



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

Processo n° 15504.000448/2009-76
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-001.400 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de junho de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CONSITA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP - INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA - NÃO APRECIAÇÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - PAGAMENTO EM ESPÉCIE - ALIMENTAÇÃO - EMPRESA NÃO INSCRITA NO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR - PAT - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

O pagamento, em espécie, de alimentação aos segurados empregados por empresa não inscrita no PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador, integra o salário de contribuição e se constitui em fato gerador de contribuições sociais previdenciárias.

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - ACRÉSCIMOS LEGAIS - JUROS E MULTA DE MORA - ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 - RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA - ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35-A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, **I**) por voto de qualidade, em negar provimento mantendo os Levantamentos de Cesta Básica e Vale Refeição. Vencidos os conselheiros Cid Marconi Gurgel de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Marcelo Magalhães Peixoto; **II**) por unanimidade de votos , em dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule a multa de mora de acordo com a redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto pela Recorrente – CONSITA LTDA. contra Acórdão nº 02-28.641 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte - MG que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.215.307-0, às fls. 01, com valor consolidado inicial de R\$ 859.511,35.

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social relativas à parte dos segurados incidentes sobre os valores pagos aos segurados empregados a título de CESTA BÁSICA e VALE REFEIÇÃO, no período de 01/2004 a 12/2006.

O Relatório Fiscal, às fls. 39 a 43, informa:

3.1 - CESTA BÁSICA (código de levantamento CB) e VALE REFEIÇÃO (código de levantamento VR), cujas bases de cálculo utilizadas são as constantes das planilhas Anexo 1 - Cesta Básica - CB e Anexo 2 - Vale Refeição - VR estão gravadas no CD anexo.

*3.1.1 - Trata-se de crédito previdenciário, tendo como **fato gerador a concessão de cesta básica e vale refeição paga em pecúnia aos empregados da empresa.** Tal pagamento em dinheiro do salário utilidade/alimentação integra a base de cálculo das contribuições sociais, mesmo que a empresa esteja inscrita no PAT.*

Informa ainda o Relatório Fiscal referente ao AIOP nº 37.215.308-9, lavrado no mesmo procedimento fiscal, que **os pagamentos das referidas parcelas CESTA BÁSICA (levantamento - CB) e VALE REFEIÇÃO (levantamento — VR) foram efetuadas em pecúnia** e estavam vinculados à assiduidade do trabalhador, assim, integram a remuneração para o efeito de se calcular as contribuições previdenciárias, posto que, foram pagas em desconformidade com a Lei 8.212/91 e Portaria Interministerial MT de 03 de 01/03/2002.

Neste sentido, o Relatório Fiscal deste AIOP nº 37.215.308-9, às fls. 91, informa que:

2.1.3 - Além do pagamento em pecúnia, a Cesta Básica está também vinculada a produtividade, conforme estabelecido na Cláusula Oitava da Convenção Coletiva de Trabalho, citada acima.

Foram examinadas as Convenções Coletivas de Trabalho estipuladas entre o Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Coleta, Limpeza e Industrialização do Lixo no Estado de Minas Gerais - SINTRALIX-MG X Sindicato das Empresas de Coleta, Limpeza e Industrialização do Lixo de Minas Gerais - SINDILURB-MG, válidas para o período 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 e também, as folhas de pagamentos, o Livro Diário e as Guias de Recolhimento da Previdência- GPS's.

A Recorrente teve ciência do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, às fls. 32 a 33, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF nº 0610100.2008.00482.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético de Débito - DSD, às fls. 15, é de **01/2004 a 12/2006**.

O contribuinte teve **ciência do AIOP em 23.01.2009**, conforme Aviso de Recebimento - AR às fls. 45.

