja afastada a incidência da contribuição social previdenciária sobre o vale transporte, determinando o recálculo da multa de mora de acordo com o disciplinado no art. 35 “caput” da Lei 8.212/1, com a redação dada pela Lei 11.941/2009 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, na questão do PAT (Programa de Alimentação ao Trabalhador). Vencido o conselheiro Ivacir Julio de Souza na questão do vale transporte e o conselheiro Paulo Mauricio Pinheiro Monteiro na questão do vale transporte e da multa de mora.

Ivacir Júlio de Souza – Presidente Substituto.

Cid Marconi Gurgel de Souza – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Ivacir Júlio de Souza, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto e Marthius Sávio Cavalcante Lobato. Ausente o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Brasília/DF que julgou PROCEDENTE o lançamento constante no Auto de Infração de Obrigação Principal n 37.201.217-5, no valor de R\$ 795.613,37 (setecentos e noventa e cinco mil, seiscentos e treze reais e trinta e sete centavos).

Segundo o relatório fiscal, a fiscalização procedeu à lavratura desse Auto de Infração de Obrigação Principal ao verificar que algumas parcelas não integraram a base de cálculo das contribuições sociais previdenciárias relativas à **quota patronal** (ausência de informação por GFIP ou que, mesmo tendo havido a prestação de informações, foi informado indevidamente que a empresa seria optante do SIMPLES).

A autuação visou constituir crédito tributário sobre os valores relativos à diferença de base de cálculo considerada pela empresa, à alimentação paga em pecúnia, ao transporte pago em pecúnia, ao pro-labore e às verbas referentes à gratificação e hora extra.

O período objeto da fiscalização compreendeu, em geral, as competências 01/2005 a 12/2007.

Ademais, consta ainda do relato fiscal, que a autoridade lançadora verificou que a empresa apresentou GFIP declarando-se como optante do SIMPLES no período de 01/2005 a 12/2007, ou seja, estaria a pessoa jurídica amparada pelo regime simplificado de arrecadação quando da realização da auditoria.

Todavia, a fiscalização concluiu, através do exame de diversos documentos analisados, que a empresa autuada, ora recorrente, não estava inscrita nesse regime de tributação simplificado, tendo sido, conforme a base de dados da Receita Federal do Brasil, inscrita no SIMPLES somente no período de 01/01/1997 a 31/12/2001.

Aduziu informando que, pela ausência de apresentação dos livros contábeis referentes ao ano de 2005 e 2006, utilizou-se em algumas situações da aferição indireta prevista no art.33 da Lei n 8.212/91.

Desta autuação, a recorrente foi notificada em **29/09/2009** e apresentou impugnação, alegando em síntese:

- *Que estava inscrita no SIMPLES, tendo sido excluída pelo Ato Declaratório n 23 do Delegado da Receita Federal em Osasco, o qual é nulo por estar eivado de vício, tendo em vista só ter tomado conhecimento do ato após a lavratura do Auto de Infração;*
- *Que o ato declaratório de exclusão não pode gerar efeitos retroativos, trazendo jurisprudências para fundamentar o pleito;*

- Com relação ao pró-labore e às gratificações, os pagamentos que foram realizados vinculam-se à exclusão do simples;
- Com relação à parcela do vale alimentação, que os documentos anexados aos autos referem-se a relatórios enviados ao Banco do Brasil para controle do que seria objeto de despesa, bem como a recibos emitidos em nome de outra empresa, de modo que a inclusão de tal parcela na base de cálculo seria indevida;
- Que os recibos constantes no anexo V, referentes a vale transporte, são apenas controles, tendo a empresa recebido os vales de acordo com a legislação regente.

Por fim, concluiu que o Auto de Infração deveria ser desconsiderado, tendo em vista que ocorreu recolhimento previdenciário em consonância com a legislação.

Instada a manifestar-se acerca da impugnação, a 7 Turma da DRJ de Brasília/DF proferiu acórdão (n 03-37.841) nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

EXCLUSÃO DO SIMPLES. REGULARIDADE DO LANÇAMENTO DE OFÍCIO EFETUADO COM BASE NO REGIME NORMAL DE TRIBUTAÇÃO.

A empresa excluída do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES fica sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão.

*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.

