



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

Processo n° 17883.000273/2008-24
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2403-00.973 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de janeiro de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BMB MODE CENTER INDÚSTRIA COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para recalcular a multa se mais benéfica ao contribuinte, de acordo com o disciplinado no art. 35 da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Paulo Maurício Pinheiro Monteiro - Relator

Processo nº 17883.000273/2008-24
Acórdão n.º **2403-00.973**

S2-C4T3
Fl. 398

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marthius Sávio Cavalcante Lobato e Jhonatas Ribeiro da Silva. Ausentes o Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto e o Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 364 a 376, interposto pela Recorrente – BMB Mode Center Indústria Comércio e Serviços Ltda. contra Acórdão nº 12-24.259 – 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, fls. 340 a 357, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, **Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.167.406-9**, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 129.486,43 (cento e vinte e nove mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e quarenta e três centavos).

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondente à parte da empresa e à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho — GILRAT, no período de 01/2004 a 12/2004.

O Relatório Fiscal, às fls. 48 a 55, com Anexo às fls. 56 a 202, informa os fatos geradores das contribuições previdenciárias lançadas:

(i) *levantamento CI — Contribuintes Individuais:*

- foram apuradas as contribuições devidas sobre os valores pagos a diversos contribuintes individuais, constatados nos livros diário e razão e nos recibos de pagamentos apresentados pela empresa, conforme demonstrado no Anexo I de fls. 56 a 61;

(ii) *levantamento PI — Pró-labore Indireto:*

- foram apuradas as contribuições devidas sobre os valores pagos ao sócio Marcos Balbinot, a título de despesas particulares com plano de saúde, viagens e alimentação, cujo lançamento de contrapartida contábil foi efetuado a crédito da conta "1109010001 — Conta Corrente Sócio", o que reforça se tratar de despesa particular do referido sócio, consoante detalhado no Anexo II de fls. 62 a 65;

(iii) *levantamento SI — Salário Indireto:*

- foram apuradas as contribuições devidas sobre os valores pagos ao empregado Nobuo Murakoshi (Gerente de Engenharia), a título de despesas particulares do segurado com condomínio, aluguel, telefone, além de outras denominadas genericamente como "prestação de serviços", tudo lançado na conta contábil "3402020028 — Desp. Serv. Prest. Terceiros — PF", conforme detalhado no Anexo III de fls. 66 a 70.

Outrossim, ressalta a autoridade fiscal que o aludido segurado, antes de ser admitido como empregado da empresa em 03/02/2004 (conforme cópia do registro de empregado correspondente), já lhe prestava serviço de

consultoria na área de engenharia, sem vínculo empregatício, motivo pelo qual no período de 07/01/2004 a 02/02/2004 este fato gerador foi lançado no levantamento "CI — Contribuintes Individuais";

(iv) levantamento AJC — Ajuda de Custo Vitor Diehl:

- foram apuradas as contribuições devidas sobre os valores pagos ao empregado Vitor Diehl (Gerente de Administração), a título de despesa particular com aluguel, lançada na conta contábil "3402010033 — Ajuda de Custo", conforme detalhado no Anexo IV de fls. 71.

Aduz ainda a fiscalização que a empresa, quando intimada a prestar esclarecimento sobre tais pagamentos, confirmou se tratar do aluguel pago ao referido segurado, o que reforça a tese de que se trata de benefício exclusivo do funcionário;

(v) levantamento PAT — Alimentação do Trabalhador:

- foram apuradas as contribuições devidas sobre os valores pagos pela empresa aos seus empregados, a título de alimentação e refeição, sem a devida inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador — PAT, tendo em vista que o sujeito passivo, quando intimado no curso da ação fiscal a comprovar a sua adesão ao aludido programa de alimentação, informou não ser inscrita no PAT, motivo pelo qual não possuía a documentação exigida. Dessa forma, para o cálculo do salário de contribuição, a autoridade autuante apurou na contabilidade todos os valores pagos, deduzidas as importâncias reembolsadas empregados, conforme detalhado no Anexo V e V-a de fls. 72 a 77;

A Recorrente teve ciência do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, às fls. 39, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0710500.2008.00286.

O **período objeto do auto de infração**, conforme o Relatório Discriminativo Sintético do Débito - DSD, às fls. 14, é de **01/2004 a 12/2004**.

A Recorrente teve **ciência do auto de infração** no dia **02.09.2008**, às fls. 01.

A **Recorrente apresentou impugnação**, às fls. 202 a 215, com Anexos às fls. 216 a 334.

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 12-24.259 – 12ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Rio de Janeiro I - RJ, fls. 340 a 357, conforme Ementa a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. REMUNERAÇÃO INDIRETA. UTILIDADES. CONDIÇÕES PARA NÃO-INCIDÊNCIA. INOBSERVÂNCIA. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO. ÔNUS DA PROVA. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS LIVROS COMERCIAIS. RETROATIVIDADE DE MULTA BENIGNA.