A **Recorrente apresentou Impugnação tempestiva**, às fls. 48 a 54, na qual alega em síntese, conforme o Relatório da decisão de primeira instância:

(i) *Inicialmente, requer que todas as intimações inerentes ao presente feito sejam encaminhadas para o endereço do representante legal constante do cabeçalho da peça de defesa, no caso, Rua Guajajaras, 870- 12º andar- centro- CEP:30.180-100- BH/MG e parte para a descrição dos fatos.*

(ii) *Em seguida alega que no entender da autuada não houve qualquer recolhimento de contribuição a menor, pois, o procedimento de dedução ou não inclusão na base de cálculo das contribuições sociais, dos valores pagos aos empregados a título de CESTA BÁSICA E VALE REFEIÇÃO, ainda que pagos em pecúnia, foi legítimo, como pretende demonstrar.*

(iii) *Cita o §9º, alínea "c" do art.28 da Lei 8.212/91 e argumenta que a referida norma visa retirar a natureza salarial dos benefícios alimentares, proporcionados livremente pelos empregadores a seus empregados.*

(iv) *Diz que a lógica é desonerar os benefícios concedidos pelas empresas para que elas adotem mais medidas em benefício dos empregados.*

(v) *Entretanto, no presente caso, além da impugnante ser obrigada a fornecer as cestas básicas e os vales refeições, por força de Convenção Coletiva, fora autuada simplesmente porque concedeu tais benefícios em espécie (conduta admitida expressamente pela própria Convenção Coletiva), não tendo nenhum ganho operacional com a conduta de oferecimento das refeições e das cestas básicas em dinheiro.*

(vi) *Conclui, neste ponto, que não se pagou, a título de cestas básicas ou vale refeição, nada além, dos valores correspondentes As refeições e cestas básicas devidas, valores estes inclusive fixados nas respectivas convenções coletivas trabalhistas vigentes A época dos pagamentos.*

(vii) *Ressalta que a conduta da empresa estava respaldada em Convenção Coletiva e que a Portaria Interministerial MTE nº 03/2002 não proíbe o pagamento de cesta básica em pecúnia (art. 6º), razão pela qual não há que se falar em desatendimento aos preceitos normativos administrativos, pertinentes aos pagamentos daqueles benefícios.*

(viii) *Aduz que apesar dos pagamentos terem sido feito em dinheiro que a empresa descontou os 20% referentes a parcela de contribuição de cada empregado conforme art.2º, §1º do*

Decreto nº 5 de 14 de janeiro e art. 4º da Portaria Interministerial MIE nº 03/2002, tendo efetuado os pagamentos em conformidade com as normas do PAT.

(ix) Transcreve cláusulas da convenção coletiva e afirma que o fornecimento de refeições e cestas básicas se deram por determinação expressa em convenção coletiva estando os pagamentos desvinculados da remuneração e respaldado no art. 7º, inciso XXVI da CF que reconheceu expressamente a validade das Convenções Coletivas.—Também o direito positivo valida as Convenções Coletivas e seus termos são levados ao conhecimento da Administração Federal que expressamente os homologa.

(x) Argumenta que a Administração Federal homologou as Convenções e Acordos Coletivos firmados entre os sindicatos envolvidos na atividade econômica da peticionaria, que agiu totalmente de acordo com as disposições daqueles documentos; considerado que o próprio Ministério do Trabalho homologou, também, tais documentos; restam configuradas como sendo Normas Complementares de Direito Tributário, conforme previsto nos incisos I, II, e parágrafo único do art. 100 do CTN.

(xi) Caso não se entenda pelo cancelamento total do Auto de Infração que sejam ao menos excluídas as penalidades, a cobrança de juros de mora e atualização do valor monetário, nos termos do citado parágrafo único do art. 100 do CTN.

(xii) Invoca o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade para ratificar que a empresa não obteve benefício financeiro ou operacional com o pagamento feito em pecúnia, este que previsto nas Convenções Coletivas e que tal procedimento foi adotado em total benefício e interesse dos próprios empregados, na medida em que não houve infração trabalhista e muito menos evasão fiscal.