*VALE TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA.
INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.*

O vale-transporte pago em espécie - em desacordo com a legislação própria (Lei 7418/85 e Decreto 95247/87) - constitui salário-de-contribuição, não sendo alcançado pela hipótese de exclusão previdenciária prevista no art. 28, § 9º, alínea "f" da Lei 8212/91.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Irresignada com a decisão supra, a recorrente apresentou recurso voluntário, ratificando todos os argumentos anteriormente expendidos na impugnação.

Processo nº 10166.721780/2009-32
Acórdão n.º **2403-000.612**

S2-C4T3
Fl. 1.152

É o relatório.

Voto

Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, Relator.

DO MÉRITO:**I – DOS EFEITOS DA EXCLUSÃO DO SIMPLES E AS VERBAS PAGAS A TÍTULO DE PRÓ-LABORE, GRATIFICAÇÕES E HORAS-EXTRAS:**

A recorrente afirma que o julgador de 1 instância considerou como válido o ato de exclusão da empresa do SIMPLES, destacando que à época do fato gerador ela tinha plena convicção de que se encontrava enquadrada nesse regime de tributação, considerando que o próprio sistema da Receita Federal admitia-a como integrante de referido sistema.

Todavia, não há como prosperar tais argumentos, tendo em vista que a opção por ser integrante do SIMPLES é facultada pelo fisco, mas as informações contidas no sistema eletrônico são de inteira responsabilidade do contribuinte, que deve se atentar ao preenchimento dos requisitos para ser tributado sob esse regime.

Assim, caso seja verificada alguma ocorrência que possa excluir a empresa do SIMPLES, a exclusão será feita mediante um processo administrativo e, ao fim, terá a expedição de um Ato Declaratório.

No caso em tela, o processo 10882.000914/2006-40 tratou da exclusão do sujeito passivo do SIMPLES e oportunizou ao contribuinte a possibilidade de manifestar-se contra essa insurgência do fisco de tentar excluí-lo do regime simplificado.

Ao final do processo, houve a expedição do Ato Declaratório Executivo 23 pela Delegacia da Receita Federal, que comunicou à recorrente sua exclusão, tendo sido cientificada do ato em 14/08/2006, ou seja, muito antes da ciência da lavratura do Auto de Infração, que só ocorreu em 29/09/2009, o que vai de encontro ao argumento do contribuinte em alegar que tomou conhecimento da exclusão somente após a autuação.

Com relação aos efeitos que tal Ato Declaratório produzirá, cabe destacar que à época da exclusão da empresa do SIMPLES estava vigente a Lei n 9.317/96, a qual permaneceu vigente até 30 de junho de 2007, tendo em vista que o art.89 da Lei Complementar n 123/2006 prelecionou que a partir de 01/07/2007 as disposições da Lei 9.317/96 estariam revogadas.

Desse modo, estando vigente a Lei n 9.317/96 à época do procedimento que culminou na exclusão da empresa do SIMPLES, suas disposições devem ser respeitadas, principalmente no que concerne aos efeitos, os quais, segundo essa legislação, atingiriam os fatos ocorridos desde 1 de janeiro de 2001.

Durante a fiscalização, foi constatado que o período objeto da auditoria (01/2005 a 12/2007) não estava acobertado pelo SIMPLES, motivo pelo qual a tributação a incidir nesse lapso temporal deve ser aquela exigida das demais pessoas jurídicas.

Assim, considerando que os valores relativos ao pró-labore, gratificações e horas-extras só seriam devidos se o enquadramento da empresa no SIMPLES estivesse

correto, mantenho o lançamento dessas parcelas por entender que a recorrente foi excluída devidamente do regime de tributação simplificado.

II – DOS VALORES RELATIVOS AO PAT:

Com relação à parcela do vale alimentação, a recorrente afirmou que os documentos anexados aos autos referem-se a relatórios enviados ao Banco do Brasil para controle do que seria objeto de despesa, bem como a recibos emitidos em nome de outra empresa, de modo que a inclusão de tal parcela na base de cálculo seria indevida.

Vale destacar que o objetivo da recorrente foi provar que não houve o pagamento da parcela relativa ao vale alimentação em pecúnia, haja vista que os relatórios atestam apenas uma previsão de gastos com os empregados em relação à alimentação.