O conceito de salário-de-contribuição compreende qualquer retribuição pelo serviço, ainda que em forma de utilidades, independentemente do título utilizado para designar o pagamento.

Inobservadas as condições legais para não-incidência do gravame tributário sobre determinada parcela, esta será considerada como salário-de-contribuição para todos os efeitos, ainda que paga sem habitualidade.

Comprovada nos autos a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, caberá ao sujeito passivo notificado o ônus da contraprova, ou prova em contrário, relativamente à inexistência da res in indicium deducta.

Em face da eficácia probatória dos livros comerciais, caberá à empresa contrapor os fatos por ela escriturados em sua contabilidade.

Em matéria tributária a Lei nova que prevê multa mais benéfica ao infrator deverá retroagir para alcançar fatos pretéritos.

Lançamento Procedente

Acórdão

Acordam os membros da Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar, nos termos do inteiro teor desta decisão, PROCEDENTE o lançamento efetuado, mantendo-se o crédito tributário exigido, no valor total de R\$ 69.299,75, acrescido de juros e multa.

Em relação à multa aplicada, há de se observar a continuidade de sua progressão conforme as fases do crédito tributário, nos termos do art. 35 da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 9.876/99, respeitado, todavia, o limite de 75%, por força do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, introduzido pela MP nº 449/2008, c/c art. 44 da Lei 9.430/96, na redação dada pela Lei nº 11.488/07, de forma a preservar a retroatividade benigna prevista no art. 106, inciso II, alínea "c" do CTN.

Intime-se para pagamento do crédito mantido no prazo de 30 (trinta) dias da ciência, salvo interposição de recurso voluntário ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, em igual prazo, conforme facultado pelo art. 126, da Lei 8.213/91, e art. 305, §1º, do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto 3.048/99, com redação dada pelo Decreto 4.729/03, ambos combinados com o art. 29, da Lei 11.457/07, e art. 5º, §1º, da Portaria MF nº 147/07.

Encaminhe-se à unidade competente, a fim de que seja dada ciência ao sujeito passivo do conteúdo deste acórdão, bem como sejam tomadas as demais providências necessárias ao seu cumprimento.

Inconformada com a decisão de 1ª instância, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 364 a 376, onde alega em apertada síntese que:

(i) DA AJUDA DE CUSTO

Depreende-se da leitura do DAD e do Anexo IV do Relatório Fiscal do Auto de Infração que o Agente Fiscal entendeu que valor de R\$ 382,90 (trezentos e oitenta e dois reais e noventa centavos) pagos mensalmente pelo contribuinte a título de locação de imóvel seria parte do salário do empregado Vitor Hugo Diehl. Ocorre que o referido imóvel não foi locado com a finalidade de nele residir o Sr. Vitor Hugo Diehl.

Tal locação destina-se a hospedar qualquer pessoa que visitasse a empresa, podendo ser candidato a emprego ou até mesmo, empregado contratado fora desta cidade e que por ventura tivessem de permanecer na cidade de Resende, a serviço da empresa, até conseguir imóvel para sua moradia.

Destarte, o referido valor pago a título de aluguel se constitui em despesa de locação da empresa e não em benefício de empregado, o que por si só, caracteriza excesso de rigor do agente fiscal.

A teor do disposto no § 2º. do art. 458 da CLT, o custo da moradia fornecida pela empresa ao empregado, somente poderia ser integrado ao salário se fosse pago pela prestação dos serviços. No caso em tela, não há nenhum documento que prove de forma inequívoca que a empresa tenha efetuado qualquer pagamento de aluguel a título de benefício ao empregado Vitor Hugo Diehl.

(ii) DOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS

Aduz o Agente Fiscal em seu Relatório Fiscal e Auto de Infração que o contribuinte acima qualificado não teria declarado em GFIP valores relativos a contribuintes individuais. Em que pese o brilhantismo do Sr. Agente Fiscalizador, melhor sorte não está a acolher suas assertivas pois, verifica-se que o I. Agente Fiscal inseriu no Anexo I do referido relatório, valores pagos referentes a energia elétrica, Aluguel, telefone, treinamento de pessoal, e condomínio como se fossem contribuintes individuais. Obviamente que tal argumentação não pode prosperar pois, a norma do inciso V do art. 12 da Lei 8212/91 define quem é considerado contribuinte individual.

Como se vê, inclito julgador, não há respaldo jurídico para enquadrar pagamentos de aluguel, luz e telefone como sendo contribuinte individuais. Evidencia-se excesso de rigor do agente fiscal que deixou de verificar que dos valores pagos às pessoas listadas no Anexo I do Relatório de Auto de Infração, muitos são referentes a reembolsos de despesas que tais pessoas gastavam em razão do serviço e posteriormente recebiam o devido reembolso da BMB Mode Center.