(xiii) Entende que os trabalhadores não foram prejudicados pelo pagamento em dinheiro pois, a medida lhes proporcionou muito mais conforto e comodidade, principalmente, no caso das cestas básicas, que sempre geram ao beneficiário enormes transtornos de transporte destes alimentos, sobretudo para aqueles que toma duas ou mais condições, sempre em horários de pico e lotação e para aqueles que trabalham longe da sede da empresa e precisam se deslocar para buscar as cestas.

(xiv) Argumenta que seria ainda inviável que a empresa fornecesse a refeição em sua sede considerando-se o número de funcionários (três mil) e a dinâmica de prestação dos serviços em todos os cantos da cidade.

(xv) Diz, ainda, que se algum prejuízo houve com a política de pagamento em pecúnia, das cestas básicas e os vales refeições, este fora suportado tão somente pelas empresas que administram tíquetes ou vale refeição ou alimentação ou mesmo pelos eventuais fornecedores das cestas básicas in natura.

(xvi) Pede seja deferida produção de prova pericial, com indicação do Assistente Técnico o Sr. José Reynaldo Diniz Leite

(CRC/MG - 67.921), para que seja respondido o seguinte quesito:

"Considerando o valor da cesta básica devida aos empregados do contribuinte, nos temos estabelecidos nas convenções coletivas vigentes à data dos fatos geradores, e o valor em pecúnia pago àqueles mesmos empregados a título de cesta básica e ou vale alimentação/refeição, poder-se-ia afirmar a similaridade entre os referidos valores? Em caso de diferenças quais seriam?"

A Recorrida analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do Acórdão nº 02-28.641 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte - MG, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2006

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTE DEVIDA PELO SEGURADO.

Incide contribuição previdenciária sobre o total das remunerações pagas ou creditadas a qualquer título aos segurados empregados, nos termos da legislação previdenciária.

VALE REFEIÇÃO CESTA BÁSICA

Valor pago em espécie a título de alimentação, com inobservância das normas, integra o salário de contribuição do segurado para fins de apuração da contribuição previdenciária.

ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA. JUROS.

As contribuições sociais em atraso, arrecadadas pela Receita Federal do Brasil, estão sujeitas aos acréscimos legais (multa e juros), nos percentuais definidos pela legislação, ambos de caráter irrelevável.

ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA

Para fatos geradores ocorridos a partir de janeiro de 1995 não há mais atualização monetária nos termos da lei. Pedido de cancelamento da atualização monetária improcedente.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIDO

Não cabe perícia quando o que se busca provar, por seu intermédio, não está sendo objeto de dúvida na análise do lançamento.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 174 a 189, reiterando os argumentos utilizados em sede de Impugnação.

Observa-se dos autos, às fls. 191, a cópia da tela do sistema da Receita Federal PAEX/CONSULTA/CONSEVENTO/EVENTOVCONT, com data de 31/03/2011, na qual consta a informação de que a Recorrente empresa fez adesão ao parcelamento instituído pelos artigos 1º e 3º da Lei 11.941/2009, com manifestação em 29/06/2010:

EVENTO : DECLARAÇÃO TOTAL DÉBITOS LEI 11941
CNPJ : 16.565.111/0001-85
CONSITA LTDA
DATA EVENTO : 29/06/2010 HORA EVENTO : 11:16:1
TIPO PARCELAMENTO : L.11941-RFB-PREV-ART 1
CPF USUÁRIO : SISTEMA
TERMINAL : WEB
O CONTRIBUINTE MANIFESTOU-SE PELA INCLUSÃO DA
TOTALIDADE DOS DÉBITOS DA PGFN E DA RFB: SIM

DATA DA MANIFESTAÇÃO : 29/06/2010

Outrossim, no despacho de encaminhamento ao CARF, o Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário – Secat da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte informa que o presente débito AIOP nº 37.215.307-0 não consta entre os débitos que estão incluídos no parcelamento instituído pela Lei 11.941/2009:

2. Após pesquisas efetuadas no Sistema Paex, constatamos que o contribuinte é optante pela Lei 11.941/09, e se manifestou pela inclusão da totalidade dos débitos da PGFN e da RFB. No entanto, o Auto de Infração citado não consta entre os débitos em que o sujeito passivo requereu o parcelamento, de acordo com pesquisas juntadas aos autos.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 194.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 244.