Todavia, a recorrente está sendo cobrada desse levantamento por outro motivo e não pelo fato de ter supostamente realizado o pagamento da verba em dinheiro, pois, segundo a fiscalização, a empresa pagava a verba aos segurados sem possuir inscrição no PAT, o que vai de encontro à legislação que prevê a exclusão da parcela da base de cálculo da contribuição previdenciária, então vejamos:

A Lei nº 8.212/91, em seu art.28, determina que apenas será excluída da base de cálculo da contribuição social previdenciária a parcela concedida *in natura* e paga de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social. Então vejamos, *in verbis*:

Art.28 – (...)

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

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;

Pelo transcrito, percebe-se que é imprescindível que haja a prévia inscrição da empresa ao Programa de Alimentação cuja aprovação ficará a cargo do Ministério do Trabalho e da Previdência Social.

Além disso, mesmo que a recorrente estivesse inscrita no PAT, ainda assim deveria ser obrigada ao pagamento da parcela relacionada ao vale alimentação, tendo em vista que os relatórios enviados pela empresa ao Banco do Brasil determinam a liberação de valores para serem creditados na conta corrente dos empregados, o que comprova o pagamento por pecúnia.

Contudo, levando em consideração que a empresa recorrente não se encontrava inscrita no programa de alimentação do Governo Federal (Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT), **durante o período objeto da fiscalização**, fica

prejudicada a exclusão da parcela *in natura* (cestas básicas, refeição, alimentação) da base de cálculo da contribuição social previdenciária face à ausência do requisito previsto na Lei n 8.212/91.

III – DO VALOR PAGO A TÍTULO DE VALE TRANSPORTE:

A recorrente alega que a parcela paga a título de vale transporte não deve integrar a base de cálculo da contribuição social previdenciária, tendo em vista que os recibos constantes no anexo V, referentes a vale transporte, são apenas controles, tendo a empresa recebido os vales de acordo com a legislação regente.

Vale destacar que, segundo a fiscalização, a parcela vale-transporte não deverá compor a base de cálculo da contribuição previdenciária, desde que o pagamento ocorra em respeito à legislação regente, a qual veda a substituição dos vales por dinheiro/pecúnia, vejamos:

Lei n 8.212/91.

Art.28 – (...)

(...)

§ 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;

Pelo exposto, só há exclusão se o vale-transporte for pago em acordo com a legislação própria, vejamos os instrumentos normativos que tratam dessa parcela:

Lei n 7.418/85:

Art. 4º - A concessão do benefício ora instituído implica a aquisição pelo empregador dos Vales-Transporte necessários aos deslocamentos do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar.

Decreto n 95.247/87:

Art. 5º É vedado ao empregador substituir o Vale-Transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento, ressalvado o disposto no parágrafo único deste artigo.

Parágrafo único. No caso de falta ou insuficiência de estoque de Vale-Transporte, necessário ao atendimento da demanda e ao funcionamento do sistema, o beneficiário será ressarcido pelo empregador, na folha de pagamento imediata, da parcela correspondente, quando tiver efetuado, por conta própria, a despesa para seu deslocamento.

Pelo transcrito, caso o empregador não adquira os vales-transporte necessários aos deslocamentos de seus trabalhadores, distribuindo-os posteriormente, e, ao

invés disso, pagar os vales em pecúnia, a contribuição social previdenciária incidirá sobre tal parcela, haja vista o não cumprimento de exigência legal.

Ressalte-se que há uma ressalva para que a contribuição não incida sobre as parcelas pagas aos segurados a título de vale-transporte, que é a hipótese de faltar ou estiver insuficiente o estoque de vales-transporte.

Todavia, deve-se analisar que a realidade mostra-se diferente, pois, nos dias atuais, é difícil encontrar uma empresa que forneça vales-transporte em espécie, até mesmo pela facilidade que se tem de creditar o valor relativo aos vales em conta-corrente. Lembre-se que o Decreto 95.247, que regulamente tal benefício, é de 17 de novembro de 1985, época em que a dinâmica empresarial era outra.

Além disso, vale trazer à baila uma decisão da Corte Suprema (**Recurso Extraordinário n 478.410/SP**) que admite a exclusão da parcela paga em dinheiro a título de vale-transporte da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Há de ressaltar que os efeitos de uma decisão proferida em Recurso Extraordinário, via controle difuso, são, em regra, *inter partes*, tendo em vista que só serão *erga omnes* se o Supremo Tribunal Federal comunicar ao Senado Federal acerca do que foi decidido, o qual poderá editar resolução para suspender a eficácia da norma, segundo o art.52, X, da Constituição Federal.

Assim, não tendo sido a decisão do RE n 478.410/SP comunicada ao Senado Federal seus efeitos ficariam somente *inter partes* e seriam *ex tunc*. Todavia, seria um retrocesso entender dessa maneira, considerando o atual estágio que se encontra nossa sociedade e as relevantes decisões que têm o Supremo Tribunal Federal proferido e influenciado nos julgamentos dos contenciosos administrativos.

Destaco que tem ganhado força e conquistado cada vez mais espaço no cenário jurídico brasileiro a ***Teoria da transcendência dos motivos determinantes***, que consiste na possibilidade de uma decisão proferida via controle difuso, que inicialmente só seria aplicada *inter partes* e teria efeito *ex tunc*, alcançar a todos.

Sobre o tema, vejamos o que disse o Ministro Gilmar Mendes no informativo do STF 454 (resumos de decisões proferidas pelo Tribunal sobre determinadas matérias):

Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade - 3

Aduziu que, de acordo com a doutrina tradicional, a suspensão da execução pelo Senado do ato declarado inconstitucional pelo STF seria ato político que empresta eficácia erga omnes às decisões definitivas sobre inconstitucionalidade proferidas em caso concreto. Asseverou, no entanto, que a amplitude conferida ao controle abstrato de normas e a possibilidade de se suspender, liminarmente, a eficácia de leis ou atos normativos, com eficácia geral, no contexto da CF/88, concorreram para infirmar a crença na própria justificativa do instituto da suspensão da execução do ato pelo Senado, inspirado numa concepção de separação de poderes que hoje estaria

ultrapassada. Ressaltou, ademais, que ao alargar, de forma significativa, o rol de entes e órgãos legitimados a provocar o STF, no processo de controle abstrato de normas, o constituinte restringiu a amplitude do controle difuso de constitucionalidade. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Reclamação: Cabimento e Senado Federal no Controle da Constitucionalidade – 4

Considerou o relator que, em razão disso, bem como da multiplicação de decisões dotadas de eficácia geral e do advento da Lei 9.882/99, **alterou-se de forma radical a concepção que dominava sobre a divisão de poderes, tornando comum no sistema a decisão com eficácia geral, que era excepcional sob a EC 16/65 e a CF 67/69.** Salientou serem inevitáveis, portanto, as reinterpretações dos institutos vinculados ao controle incidental de inconstitucionalidade, notadamente o da exigência da maioria absoluta para declaração de inconstitucionalidade e o da suspensão de execução da lei pelo Senado Federal. Reputou ser legítimo entender que, atualmente, a fórmula relativa à suspensão de execução da lei pelo Senado há de ter simples efeito de publicidade, ou seja, **se o STF, em sede de controle incidental, declarar, definitivamente, que a lei é inconstitucional, essa decisão terá efeitos gerais, fazendo-se a comunicação àquela Casa legislativa para que publique a decisão no Diário do Congresso.** Concluiu, assim, que as decisões proferidas pelo juízo reclamado desrespeitaram a eficácia erga omnes que deve ser atribuída à decisão do STF no HC 82959/SP. Após, pediu vista o Min. Eros Grau. Rcl 4335/AC, rel. Min. Gilmar Mendes, 1º.2.2007. (Rcl-4335)

Desse modo, entendo que o art.52, X, da Constituição Federal, sofreu uma mutação constitucional, ao passo que a norma sofreu alteração pelo avanço da sociedade e pela mudança de interpretação do texto constitucional sem ter havido expressa modificação nesse texto, motivo pelo qual não se faz necessário ser expedida resolução do Senado Federal que suspenda a eficácia de norma (alínea f do parágrafo 9 do art. 28 da Lei n 8.212/91), considerando que a lei admite a exclusão apenas se a verba for paga de acordo com a legislação regente, que exige ser o pagamento em vale.

Sendo assim, o pagamento de vale-transporte em pecúnia não altera o caráter não salarial da verba, de modo que a incidência sobre essa parcela constitui afronta total à Constituição Federal, devendo, portanto, ser afastada a cobrança do levantamento Vale-Transporte.

Ademais, vale destacar que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi utilizada na presente decisão também em respeito ao Regimento Interno do CARF, que, no seu art.62, parágrafo único, determina as hipóteses que uma norma pode ser afastada sob o argumento de inconstitucionalidade, estando dentre elas a obrigatoriedade da decisão ser proferida pelo plenário do Supremo Tribunal Federal, o que foi verificado no caso em tela.

IV – DA APLICAÇÃO DE MULTA MORATÓRIA E JUROS COM BASE NA TAXA SELIC:

Considerando, portanto, o prosseguimento da cobrança com relação às **parcelas relativas à alimentação, pró-labore, gratificação e horas extras**, há que se destacar que esses débitos serão recolhidos com a incidência de multa e juros na forma da legislação – Lei n 8.212/91.

Ressalte-se, todavia, que não obstante a fiscalização e a DRJ de Brasília já terem aplicado a multa com a nova redação dada pela Lei n 11.941/2009, entendo que o art.35-A da Lei n 8.212/91 (nova redação), base legal utilizada, não deve ser aplicável ao caso em tela, considerando que o dispositivo legal correto para o caso em tela é o art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91 (nova redação dada pela Lei n 11.941/2009), estando tal previsão na Portaria Conjunta PGFN/RFB n 14, de 4 de dezembro de 2009:

Art. 4º O valor das multas aplicadas, na forma do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, em sua redação anterior à dada pela Lei nº 11.941, de 2009, sobre as contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, deverá ser comparado com o valor das multa de ofício previsto no art. 35-A daquela Lei, acrescido pela Lei nº 11.941, de 2009, e, caso resulte mais benéfico ao sujeito passivo, será reduzido àquele patamar.

Art. 5º Na hipótese de ter havido lançamento de ofício relativo a contribuições declaradas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), a multa aplicada limitar-se-á àquela prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009.

Pelo exposto, percebe-se que o art.35-A só será aplicado no caso de débito relativo às contribuições devidas a terceiros, o que não é o caso. Sendo os valores lançados na fiscalização referentes às contribuições declaradas em GFIP's, a base legal para a aplicação da multa moratória deve ser o art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91:

Lei N 8.212/91

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.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

Sobre a aplicação deste dispositivo, o qual prevê multa de 0,33% ao dia e limitada a 20%, vale destacar que a redação acima foi dada por Lei diversa daquela vigente à época do fato gerador, motivo pelo qual será aplicada em conformidade com o art.106, II, do Código Tributário Nacional.

Ademais, com relação à incidência da taxa SELIC sobre os débitos federais, inclusive contribuições sociais, registre-se que a legislação de regência à época do fato gerador, a Lei nº 8.212/91, afastava literalmente os argumentos erguidos pela recorrente, *in verbis*::

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta disciplinada no art. 35 desta Lei)

Entretanto, a Lei nº 11.941/2009 revogou o dispositivo acima e deu nova redação ao art.35 da Lei nº 8.212/91, determinando que os débitos tributários a nível federal, teriam suas cobranças acrescidas de multa e juros na forma do art.61 da Lei nº 9.430/96. Então vejamos:

*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.** (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).*

LEI Nº 9.430/96

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.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

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

§3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Art. 5º(...)

(...)

§ 3º *As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.*

A propósito, convém ainda mencionar que o CARF aprovou Súmula nº 04, nos seguintes termos:

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.

Portanto, a aplicação da taxa SELIC sobre os débitos tributários federais é devida e tem amparo legal com fulcro no artigo 35, *caput*, da Lei nº 8.212/91.

V – DA APLICAÇÃO DA LEI MAIS BENÉFICA AO ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO:

Tratando-se de ato pendente de julgamento, há que se observar alguns preceitos legais do Código Tributário Nacional no que se refere à possibilidade de uma lei retroagir e alcançar fatos pretéritos, os quais ocorreram sob a égide de outra legislação.

No caso em tela, verifica-se que tanto a aplicação de multa como a incidência de taxa SELIC sobre os débitos tributários federais encontra amparo atualmente no art.35, *caput*, da Lei n 8.212/91, dispositivo este alterado pela Lei n 11.941/2009.

Deste modo, caso seja mais benéfico ao sujeito passivo, a Lei n 11.941/2009 deverá retroagir em respeito ao art.106 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso voluntário para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, afastando a incidência da contribuição social previdenciária sobre o levantamento vale transporte 01/2005 a 12/2007 pelos motivos já expostos e mantendo a cobrança do Auto de Infração de Obrigação Principal n 37.201.217-5 com relação às demais verbas, acrescida do recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Cid Marconi Gurgel de Souza.