(iii) DO PRÓ-LABORE INDIRETO

É de conhecimento comum que, em regra, quando os executivos (sócios, diretores e gerente) viajam a serviço devendo permanecer distante por vários dias, levam seus familiares. Contudo, o Sr. Fiscal lançou, no Anexo II do Relatório de Auto de Infração ora guerreado, valores relativos a viagens do sócio quando este estava a serviço da empresa, acompanhado outras pessoas que o Sr. Fiscal presumiu, ao próprio nuto, ser sua esposa e filho e, na ânsia de busca arrecadação a todo custo interpretou-os equivocadamente como se fosse um benefício da empresa para o sócio.

É cediço que em todos os finais de ano as empresas realizam festas de confraternização entre seus sócios e empregados. Nesta ocasião é comum aumentar um pouco a despesa tendo em vista os certos eventos comemorativos promovidos e pagos pelas empresas. Alem disso, não há nenhum dispositivo legal que vede a realização de eventos comerciais para os quais, em regra, as empresas contratam serviços de Buffet. Para melhor exemplificar, algumas poucas vezes no curso do período fiscalizado, a empresa contribuinte realizou alguns eventos comerciais para o s quais contratou os serviços de Buffet do Restaurante Baby Grill, vide cópia das notas fiscais n°. 013, 014, 027, 028 e 029, em anexo.

Todavia, o Sr. Agente Fiscal, ao próprio alvedrio, lançou vários desses valores relativos a esse tipo de evento como sendo pró-labore indireto de um único sócio o que demonstra um excesso de rigor e erro crasso na interpretação da lei e na leitura dos documentos quanto a definição do que venha a ser pró-labore bem como de sua distinção entre as demais despesas.

Não bastasse isso, o Sr. Fiscal interpretou errado o documento fiscal emitido pela empresa Belluno Implementos Rodoviários como se fosse prestação de serviços de plano de saúde e, por conta dessa interpretação equivocada, lançou indevidamente exorbitante valor a título de pró-labore indireto fazendo incidir tributação e multa sobre fato gerador inexistente. Todos os valores constantes do Anexo II do Relatório de Auto de Infração são despesas incorridas em razão do serviço e não pelo serviço. Em sendo assim não podem ser consideradas pró-labore indireto.

(iv) DO SALÁRIO INDIRETO

Tomando por base o razão contábil, o Sr. Fiscal registrou no Anexo III da Relatório de Auto de Infração, valores médios mensais da ordem de R\$ 8.700,00 (oito mil e setecentos reais) por mês como se fosse salário indireto atribuído somente a um empregado Sr. Nobuo Murakoshi. Dentre os diversos lançamentos encontram-se, por exemplo: despesas com treinamento, curso de idiomas que a empresa mandou ministrar ao seu empregado a fim prepará-lo para atender as suas necessidade de mercado. Fato é que não se encontra presente os requisitos básicos para caracterização do salário indireto, quais sejam, a habitualidade e a gratuidade. A inexistência da habitualidade se verifica pela inconstância dos gastos. A inexistência da gratuidade se verifica pela análise da folha de pagamento, na qual está inserido a Sr. Nobuo com seu único salário recebido no período e da qual consta os valores dele descontado a título de alimentação, assistência médica e adiantamentos de salários. Portanto, não há como sustentar a tese de salário indireto para os valores elencados no Anexo III em questão.

Na forma do § 2º. do art. 458, CLT, é possível distinguir entre a prestação fornecida pela ou para a prestação do serviço.

No caso em tela, o Sr Nobuo Murakoshi ocupava o cargo de gerente de engenharia e, em razão do cargo de confiança, viajava a serviço da empresa e era o responsável por grande parte dos negócios da empresa, de sorte que era comum despendar gastos do próprio bolso e reembolsar junto à empresa posteriormente.

Obviamente que esse tipo de reembolso não se caracteriza, em hipótese alguma, salário indireto.

(v) DO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR

O Auto de Infração ora impugnado traz em sua composição dois relatórios denominados de Anexo V e Anexo V-a elaborados sob a rubrica "Levantamento PAT — Alimentação do Trabalhador". Consta do referido Anexo V que tais valores, no entendimento do Sr. Fiscal, seriam compostos pelos gasto com alimentação e refeição sem a competente inscrição junto ao PAT. Aduz o Sr. Fiscal que intimada a comprovar a inscrição junto ao PAT a BMB Mode Center informou que não possuía tal inscrição.

Evidente é que os valores listados no Anexo V-a não se revestem da habitualidade pois, são contabilizações de cupons fiscais e notas fiscais emitidos por restaurantes diversos e de diversas localidades. Valores estes que foram, em sua maioria, custeados pelos próprios empregados quando estavam a serviço fora da empresa. São, portanto, despesas da empresa que se fizeram necessárias para a prestação dos serviços externos.

Frise-se que os valores pagos a títulos de alimentos que foram objeto de constituição do Anexo V-a não foram pagos por força do contrato de trabalho e sim por força da necessidade de empresa de que aqueles empregados realizassem atividades externas, sendo ela obrigada a alimentá-lo enquanto estivessem fora do seu ambiente normal de trabalho. Por esta razão, os valores elencados no Anexo V-a não se constituem em salário In natura, logo, não serão bases de cálculos de contribuições previdenciárias como pretende o agente fiscalizador.