Avaliados os pressupostos, passo para as Questões Preliminares e ao Mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**(i) Da regularidade da lavratura do AIOP – Auto de Infração de Obrigação Principal**

Analisemos.

Não obstante a argumentação do Recorrente, não confiro razão ao mesmo pois, de plano, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

Foi realizada auditoria-fiscal que resultou no lançamento do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de contribuições destinadas à Seguridade Social correspondente a parte patronal e a de segurados.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrado AIOP nº 37.215.307-0 que, conforme definido no inciso IV do artigo 633 da IN MPS/SRP nº 03/2005, é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal:

(redação à época da lavratura da NFLD nº 37.215.307-0)

Lei nº 8.212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

IN MPS/SRP nº 03/2005

Art. 633. São documentos de constituição do crédito tributário, no âmbito da SRP:

IV - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, que é o documento constitutivo de crédito relativo às contribuições devidas à Previdência Social e a outras importâncias arrecadadas pela SRP, apuradas mediante procedimento fiscal;

Pode-se elencar as etapas necessárias à realização do procedimento:

- *A autorização por meio da emissão de TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, o qual contém o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF- F, com a competente designação do Auditor-Fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;*
- *A intimação para a apresentação dos documentos conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *A autuação dentro do prazo autorizado pelo referido Mandado, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes:*

a. IPC - Instruções para o Contribuinte (que tem a finalidade de comunicar ao contribuinte como regularizar seu débito, como apresentar defesa e outras informações);

b. DAD - Discriminativo Analítico do Débito (que discrimina os valores originários das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais);

c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito (que apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados agrupados por estabelecimento);

d. RL - Relatório de Lançamentos (que relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo);

e. FLD- Fundamentos Legais do Débito (que indica os dispositivos legais que autorizam o lançamento e a cobrança das contribuições exigidas, de acordo com a legislação vigente à época do respectivo fato gerador);

f. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais (Este relatório lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.);

g. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos (que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando o tipo de vínculo existente e o período);

h. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;

i. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;

j. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;

k. REFISC – Relatório Fiscal.

Cumpre-nos esclarecer ainda, que o lançamento fiscal foi elaborado nos termos do artigo 142 do Código Tributário Nacional, especialmente a verificação da efetiva ocorrência do fato gerador tributário, a matéria sujeita ao tributo, bem como o montante individualizado do tributo devido.

De plano, o art. 142, CTN, estabelece que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Analisando-se o AIOP nº 37.215.307-0, tem-se que foi cumprido integralmente os limites legais dispostos no art. 142, CTN.

Ademais, não compete ao Auditor-Fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a falta de recolhimento, face a ocorrência do fato gerador, cumpra-se de imediato a notificação fiscal de lançamento de débito de forma vinculada, constituindo o crédito previdenciário. O art. 243 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

Art.243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes.

(ii) Alegações de inconstitucionalidade.

Analisemos.

Não assiste razão à Recorrente pois o previsto no ordenamento legal não pode ser anulado na instância administrativa por alegações de inconstitucionalidade, já

que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado). (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DO MÉRITO

(iii) DA CESTA BÁSICA E DO VALE-ALIMENTAÇÃO

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

Autenticado digitalmente em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 06/12/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 10/12/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 14/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Analisemos.

A argumentação do Recorrente está centrada na não incidência de contribuição social previdenciária sobre os benefícios concedidos em pecúnia a título de cesta básica e de vale refeição, porque é obrigado a fornecer em dinheiro as cestas básicas e os vales refeições, por força de Convenção Coletiva (conduta admitida expressamente pela própria Convenção Coletiva e não proibida pela Portaria Interministerial nº3/2000).

Conforme o constatado no Relatório Fiscal, às fls. 39 a 43, a Recorrente fornece alimentação aos empregados, por meio de pagamento em espécie, sem estar inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT), requisito este disposto expressamente na legislação.

O Relatório Fiscal, às fls. 39 a 43, informa:

3.1 - CESTA BÁSICA (código de levantamento CB) e VALE REFEIÇÃO (código de levantamento VR), cujas bases de cálculo utilizadas são as constantes das planilhas Anexo 1 - Cesta Básica - CB e Anexo 2 - Vale Refeição - VR estão gravadas no CD anexo.

*3.1.1 - Trata-se de crédito previdenciário, tendo como **fato gerador a concessão de cesta básica e vale refeição paga em pecúnia aos empregados da empresa**. Tal pagamento em dinheiro do salário utilidade/alimentação integra a base de cálculo das contribuições sociais, mesmo que a empresa esteja inscrita no PAT.*

Informa ainda o Relatório Fiscal referente ao AIOP n.º 37.215.308-9, lavrado no mesmo procedimento fiscal, que **os pagamentos das referidas parcelas CESTA BÁSICA (levantamento - CB) e VALE REFEIÇÃO (levantamento — VR) foram efetuadas em pecúnia** e estavam vinculados à assiduidade do trabalhador, assim, integram a remuneração para o efeito de se calcular as contribuições previdenciárias, posto que, foram pagas em desconformidade com a Lei 8.212/91 e Portaria Interministerial MT de 03 de 01/03/2002.

Neste sentido, o Relatório Fiscal deste AIOP n.º 37.215.308-9, às fls. 91, informa que:

2.1.3 - Além do pagamento em pecúnia, a Cesta Básica está também vinculada a produtividade, conforme estabelecido na Cláusula Oitava da Convenção Coletiva de Trabalho, citada acima.

Foram examinadas as Convenções Coletivas de Trabalho estipuladas entre o Sindicato dos Trabalhadores nas Empresas de Coleta, Limpeza e Industrialização do Lixo no Estado de Minas Gerais - SINTRALIX-MG X Sindicato das Empresas de Coleta, Limpeza e Industrialização do Lixo de Minas Gerais - SINDILURB-MG, válidas para o período 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007 e também, as folhas de pagamentos, o Livro Diário e as Guias de Recolhimento da Previdência- GPS's.

Outrossim, a Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976, que trata do Programa de Alimentação do Trabalhador:

Art.3º. Não se inclui como salário de contribuição a parcela paga 'in natura' pela empresa, nos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho.

O Decreto nº 5, de 14 de janeiro de 1991, que regulamenta a Lei nº6.321/76:

Art. 1º. A pessoa jurídica poderá deduzir, do imposto de renda devido, valor equivalente a 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 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.

(...)

Art. 4º. Para a execução dos programas de alimentação do trabalhador, a pessoa jurídica beneficiária pode manter serviço próprio de refeições, distribuir alimentos e firmar convênio com entidades fornecedoras de alimentação coletiva, sociedades civis, sociedades comerciais e sociedades cooperativas. (Redação dada pelo Decreto n. 0 2.101, de 23 de dezembro de 1996).

Art. 6º. Nos programas de alimentação do trabalhador, previamente aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social a parcela paga natura' pela empresa não tem natureza salarial, não se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos, não constitui base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e nem se configura como rendimento tributável do trabalhador.

Desta forma, de acordo com a legislação de regência do PAT, o fornecimento de alimentação não integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuições previdenciárias, quando, nos termos da Lei nº6.321, de 1976, atenda os requisitos do programa de alimentação previamente aprovado pelo Ministério do Trabalho.