(vi) DA DECISÃO RECORRIDA

(vi.1) Alegou ainda a Autoridade Julgadora que examinando a peça de impugnação constatou que a recorrente teria demonstrado conhecimento que se trataria de contribuição prevista em um determinado artigo da Lei 8212/91 e que teria sido possível exercer o seu direito de defesa. Desta forma a Autoridade Julgadora tenta induzir a recorrente a produzir prova contra si mesmo. Insta salientar que em momento algum a recorrente alegou cerceamento de defesa. A alegação da recorrente é de que não cometeu nenhum ilícito que pudesse ensejar o AI ora atacado, pois, se não consta do AI o dispositivo legal violado é porque na documentação verificada pelo Sr. Agente Fiscal não restou evidenciada a violação a nenhuma norma legal, pois, o raciocínio lógico nos leva a pensar que essa seria a primeira informação que o fiscal anotaria no Auto. Se não o fez, não pode o Auto prosperar somente pela vontade de punir.

(vi.2) A autoridade julgadora refuta os argumentos de defesa alegando que não houve vício da fundamentação. Portanto, a r. Autoridade Julgadora ora reconhece que o agente fiscal descumpriu as normas dos Incisos III e IV do Art. 10 do Decreto 70.235/72 e afirma o contrário

(vi.3) No caso em tela, verifica-se que o Agente Fiscalizador quando lavrou o AI considerou contribuinte individual pessoas em situações diversas daquelas estipuladas na Lei. O D. Julgador que proferiu a decisão ora recorrida, não obstante ter reconhecido os vícios de nulidade do Auto de Infração, deixou prevalecer os vícios em prejuízo da recorrente. Com maior razão é que a recorrente se socorre desse recurso, a fim de que seja reformada a decisão ora recorrida para dar o devido deslinde de todas as questões de fato e de direito elencadas na peça de impugnação e nesta peça recursal. Frise-se que os documentos necessários à comprovação do alegado tanto na impugnação quanto na presente peça recursal, encontram-se carreados nos autos.

(vi.4) Outro vício contido no Auto de Infração ora atacado, e também reconhecido pela Autoridade Julgadora é a inobservância, por parte do Agente Fiscal da norma Insculpida no art. 35-A da lei 8212 c/c o art. 44 da Lei 9430/96. Desta forma, apesar da Autoridade ter reconhecido o vício e o mencionado no Acórdão ora recorrido, sequer adequou o valor atribuído, mantendo injustamente o AI em seus valores originais.

Processo nº 17883.000273/2008-24
Acórdão n.º 2403-00.973

S2-C4T3
Fl. 402

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão,
fls. 396.

É o Relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 396.

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES**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 37.167.406-9 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 37.178.379-8)

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 n.º 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 37.167.406-9, 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-lhe lavrar 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.

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

(i) DA AJUDA DE CUSTO

Depreende-se da leitura do DAD e do Anexo IV do Relatório Fiscal do Auto de Infração que o Agente Fiscal entendeu que valor de R\$ 382,90 (trezentos e oitenta e dois reais e noventa centavos) pagos mensalmente pelo contribuinte a título de locação de imóvel seria parte do salário do empregado Vitor Hugo Diehl. Ocorre que o referido imóvel não foi locado com a finalidade de nele residir o Sr. Vitor Hugo Diehl.

Tal locação destina-se a hospedar qualquer pessoa que visitasse a empresa, podendo ser candidato a emprego ou até mesmo, empregado contratado fora desta cidade e que por ventura tivessem de permanecer na cidade de Resende, a serviço da empresa, até conseguir imóvel para sua moradia.

Destarte, o referido valor pago a título de aluguel se constitui em despesa de locação da empresa e não em benefício de empregado, o que por si só, caracteriza excesso de rigor do agente fiscal.

A teor do disposto no § 2º. do art. 458 da CLT, o custo da moradia fornecida pela empresa ao empregado, somente poderia ser integrado ao salário se fosse pago pela prestação dos serviços. No caso em tela, não há nenhum documento que prove de forma inequívoca que a empresa tenha efetuado qualquer pagamento de aluguel a título de benefício ao empregado Vitor Hugo Diehl.

Analisemos.

A Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal no sentido de que as aludidas importâncias pagas à título de locação de imóvel se referem, de fato, à locação do imóvel onde reside o referido segurado, Sr. Vitor Hugo Diehl, o que denota claramente a sua natureza remuneratória, tendo em vista que tais pagamentos importam em acréscimo patrimonial do beneficiário de modo a se amoldar à hipótese de incidência do art. 22, I, Lei 8.212/1991.

Neste sentido, colaciono trecho da decisão de primeira instância, às fls. 347, que caracteriza a natureza remuneratória da importância paga título de locação de imóvel:

*9. Inobstante as razões ora invocadas, ocorre que, no curso da ação fiscal, a autoridade lançadora intimou a empresa fiscalizada a prestar esclarecimentos acerca da natureza dos lançamentos contábeis escriturados na conta nº 3.4.02.01.0033", designada como "Ajuda de Custo", bem como identificar a que empregado se destinava o referido benefício, conforme comprova o item "2" do TIAD de fls. 45/46. Em atendimento à exigência, a empresa prestou os esclarecimentos devidos, por escrito, conforme item "2" da declaração de fls. 174/175, nos seguintes termos: "Os lançamentos de Ajuda de Custo feitos na conta 3.4.02.01.0033 refere-se ao **custeamento de uma locação** de imóvel tipo apartamento, locado pela BMB com fins de moradia em razão da transferência de estado do colaborador Vitor **Hugo Diehl**, transferido do Estado do Rio Grande do Sul para o Estado do Rio de Janeiro".*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(ii) DOS CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS

Aduz o Agente Fiscal em seu Relatório Fiscal e Auto de Infração que o contribuinte acima qualificado não teria declarado em GFIP valores relativos a contribuintes individuais. Em que pese o brilhantismo do Sr. Agente Fiscalizador, melhor sorte não está a acolher suas assertivas pois, verifica-se que o I. Agente Fiscal inseriu no Anexo I do referido relatório, valores pagos referentes a energia elétrica, Aluguel, telefone, treinamento de pessoal, e condomínio como se fossem contribuintes individuais. Obviamente que tal argumentação não pode prosperar pois, a norma do inciso V do art. 12 da Lei 8212/91 define quem é considerado contribuinte individual.

Como se vê, inclito julgador, não há respaldo jurídico para enquadrar pagamentos de aluguel, luz e telefone como sendo contribuinte individuais. Evidencia-se excesso de rigor do agente fiscal que deixou de verificar que dos valores pagos às pessoas listadas no Anexo I do Relatório de Auto de Infração, muitos são

referentes a reembolsos de despesas que tais pessoas gastavam em razão do serviço e posteriormente recebiam o devido reembolso da BMB Mode Center.

Analisemos.

A Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal no sentido da incidência de contribuição social previdenciária nos valores pagos a segurados contribuintes individuais.

Ademais não pode prosperar a argumentação da Recorrente de que diversos pagamentos constantes no Anexo I do Relatório Fiscal se referiam a reembolsos de despesas suportadas pelos segurados em razão do serviço, ou seja, com caráter indenizatório e não remuneratório. A Recorrente se utiliza de exposições genéricas em suas alegações pois não especifica os pagamentos que teriam sido levantados indevidamente como remunerações de contribuintes individuais e em quais competências isto teria ocorrido, além de não trazer aos autos quaisquer elementos comprobatórios de suas alegações.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iii) DO PRÓ-LABORE INDIRETO

É de conhecimento comum que, em regra, quando os executivos (sócios, diretores e gerente) viajam a serviço devendo permanecer distante por vários dias, levam seus familiares. Contudo, o Sr. Fiscal lançou, no Anexo II do Relatório de Auto de Infração ora guerreado, valores relativos a viagens do sócio quando este estava a serviço da empresa, acompanhado outras pessoas que o Sr. Fiscal presumiu, ao próprio nuto, ser sua esposa e filho e, na ânsia de busca arrecadação a todo custo interpretou-os equivocadamente como se fosse um benefício da empresa para o sócio.

É cediço que em todos os finais de ano as empresas realizam festas de confraternização entre seus sócios e empregados. Nesta ocasião é comum aumentar um pouco a despesa tendo em vista os certos eventos comemorativos promovidos e pagos pelas empresas. Alem disso, não há nenhum dispositivo legal que vede a realização de eventos comerciais para os quais, em regra, as empresas contratam serviços de Buffet. Para melhor exemplificar, algumas poucas vezes no curso do período fiscalizado, a empresa contribuinte realizou alguns eventos comerciais para o s quais contratou os serviços de Buffet do Restaurante Baby Grill, vide cópia das notas fiscais n°. 013, 014, 027, 028 e 029, em anexo.

Todavia, o Sr. Agente Fiscal, ao próprio alvedrio, lançou vários desses valores relativos a esse tipo de evento como sendo pró-labore indireto de um único sócio o que demonstra um excesso de rigor e erro crasso na interpretação da lei e na leitura dos

documentos quanto a definição do que venha a ser pró-labore bem como de sua distinção entre as demais despesas.

Não bastasse isso, o Sr. Fiscal interpretou errado o documento fiscal emitido pela empresa Belluno Implementos Rodoviários como se fosse prestação de serviços de plano de saúde e, por conta dessa interpretação equivocada, lançou indevidamente exorbitante valor a título de pró-labore indireto fazendo incidir tributação e multa sobre fato gerador inexistente. Todos os valores constantes do Anexo II do Relatório de Auto de Infração são despesas incorridas em razão do serviço e não pelo serviço. Em sendo assim não podem ser consideradas pró-labore indireto.

Analisemos.

A Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal.

Senão vejamos.

Em relação às viagens do sócio Marco Antonio Balbinot, a decisão de primeira instância ao examinar os documentos comprobatórios trazidos aos autos, por amostragem, às fls. 196 a 198, verifica que a empresa arcava com as despesas de viagens do sócio Marco Antonio Balbinot, das Sras. Nádia e Bárbara Balbinot, bem como do Sr. Bruno Balbinot, pessoas estas que a Recorrente diz não pertencer à família do sócio, bem como ao analisar o Livro de Registro de Empregados, às fls. 153, o qual traz relacionado os pais do sócio (Marco Antonio Balbinot e Nádia Lúcia Cherubini Balbinot), a decisão de primeira instância aduz que a Recorrente não traz aos autos qualquer comprovação fática que possa afastar tal presunção de que Sras. Nádia e Bárbara Balbinot sejam parentes do sócio o que resta evidente dos autos que o sujeito passivo custeava despesas de viagens dos membros da família do sócio. Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

Em relação aos serviços de Buffet do Restaurante Baby Grill, a Recorrente alega que tais despesas se deram em razão de festas de confraternização entre os empregados e sócios, pagas pela empresa, conforme cópias das notas fiscais às fls. 330 a 334. No entanto, tanto a Auditoria Fiscal quanto a decisão de primeira instância observam que, a partir das cópias do Livro Razão, às fls. 143 a 145, verifica-se que a empresa mantinha em sua contabilidade a conta contábil n° "1109010001 — Conta Corrente Sócio", na qual escriturava lançamentos de diversas naturezas, dentre as quais, por exemplo, a nota fiscal n° 013, no valor de R\$ 1.100,00, emitida pelo restaurante Baby Grill, juntada pela Recorrente às fls. 330, verifica-se que o seu lançamento foi a crédito da conta n° "1109010001 — Conta Corrente Sócio", do Livro Razão, consoante fls. 144. Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

Em relação aos valores relativos a esse tipo de evento como sendo pró-labore indireto, caracterizados pela fiscalização como fato geradores de contribuições previdenciárias, consoante Anexo II do Relatório Fiscal, às fls. 62 a 65, correta a conclusão da decisão de primeira instância, às fls. 351, no sentido de que se tratavam de despesas suportadas pela pessoa jurídica na forma de remuneração indireta do sócio.

Em relação ao documento fiscal emitido pela empresa Belluno Implementos Rodoviários como se fosse prestação de serviços de plano de saúde, a argumentação da Recorrente não trouxe aos autos novos elementos que pudessem afastar a decisão de primeira instância, a qual colaciono parte a seguir, às fls. 351:

32. No que tange à alegação de que a fiscalização teria interpretado de forma equivocada o documento fiscal emitido pela empresa Belluno Implementos Rodoviários como se fosse serviço de plano de saúde, a interessada não informa em sua impugnação em que competência tal equívoco teria ocorrido, nem sequer junta aos autos os referidos documentos, a fim de fazer prova acerca de seus argumentos. Ademais, somente a título ilustrativo, analisando a cópia da folha 112 do Livro Razão, juntada aos autos às fls. 138, constata-se que os históricos dos lançamentos efetuados no trimestre de 01/07/2004 a 30/09/2004, na conta nº "3402010028 - Despesas com Plano de Saúde", cujos valores foram apurados na planilha "Anexo I", fazem menção expressa ao sócio Marcos Balbinot.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(iv) DO SALÁRIO INDIRETO

Tomando por base o razão contábil, o Sr. Fiscal registrou no Anexo III da Relatório de Auto de Infração, valores médios mensais da ordem de R\$ 8.700,00 (oito mil e setecentos reais) por mês como se fosse salário indireto atribuído somente a um empregado Sr. Nobuo Murakoshi. Dentre os diversos lançamentos encontram-se, por exemplo: despesas com treinamento, curso de idiomas que a empresa mandou ministrar ao seu empregado a fim prepará-lo para atender as suas necessidade de mercado. Fato é que não se encontra presente os requisitos básicos para caracterização do salário indireto, quais sejam, a habitualidade e a gratuidade. A inexistência da habitualidade se verifica pela inconstância dos gastos. A inexistência da gratuidade se verifica pela análise da folha de pagamento, na qual está inserido a Sr. Nobuo com seu único salário recebido no período e da qual consta os valores dele descontado a título de alimentação, assistência médica e adiantamentos de salários. Portanto, não há como sustentar a tese de salário indireto para os valores elencados no Anexo III em questão.

Na forma do § 2º. do art. 458, CLT, é possível distinguir entre a prestação fornecida pela ou para a prestação do serviço.

No caso em tela, o Sr Nobuo Murakoshi ocupava o cargo de gerente de engenharia e, em razão do cargo de confiança, viajava a serviço da empresa e era o responsável por grande parte dos negócios da empresa, de sorte que era comum despender gastos do próprio bolso e reembolsar junto à empresa posteriormente.

Obviamente que esse tipo de reembolso não se caracteriza, em hipótese alguma, salário indireto.

Analisemos.

A Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal. Ademais, as alegações da Recorrente de que existem pagamentos ao Sr. Nobuo Murakoshi referentes a outros cursos que não o de idiomas não se confirma no Anexo III do Relatório Fiscal, às fls. 66 a 70.

Ainda assim, conforme a decisão de primeira instância mostra, às fls. 354, a existência de pagamentos prestados pela Recorrente em prol do segurado, a exemplo de condomínio, aluguel, telefone, cursos e viagens, foram lançados pela Recorrente em sua contabilidade na conta designada como "Desp. Serv. Prest. Terceiros — PF".

Por outro lado, não obstante a Recorrente alegar que diversos valores se tratariam de reembolsos em razão de gastos desembolsados pelo segurado durante viagens a serviço, tal argumento não prospera porque a Recorrente não traz aos autos elementos comprobatórios de suas alegações pois, ao fazer uma ilação genérica, não especifica quais seriam os reembolsos e competências em que teriam ocorrido.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

(v) DO PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR

O Auto de Infração ora impugnado traz em sua composição dois relatórios denominados de Anexo V e Anexo V-a elaborados sob a rubrica "Levantamento PAT — Alimentação do Trabalhador". Consta do referido Anexo V que tais valores, no entendimento do Sr. Fiscal, seriam compostos pelos gastos com alimentação e refeição sem a competente inscrição junto ao PAT. Aduz o Sr. Fiscal que intimada a comprovar a inscrição junto ao PAT a BMB Mode Center informou que não possuía tal inscrição.

Evidente é que os valores listados no Anexo V-a não se revestem da habitualidade pois, são contabilizações de cupons fiscais e notas fiscais emitidos por restaurantes diversos e de diversas localidades. Valores estes que foram, em sua maioria, custeados pelos próprios empregados quando estavam a serviço fora da empresa. São, portanto, despesas da empresa que se fizeram necessárias para a prestação dos serviços externos.

Frise-se que os valores pagos a títulos de alimentos que foram objeto de constituição do Anexo V-a não foram pagos por força do contrato de trabalho e sim por força da necessidade de empresa de que aqueles empregados realizassem atividades

externas, sendo ela obrigada a alimentá-lo enquanto estivessem fora do seu ambiente normal de trabalho. Por esta razão, os valores elencados no Anexo V-a não se constituem em salário In natura, logo, não serão bases de cálculos de contribuições previdenciárias como pretende o agente fiscalizador.

Analisemos.

Conforme o constatado no Relatório Fiscal, às fls. 48 a 55, 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.

Neste sentido, o Relatório Fiscal, às fls. 53:

2.5.4 A despeito de ter sido intimada a comprovar a inscrição no referido programa, conforme Termo de Intimação para Apresentação de Documentos —TIAD, de 04/07/2008 (cópia anexa), a empresa não atendeu à Fiscalização, argumentando não ser inscrita no PAT, e por isso não possuir tal documentação para exibição.

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;

Ademais, 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 e 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 excluí-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).

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

(vi) DA DECISÃO RECORRIDA

(vi.1) Alegou ainda a Autoridade Julgadora que examinando a peça de impugnação constatou que a recorrente teria demonstrado conhecimento que se trataria de contribuição prevista em um determinado artigo da Lei 8212/91 e que teria sido possível exercer o seu direito de defesa. Desta forma a Autoridade Julgadora tenta induzir a recorrente a produzir prova contra si mesmo. Insta salientar que em momento algum a recorrente alegou cerceamento de defesa. A alegação da recorrente é de que não cometeu nenhum ilícito que pudesse ensejar o AI ora atacado, pois, se não consta do AI o dispositivo legal violado é porque na documentação verificada pelo Sr. Agente Fiscal não restou evidenciada a violação a nenhuma norma legal, pois, o raciocínio lógico nos leva a pensar que essa seria a primeira informação que o fiscal anotaria no Auto. Se não o fez, não pode o Auto prosperar somente pela vontade de punir.

(vi.2) A autoridade julgadora refuta os argumentos de defesa alegando que não houve vício da fundamentação. Portanto, a r. Autoridade Julgadora ora reconhece que o agente fiscal descumpriu as normas dos Incisos III e IV do Art. 10 do Decreto 70.235/72 e afirma o contrário

(vi.3) No caso em tela, verifica-se que o Agente Fiscalizador quando lavrou o AI considerou contribuinte individual pessoas em situações diversas daquelas estipuladas na Lei. O D. Julgador que proferiu a decisão ora recorrida, não obstante ter reconhecido os vícios de nulidade do Auto de Infração, deixou prevalecer os vícios em prejuízo da recorrente. Com maior razão

é que a recorrente se socorre desse recurso, a fim de que seja reformada a decisão ora recorrida para dar o devido deslinde de todas as questões de fato e de direito elencadas na peça de impugnação e nesta peça recursal. Frise-se que os documentos necessários à comprovação do alegado tanto na impugnação quanto na presente peça recursal, encontram-se carreados nos autos.

(vi.4) Outro vício contido no Auto de Infração ora atacado, e também reconhecido pela Autoridade Julgadora é a inobservância, por parte do Agente Fiscal da norma Insculpida no art. 35-A da lei 8212 c/c o art. 44 da Lei 9430/96. Desta forma, apesar da Autoridade ter reconhecido o vício e o mencionado no Acórdão ora recorrido, sequer adequou o valor atribuído, mantendo injustamente o AI em seus valores originais.

Analisemos.

Primeiro ponto:

(vi.1) Alegou ainda a Autoridade Julgadora que examinando a peça de impugnação constatou que a recorrente teria demonstrado conhecimento que se trataria de contribuição prevista em um determinado artigo da Lei 8212/91 e que teria sido possível exercer o seu direito de defesa. Desta forma a Autoridade Julgadora tenta induzir a recorrente a produzir prova contra si mesmo. Insta salientar que em momento algum a recorrente alegou cerceamento de defesa. A alegação da recorrente é de que não cometeu nenhum ilícito que pudesse ensejar o AI ora atacado, pois, se não consta do AI o dispositivo legal violado é porque na documentação verificada pelo Sr. Agente Fiscal não restou evidenciada a violação a nenhuma norma legal, pois, o raciocínio lógico nos leva a pensar que essa seria a primeira informação que o fiscal anotaria no Auto. Se não o fez, não pode o Auto prosperar somente pela vontade de punir.

Não obstante a argumentação da Recorrente, os argumentos da decisão de primeira instância mostram que os pressupostos fáticos e de direito que determinaram a constituição do crédito tributário estão instruídos nos autos, conforme fls. 346:

5. De início deve-se refutar a alegação da defesa de que não houve descrição clara dos dispositivos legais descumpridos, o que resultaria em vício decorrente da inobservância do inciso IV do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, porquanto o Relatório Fiscal de fls. 48/55 é suficientemente claro e preciso em detalhar todos os pressupostos fáticos e de direito que determinaram a constituição do crédito tributário, instruindo os autos, inclusive, com o relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD, às fls. 35/36, com a documentação comprobatória correspondente -

juntada por amostragem às fls. 87/198 -; e planilhas anexas que detalham de forma pormenorizada os valores apurados, de fls. 56/77. Além disso, a empresa, ao contrapor todos os fatos geradores apurados pela fiscalização, demonstrou ter pleno conhecimentos dos fundamentos do débito, o que rechaça a tese de obscuridade dos dispositivos legais infringidos.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

No segundo ponto:

(vi.2) A autoridade julgadora refuta os argumentos de defesa alegando que não houve vício da fundamentação. Portanto, a r. Autoridade Julgadora ora reconhece que o agente fiscal descumpriu as normas dos Incisos III e IV do Art. 10 do Decreto 70.235/72 e afirma o contrário

Não obstante a Recorrente utilizar a argumentação para induzir uma consequência de descumprimento das normas dos Incisos III e IV do Art. 10 do Decreto 70.235/72, a mesma não prospera posto que a decisão de primeira instância não se manifesta nos autos no sentido apontado pela Recorrente.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

No terceiro ponto:

(vi.3) No caso em tela, verifica-se que o Agente Fiscalizador quando lavrou o AI considerou contribuinte individual pessoas em situações diversas daquelas estipuladas na Lei. O D. Julgador que proferiu a decisão ora recorrida, não obstante ter reconhecido os vícios de nulidade do Auto de Infração, deixou prevalecer os vícios em prejuízo da recorrente. Com maior razão é que a recorrente se socorre desse recurso, a fim de que seja reformada a decisão ora recorrida para dar o devido deslinde de todas as questões de fato e de direito elencadas na peça de impugnação e nesta peça recursal. Frise-se que os documentos necessários à comprovação do alegado tanto na impugnação quanto na presente peça recursal, encontram-se carreados nos autos.

Não obstante a Recorrente utilizar a argumentação para induzir que o julgador de primeira instância reconheceu os vícios de nulidade do Auto de Infração e deixou prevalecer os vícios em prejuízo da Recorrente, a mesma não pode prosperar posto que a decisão de primeira instância não se manifesta nos autos no sentido apontado pela Recorrente.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

No quarto ponto:

(vi.4) Outro vicio contido no Auto de Infração ora atacado, e também reconhecido pela Autoridade Julgadora é a inobservância, por parte do Agente Fiscal da norma Insculpida no art. 35-A da lei 8212 c/c o art. 44 da Lei 9430/96. Desta forma, apesar da Autoridade ter reconhecido o vicio e o mencionado no Acórdão ora recorrido, sequer adequou o valor atribuído, mantendo injustamente o AI em seus valores originais.

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