Conforme o disposto na legislação previdenciária, art. 28, § 9º , c, Lei 8.212/1991, o fornecimento de alimentação integra o salário-de-contribuição para fins de incidência de contribuições previdenciárias quando não atenda os requisitos do programa de alimentação aprovado pelo Ministério do Trabalho.

(Lei 8.212/1991) Art. 28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 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;

Ainda, embora existam decisões judiciais em sentido contrário, o Poder Judiciário também apresenta posicionamentos neste sentido da exigibilidade da contribuição previdenciária:

TRIBUTÁRIO: EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTOS A FUNCIONÁRIOS DO BANCO. ACORDO COLETIVO. HABITUALIDADE E FINALIDADE. NATUREZA JURÍDICA. REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA. EXIGIBILIDADE. LANÇAMENTO. DECADÊNCIA PARCIAL.

I - Os pagamentos habituais efetuados pelo banco aos seus funcionários empregados, tais como ajuda de custo para supervisor de contas, prêmio produção, salário, licença prêmio, gratificação semestral, auxílio creche-babá e ajuda de custo aluguel/alimentação/transporte compõem a remuneração e integram o salário de contribuição, donde exigível a contribuição previdenciária sobre tais verbas (Lei CF, art. 201 § 11º c Lei 8212/91, art. 28, I). II - O acordo coletivo e a convenção coletiva de trabalho não têm o condão de afastar a lei, dispondo sobre a natureza jurídica de verbas percebidas pelo empregado, nem tampouco exclui-las da incidência da contribuição previdenciária. (TRF3 — REO — REMESSA EX-OFFICIO 429742 - Processo nº 98030621629 SP. Decisão 28/05/2002. 2º Turma. Relatora Des. Marianina Galante. DJU 28/02/2002).

Ademais, o disposto em Convenção Coletiva de Trabalho não tem o condão de afastar a exigência de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a isenção de contribuições sociais previdenciárias, nos termos do art. 97, CTN c/c art. 175, I, CTN c/c art. 176, CTN:

Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(..)

VI - as hipóteses de exclusão, suspensão e extinção de créditos tributários, ou de dispensa ou redução de penalidades.

Art. 175. Excluem o crédito tributário:

I - a isenção;

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e

requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente pois a legislação aponta a incidência de contribuição previdenciária na parcela a título de alimentação recebida em desacordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social Programa de Alimentação do Trabalhador.

Observa-se também a não aplicação do Parecer PGFN/CRJ/nº 2117 /2011 porque os pagamentos das parcelas CESTA BÁSICA (levantamento - CB) e VALE REFEIÇÃO (levantamento — VR) foram efetuadas em pecúnia.

(iv) Do pedido de perícia

Analisemos.

Quanto à solicitação de prova pericial, verificamos que a mesma encontra-se de acordo com o previsto na legislação:

Decreto 70.235/1972 - Art. 16. A impugnação mencionará:

(...) IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito.

No entanto, considero que o pedido de perícia formulado não tem força para, com o resultado, desconstituir o lançamento fiscal, no sentido de que a discussão está centrada na incidência ou não de contribuição social previdenciária nos pagamentos realizados em pecúnia a título de cestas básicas e vales alimentação e não no valor em si repassado aos empregados.

Desta forma, tendo-se por suficientes os elementos colacionados aos autos para o julgamento do processo, se indefere o pedido de realização de perícia por ser dispensável ao julgamento do processo, conforme o disposto no art. 18, caput, decreto 70.235/1972:

Art. 18. 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 prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

MULTA DE MORA

Esta Colenda Turma de Julgamento vem se posicionando reiteradamente, por maioria, em relação ao recálculo dos acréscimos legais, para que se recalcule a 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:

A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal.

Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.

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

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

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.

Ressalva-se a posição do Relator, posição vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma **de juros de mora** (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) **e da multa de ofício** (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

CONCLUSÃO

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, para que se recalcule o valor da multa de mora, se mais benéfico ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

É como voto.

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro