



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

**Processo n°** 18050.004987/2008-77  
**Recurso n°** 999.999 Voluntário  
**Acórdão n°** 2403-01.009 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 7 de fevereiro de 2012  
**Matéria** CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA  
**Recorrente** EDZA PLANEJ CONS E INFORMATICA 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 APRECIÇÃO 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 - AJUDA DE CUSTO - MUDANÇA - INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.**

Integra o Salário-de-Contribuição a ajuda de custo paga sem os requisitos previstos no art. 28, § 9º, g, da Lei 8.212/1991.

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - PEDIDO DE PRODUÇÃO DE PROVAS - REQUISITOS - INDEFERIMENTO.**

Quanto à solicitação de produção de provas, verifica-se que o momento processual ocorre em sede de Impugnação, conforme arts. 15 e 16, Decreto 70.235/1972 e também nos arts. 55 e 56, Decreto 7574/2011 precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, com as exceções do art.16, § 4º, Decreto 70.235/1972.

Como o pedido de produção de prova documental não possui os requisitos previstos na legislação, considera-se não formulado.

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - TAXA SELIC - APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS.**

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

**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**

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

Autenticado digitalmente em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 16/03/2012 por CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Impresso em 27/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, no mérito, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que se recalcule o valor da multa de mora, 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; e Por voto de qualidade negar provimento ao recurso na questão da tributação do levantamento PAT. Vencidos os conselheiros Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel de Souza e Marthius Sávio Cavalcante Lobato..

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, Marthius Sávio Cavalcante Lobato, Marcelo Magalhães Peixoto e Cid Marconi Gurgel de Souza.

## Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, fls. 519 a 545, com Anexo às fls. 546 a 557, interposto pela Recorrente – EDZA PLANEJ. CONS. E INFORMÁTICA LTDA. contra Acórdão nº 15-24.585 - 7ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador - BA, fls. 505 a 512, que julgou procedente a autuação por descumprimento de obrigação principal, **Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP nº. 37.158.737-9**, às fls. 01, com valor consolidado de R\$ 551.217,02 (quinhentos e cinquenta e um mil, duzentos e dezessete reais e dois centavos).

O crédito previdenciário se refere às contribuições previdenciárias destinadas à Seguridade Social correspondentes exclusivamente à contribuição a cargo da empresa sobre as remunerações pagas aos segurados empregados a título de ajuda de custo, alimentação paga em desacordo com a legislação, diferença salarial estabelecida em convenção coletiva de trabalho, décimo terceiro salário e sobre os valores pagos às cooperativas de trabalho pelos serviços prestados através de seus cooperados a Recorrente, no período de 01/2004 a 12/2004.

O Relatório Fiscal, às fls. 45 a 51, com Anexo às fls. 52 a 439, informa os documentos verificados durante a auditoria para a apuração da base de cálculo dos créditos previdenciários:

*3.1 No exame dos lançamentos contábeis do Livro Diário número 11 (registrado em 31/05/2005, na Juceb — Junta Comercial do Estado da Bahia, sob n 2.05/010900-6) e do respectivo livro Razão nº 11, páginas 173 a 175, conta CUSTOS DOS SERVIÇOS VENDIDOS — 00168-2 MÃO DE OBRA, relativo ao período janeiro/2004 a dezembro/2004, foram verificados lançamentos de pagamentos à COOPENINF — Cooperativa dos Profissionais Autônomos Ltda, CNPJ 03.148.700/0002-05 relativos à prestação de serviços de seus cooperados A EDIDATA Planejamento Consultoria e Informática Ltda/EDZA Planejamento Consultoria e Informática Ltda, CNPJ 63.219.026/0001-45.*

*3.2 No exame das Folhas de Pagamentos apresentadas pelo contribuinte foram identificados pagamentos de três parcelas relativas As diferenças salariais decorrentes da Convenção Coletiva de Trabalho, pagas em outubro, novembro e dezembro de 2004 que não fizeram parte do salário de contribuição mensal na respectiva época do pagamento. Estas parcelas pagas nas Folhas de Pagamentos como "**DIF CCT 2004 PARC 1/3; 2/3 e 3/3**" foram contabilizadas no Livro Diário acima citado, na conta Despesas com Pessoal — 00375-8 Salários, cujos lançamentos foram escriturados na página 192 do livro Razão.*

**3.3 Também foi identificado, na filial, pagamento de ajuda de custo no período de janeiro a dezembro/04 aos segurados Paulo Souza Braga 020002575, técnico em informática, Gilmar Melo de Oliveira 02000600 e Mario Jose Silva 0200000591, Programadores que não integraram a base de cálculo previdenciário. A rubrica ajuda de custo foi escriturada na conta DESPESAS COM PESSOAL — 00464-0 — AJUDA DE CUSTO, e consta na página 178 do livro Razão.**

**3.4 O contribuinte atendendo à Convenção Coletiva de Trabalho forneceu auxílio alimentação, no entanto não efetuou sua adesão ao PAT — Programa de Alimentação do Trabalhador junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, conforme comprova a consulta formulada junto ao órgão competente através de e-mail de 08/07/08, em anexo. Apuramos a base de cálculo identificando individualmente a quantia percebida por cada segurado empregado mensalmente, ou seja, a quantia percebida a título de indenização de auxílio alimentação deduzida do desconto auxílio alimentação, constantes nas Folhas de Pagamentos do período de janeiro a dezembro/04. Nos meses em que houve o pagamento de diferença relativa à Convenção Coletiva de Trabalho e Ajuda de Custo somamos estas parcelas para o novo cálculo do salário de contribuição e respectivo desconto previdenciário, conforme demonstram as planilhas " PATRONAL SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO" e "FILIAL SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO", anexas.**

**3.5 A EDZA PLANEJAMENTO CONSULTORIA E INFORMÁTICA LTDA. deixou de informar na GFIP — Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social, nas respectivas épocas de vencimento, todas estas rubricas acima mencionadas bem como os valores pagos As cooperativas de trabalho por serviços prestados através de seus cooperados.**

**3.6 O contribuinte não incluiu no salário de contribuição previdenciário os valores pagos em 2004 aos segurados empregados a título de Décimo Terceiro Salário.**

Foram utilizados os seguintes códigos de lançamento correspondentes ao fatos geradores das contribuições previdenciárias lançadas:

**COO — levantamento relativo As Notas Fiscais emitidas pela COOPENINF e contabilizadas no Livro Diário e Razão nº11.**

**AJU - levantamento relativo à Ajuda de Custo pagos aos segurados empregados lotados na filial e mencionados no item 3.3.**

**CCT - levantamento relativo à Diferença Salarial acordada em Convenção Coletiva Trabalho FPG - levantamento relativo à Folha de Pagamento de 13º salário.**

***PAT** - levantamento relativo à Alimentação fornecida pela empresa em desacordo com o PAT*

A Recorrente teve ciência do TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal, às fls. 35, na qual consta o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 0510100.2008.00897.

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

01. **A Recorrente teve ciência do auto de infração** no dia **01.08.2008**, às fls.

A **Recorrente apresentou Impugnação**, às fls. 443 a 474, com Anexos às fls. 475 a 499, com as seguintes alegações, em síntese:

*(i) Preliminar de nulidade. Supressão do direito à ampla defesa e ao contraditório.*

*Argúi que o Auto de Infração deve ser declarado nulo em face da ausência de requisitos essenciais, quais sejam: falta de clareza na definição da base de cálculo empregada e dos fundamentos legais; ausência de descrição pormenorizada da forma de calcular a atualização monetária e os juros de mora; e falta de definição da natureza da dívida.*

*(ii) Improcedência da base de cálculo. Cooperativas de trabalho.*

*Alega a inconstitucionalidade da contribuição instituída pela Lei 9.876/99 incidente sobre pagamentos efetuados à cooperativas de trabalho. Reforça seus argumentos transcrevendo jurisprudência e doutrina.*

*(iii) Improcedência da base de cálculo. Diferenças salariais de Convenção Coletiva.*

*Aduz que os pagamentos não possuem natureza salarial ou remuneratória, mas sim indenizatória. Afirma que decidiu indenizar retroativamente seus empregados, por mera liberalidade, em virtude do prejuízo sofrido por estes em razão do atraso no reajuste salarial previsto na convenção. Ressalta que verbas indenizatórias não podem ser caracterizadas como salário de contribuição, e cita a definição do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991.*

*(iv) Improcedência da base de cálculo. Ajuda de Custo.*

*Considera "ajuda de custo" o valor atribuído ao empregado, pago para cobrir despesas de deslocamento por ele realizadas, não se confundindo com a ajuda de custo destinada a indenizar empregado pelas despesas resultantes da mudança do local de trabalho. Argumenta que os pagamentos efetuados foram simples reembolso de despesas de deslocamento de seus empregados. Reembolso, como a própria denominação indica, é o ressarcimento de valores desembolsados pelos empregados em nome da empregadora.*

*Conclui que a verba concedida nessas condições (como cobertura de deslocamento) se reveste das características de parcela de natureza indenizatória, posto que visa ressarcir o empregado de despesas decorrentes das necessidades do seu serviço, e entende que a referida despesa enquadrada como ajuda de custo, em verdade, são despesas de deslocamento.*

*Cita legislação, especificamente o art. 457, §2º da CLT e § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, e colaciona jurisprudência robustecendo seus argumentos. Por fim, aduz que embora o reembolso seja feito com base em estimativa, não estará descaracterizada sua natureza de ajuda de custo.*

*(v) Improcedência da base de cálculo. Alimentação em pecúnia.*

*Relata que o auxílio alimentação tem natureza puramente indenizatória, seja qual for natureza do seu pagamento. A verba é proporcionada com o fim de ressarcir o trabalhador pelas despesas de alimentação e não como uma contraprestação ao trabalho efetuado pelo empregado.*

*Entende que o auxílio alimentação se constitui em verdadeira ajuda de custo, que, por não exceder cinquenta por cento do salário do empregado no presente caso, não o integra nos termos do artigo 457, § 2º da CLT. Colaciona jurisprudência reforçando o caráter indenizatório do auxílio alimentação.*

*(vi) Cobrança de multa com caráter confiscatório afronta is garantias constitucionais.*

*Salienta o caráter confiscatório da multa aplicada no presente lançamento, 'motivo pelo qual postula a redução do seu percentual para no máximo 20%.*

*(vii) Impossibilidade de utilização da taxa SELIC como taxa de juros moratórios.*

*(viii) Violação aos princípios constitucionais. Aplicação de norma ilegal ou inconstitucional.*

A **Recorrida** analisou a autuação e a impugnação, **julgando procedente a autuação**, nos termos do **Acórdão nº 15-24.585 - 7ª Turma** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento Salvador - BA, fls. 505 a 512, conforme Ementa a seguir:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*

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

*CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS.*

*São devidas as contribuições previdenciárias patronais e as devidas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos*

*risco ambientais do trabalho - RAT, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados.*

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. DIFERENÇAS SALARIAIS. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.**

*A importância paga, devida ou creditada aos segurados empregados em decorrência de reajuste previsto em Convenção Coletiva de Trabalho no período de 10/2004 a 12/2004 integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias, por não constar em Lei dentre as hipóteses de exclusão do salário de contribuição.*

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. COOPERATIVA DE TRABALHO.**

*Incide contribuição a cargo da empresa de quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho.*

**SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. AJUDA DE CUSTO.**

*Integra o salário de contribuição a ajuda de custo quando não é paga em parcela única e em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado.*

**ALIMENTAÇÃO EM DESACORDO COM O PAT.**

*A concessão de alimentação aos segurados empregados em desacordo com a legislação que regula o Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT) do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) configura-se salário in natura e, por extensão, fato gerador de contribuições sociais previdenciárias.*

**CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA.**

*A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a penalidade de multa nos moldes da legislação em vigor.*

**JUROS SELIC. LEGALIDADE.**

*licita a utilização da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (SELIC) para o cálculo dos juros incidentes sobre as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo Fisco Federal, nos termos do art. 13 da Lei nº 9.065, de 1995, que alterou o art. 34 da Lei nº 8.212, de 1991.*

**ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.**

*A autoridade administrativa não possui competência para apreciar a legalidade ou inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, cabendo tal prerrogativa exclusivamente ao Poder Judiciário.*

**JUNTADA DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.**

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

*OITIVA DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL.*

*incabível o pedido para depoimento pessoal e oitiva de testemunhas, no âmbito da primeira instância do contencioso administrativo fiscal, por falta de previsão legal para a realização de audiência de instrução.*

*Impugnação Improcedente*

*Crédito Tributário Mantido*

*Acórdão*

*Vistos, relatados e discutidos os autos do processo nº 18050.004987/2008- 77, referente ao Auto Infração cadastrado sob o nº 37.158.737-9, acordam os julgadores da 7ª Turma de Julgamento em Salvador, por unanimidade de votos, em JULGAR PROCEDENTE o presente lançamento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.*

*Encaminhe-se à unidade de origem para dar ciência ao contribuinte do inteiro teor deste Acórdão, fornecendo-lhe cópia do mesmo e intimá-lo a recolher ou parcelar o crédito, no prazo de trinta dias, a contar da ciência, ressalvado o direito de interpor recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, no mesmo prazo, nos termos dos artigos 25, II, e 33, ambos do Decreto 70.235/1972.*

*Sala de Sessões, em 18 de agosto de 2010.*

Inconformada com a decisão de 1ª instância, **a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 519 a 545, com Anexo às fls. 546 a 557, onde alega em apertada síntese que:

### **Em sede Preliminar.**

#### **(i) Da nulidade que permeia o Auto de Infração.**

*Analisando a Decisão - Acórdão nº 15-24.585 — 7.ª Turma da DRJ/SDR, de 18/08/2010, verifica-se que o Nobre Julgador de primeira instância administrativa afastou a preliminar de nulidade argüida, conforme fls. 06 do Acórdão, sustentando que o Relatório Fiscal e os demais anexos que compõem o Auto de*

*Infração contém os elementos necessários a identificação dos fatos geradores do crédito lançado, possibilitando ao sujeito passivo o pleno exercício do direito ao contraditório -e à ampla defesa.*

*Razão não assiste ao Nobre Julgador, pois não há, no A.I., descrição precisa dos fatos.*

*Segundo o REFISC — Relatório Fiscal do Auto de Infração, as fls. 3, item 4.1 - Dos Créditos Apurados, os créditos previdenciários lançados no Auto de Infração em epígrafe foram levantados com base nos lançamentos contábeis e documentos verificados durante a auditoria, porém sob análise e compreensão equivocada.*

*Assim, não se sabe, ao certo, como a auditora-fiscal chegou aos valores lançados. Na verdade, em nenhum momento se define claramente qual a base de cálculo empregada.*

**(ii) Alegações diversas de inconstitucionalidade.**

*É cediço, na doutrina e jurisprudência, que compete aos Órgãos Administrativos deixar de aplicar lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal, podendo e devendo a autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, inaplicar a lei por considerá-la inconstitucional.*

**No Mérito.**

**(iii) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Diferenças salariais de Convenção Coletiva de Trabalho não homologada – caráter indenizatório.**

*A decisão recorrida confirmou o entendimento do Auto de infração objurgado, considerando como de natureza salarial as três parcelas pagas em folha de pagamento pela - Recorrente aos seus empregados, relativas As diferenças salariais decorrentes da CCT, no período de 10/2004 a 12/2004, em razão de atraso na implementação do cumprimento de convenção coletiva.*

*Ora, ao contrário do afirmado pela fiscalização, os pagamentos realizados pela Recorrente não possuíam, natureza salarial ou remuneratória, e sim indenizatória, isto porque, não houve em tempo, a assinatura da convenção coletiva de trabalho para que ela produzisse efeitos em sua inteireza, e a homologação, por não ser célere nem muito menos instantânea, terminou por prejudicar em muito os trabalhadores, pelo transcurso das datas-bases. Sendo assim, a Recorrente, não podia permitir que seus empregados fossem lesados pela morosidade de outrem.*

Portanto, objetivando reduzir o prejuízo sofrido por seus empregados, a Recorrente decidiu, por mera liberalidade, indenizá-los retroativamente pelo período em que não receberam o reajuste previsto na convenção homologada posteriormente

**(iv) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Pagamento às Cooperativas contratadas.**

Segundo entendimento do Nobre Julgador, no que concerne à , constitucionalidade da Contribuição instituída pela Lei n. 9.876/99 incidente sobre pagamentos efetuados à cooperativa de trabalho, o contencioso administrativo fiscal não é o foro adequado para se discutir a constitucionalidade de leis ou decretos.

Ora, diferentemente do quanto alegado pelo Nobre Julgador de primeira instância administrativa, ou seja, de que o contencioso administrativo fiscal não é o foro adequado para se discutir a constitucionalidade de leis ou decretos, é cediço, na doutrina e jurisprudência, que compete aos Órgãos Administrativos deixar de aplicar lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal podendo e devendo a autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, inaplicar a lei por considerá-la inconstitucional.

**(v) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Ajuda de custo: caráter indenizatório – despesas de deslocamento – reembolso.**

Como bem frisou o Auditor-Fiscal no seu voto às fls. 10, item "d"; comprovar que a referida Verba possui natureza indenizatória, seja por motivo de mudança de local de trabalho do empregado, seja em virtude do reembolso de despesas efetuadas -pelos segurados na execução dos serviços". (grifo nosso).

Ora, a Recorrente Edza de fato pagou aos empregados Paulo Souza Braga, Gilmar Melo de Oliveira e Mário José Silva, valores de reembolso de despesas de deslocamento por eles realizados, com diligências, acompanhamento de clientes externo etc.

O Reembolso, sob a rubrica ajuda de custo que foi pago pela Recorrente aos empregados mencionados acima, teve unicamente o objetivo de proporcionar condições para a execução do serviço, não se tratando, porém, de valores pagos pela contraprestação dos serviços. Não tendo portanto, natureza salarial, não podendo ser considerada como base de cálculo para a incidência de exação Previdenciária (Precedente: STJ, AGA 459203/RS, DJ de 16/05/2005, p. 291).

*Como já demonstrado na peça impugnatória, o § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, também deixa claro que não integram o salário-de-contribuição os valores correspondentes ao transporte fornecido pela empresa aos empregados contratados para trabalhar em localidades distantes da sua residência ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada.*

**(vi) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Alimentação em pecúnia: caráter indenizatório.**

*Está claro que, o auxílio-alimentação e proporcionado com o fim de ressarcir o trabalhador pelas despesas de alimentação e não como uma contraprestação ao trabalho efetuado pelo empregado. Constitui em verdadeira ajuda de custo, que, por não exceder, cinquenta –por cento do salário do empregado, não integra, nos termos do artigo 457, § 2º da CLT. Ademais, há entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho- no sentido de que a ajuda-alimentação tem natureza indenizatória não integrando a remuneração do empregado, razão pela qual e, mormente; por não se revestir de natureza salarial, o auxílio-alimentação não integra a base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários e dos valores devidos ao FGTS.*

*O auxílio alimentação foi prestado pela Recorrente mediante o desconto, em folha de pagamento, de contrapartida financeira, o que afasta a incidência das contribuições previdenciárias, dada a natureza onerosa atribuída à utilidade.*

**(vii) Afronta as garantias constitucionais a cobrança de multa com caráter confiscatório.**

*Igualmente, merece reforma a decisão administrativa no que diz respeito vedação ao confisco, pois a despeito de ser patente a multa confiscatória, o Nobre julgador simplesmente afirma que não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas, ou seja, de maneira que, simplesmente se omite quanto ao assunto.*

*In casu, é absolutamente explícito e inequívoco que, nas multas aplicadas, foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal ora vigente em nosso país. São elas tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que considere normais multas que ultrapassem parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.*

**(viii) Impossibilidade de utilização da SELIC como taxa de juros moratórios.**

*Como já suficientemente demonstrado no corpo da defesa apresentada, a taxa SELIC não possui natureza de juros moratórios, já que traduz fenômeno remuneratório de*

*pagamento pelo uso do dinheiro. Ou seja, não pode ser utilizada para fins de atualização moratória haja vista sua patente .conotação remuneratória, o que se verifica pelo fato de que os contribuintes não podem ser equiparados aos aplicadores, haja vista que estes praticam atos de vontade, enquanto aqueles se submetem a um ato de Império.*

**(ix) Oitiva de testemunhas – produção de provas.**

*No que diz respeito à oitiva de testemunhas, é absurdo o comportamento do Nobre Julgador de primeira instância administrativa, em indeferir a PROVA sob o Pretexto de que não há previsão .legal para a realização de audiência de instrução. Que somente na segunda instância de julgamento administrativo é admitida a Sustentação oral*

*Ora, pela interpretação sistemática da ampla defesa e do contraditório, não há qualquer vedação para elaboração de provas no processo administrativo, portanto que sejam inteiras e produzidas de forma lícita. Deste modo, pouco importa fato de não. haver previsão legal, pois ficaria ao alvitre do julgador que fosse lavrado termo do quanto declarado pelas testemunhas, cabendo ao próprio julgador analisar, valorar, e se fosse o caso? desconsiderar as informações prestadas, mas não simplesmente indeferi-las, desconsiderando a existência de um meio de prova válido como qualquer outro.*

*Portanto, requer se dignem V. Sa., **em determinar o retorno dos autos à fase instrutória para a imediata oitiva das testemunhas,** conforme requerido na impugnação pela Recorrente, servindo com outro meio de prova a auxiliar os nobres julgadores na resolução da presente lide.*

fls. 559.

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

É o Relatório.

**Voto**

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro , Relator

**PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE**

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 559.

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

**DAS QUESTÕES PRELIMINARES****(i) Da nulidade que permeia o Auto de Infração.**

*Analizando a Decisão - Acórdão nº 15-24.585 — 7.ª Turma da DRJ/SDR, de 18/08/2010, verifica-se que o Nobre Julgador de primeira instância administrativa afastou a preliminar de nulidade argüida, conforme fls. 06 do Acórdão, sustentando que o Relatório Fiscal e os demais anexos que compõem o Auto de Infração contêm os elementos necessários a identificação dos fatos geradores do crédito lançado, possibilitando ao sujeito passivo o pleno exercício do direito ao contraditório -e à ampla defesa.*

*Razão não assiste ao Nobre Julgador, pois não há, no A.I., descrição precisa dos fatos.*

*Segundo o REFISC — Relatório Fiscal do Auto de Infração, as fls. 3, item 4.1 - Dos Créditos Apurados, os créditos previdenciários lançados no Auto de Infração em epígrafe foram levantados com base nos lançamentos contábeis e documentos verificados durante a auditoria, porém sob análise e compreensão equivocada.*

*Assim, não se sabe, ao certo, como a auditora-fiscal chegou aos valores lançados. Na verdade, em nenhum momento se define claramente qual a base de cálculo empregada.*

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 37.158.737-9 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 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. RDA – Relatório de Documentos Apresentados.*
- f. 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);*
- g. 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.);*
- h. 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);*
- i. TIAF – Termo de Início da Ação Fiscal;*
- j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos;.*
- k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal;.*
- lk. 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 37.158.737-9, 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, cumpri-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.*

**(ii) Alegações diversas de inconstitucionalidade.**

*É cediço, na doutrina e jurisprudência, que compete aos Órgãos Administrativos deixar de aplicar lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal, podendo e devendo a autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, inaplicar a lei por considerá-la inconstitucional.*

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 improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Diferenças salariais de Convenção Coletiva de Trabalho não homologada – caráter indenizatório.**

*A decisão recorrida confirmou o entendimento do Auto de infração objurgado, considerando como de natureza salarial as três parcelas pagas em folha de pagamento pela - Recorrente aos seus empregados, relativas As diferenças salariais decorrentes da CCT, no período de 10/2004 a 12/2004, em razão*

de atraso na implementação do cumprimento de convenção coletiva.

Ora, ao contrário do afirmado pela fiscalização, os pagamentos realizados pela Recorrente não possuíam, natureza salarial ou remuneratória, e sim indenizatória, isto porque, não houve em tempo, a assinatura da convenção coletiva de trabalho para que ela produzisse efeitos em sua inteireza, e a homologação, por não ser célere nem muito menos instantânea, terminou por prejudicar em muito os trabalhadores, pelo transcurso das datas-bases. Sendo assim, a Recorrente, não podia permitir que seus empregados fossem lesados pela morosidade de outrem.

Portanto, objetivando reduzir o prejuízo sofrido por seus empregados, a Recorrente decidiu, por mera liberalidade, indenizá-los retroativamente pelo período em que não receberam o reajuste previsto na convenção homologada posteriormente

Analisemos.

O Relatório Fiscal, às fls. 45 a 51, esclarece que no exame das Folhas de Pagamentos apresentadas pela Recorrente, foram identificados **pagamentos de três parcelas relativas às diferenças salariais decorrentes da Convenção Coletiva de Trabalho, pagas em outubro, novembro e dezembro de 2004 que não fizeram parte do salário de contribuição mensal na respectiva época do pagamento:**

*3.2 No exame das Folhas de Pagamentos apresentadas pelo contribuinte foram identificados **pagamentos de três parcelas relativas As diferenças salariais decorrentes da Convenção Coletiva de Trabalho, pagas em outubro, novembro e dezembro de 2004 que não fizeram parte do salário de contribuição mensal na respectiva época do pagamento.** Estas parcelas pagas nas Folhas de Pagamentos como "DIF CCT 2004 PARC 1/3; 2/3 e 3/3" foram contabilizadas no Livro Diário acima citado, na conta Despesas com Pessoal — 00375-8 Salários, cujos lançamentos foram escriturados na página 192 do livro Razão.*

Por outro lado, a Recorrente, repetindo o argumento utilizado em sede de Impugnação, aduz que em razão da demora da implementação do reajuste salarial dos empregados previsto em Convenção Coletiva de Trabalho de 2004 (no tocante à demora da homologação expressa por parte do Ministério Público do Trabalho), decidiu por indenizar os empregados pelo período (10/2004 a 12/2004) em que não receberam a diferença.

No entanto, observa-se que a Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal. Ou seja, a Recorrente não restou comprovado em sede de Recurso Voluntário que a hipótese dos pagamentos efetuados nas competências 10/2004 a 12/2004 se referem a verbas indenizatórias.

Neste sentido, tem-se que a legislação previdenciária ao prever que não integra o salário de contribuição exclusivamente as hipóteses elencadas no art. 28, § 9º, Lei

8.212/1991, implica então afirmar que a hipótese concreta do presente processo não se enquadra em nenhuma das hipóteses previstas no art. 28, § 9º, 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)

*a) os benefícios da previdência social, nos termos e limites legais, salvo o salário-maternidade; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).*

*b) as ajudas de custo e o adicional mensal recebidos pelo aeronauta nos termos da Lei nº 5.929, de 30 de outubro de 1973;*

*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;*

*d) as importâncias recebidas a título de férias indenizadas e respectivo adicional constitucional, inclusive o valor correspondente à dobra da remuneração de férias de que trata o art. 137 da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).*

*e) as importâncias: (Alínea alterada e itens de 1 a 5 acrescentados pela Lei nº 9.528, de 10.12.97*

*1. previstas no inciso I do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;*

*2. relativas à indenização por tempo de serviço, anterior a 5 de outubro de 1988, do empregado não optante pelo Fundo de Garantia do Tempo de Serviço-FGTS;*

*3. recebidas a título da indenização de que trata o art. 479 da CLT;*

*4. recebidas a título da indenização de que trata o art. 14 da Lei nº 5.889, de 8 de junho de 1973;*

*5. recebidas a título de incentivo à demissão;*

*6. recebidas a título de abono de férias na forma dos arts. 143 e 144 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*

*7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*

*8. recebidas a título de licença-prêmio indenizada; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*

9. recebidas a título da indenização de que trata o art. 9º da Lei nº 7.238, de 29 de outubro de 1984; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).

f) a parcela recebida a título de vale-transporte, na forma da legislação própria;

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

h) as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% (cinquenta por cento) da remuneração mensal;

i) a importância recebida a título de bolsa de complementação educacional de estagiário, quando paga nos termos da Lei nº 6.494, de 7 de dezembro de 1977;

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

l) o abono do Programa de Integração Social-PIS e do Programa de Assistência ao Servidor Público-PASEP; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

m) os valores correspondentes a transporte, alimentação e habitação fornecidos pela empresa ao empregado contratado para trabalhar em localidade distante da de sua residência, em canteiro de obras ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada, observadas as normas de proteção estabelecidas pelo Ministério do Trabalho; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

n) a importância paga ao empregado a título de complementação ao valor do auxílio-doença, desde que este direito seja extensivo à totalidade dos empregados da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

o) as parcelas destinadas à assistência ao trabalhador da agroindústria canavieira, de que trata o art. 36 da Lei nº 4.870, de 1º de dezembro de 1965; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos

*empregados e dirigentes da empresa; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

*r) o valor correspondente a vestuários, equipamentos e outros acessórios fornecidos ao empregado e utilizados no local do trabalho para prestação dos respectivos serviços; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

*s) o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado e o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, quando devidamente comprovadas as despesas realizadas; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

*t) o valor relativo a plano educacional que vise ao ensino fundamental e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) 15*

*t) o valor relativo a plano educacional que vise à educação básica, nos termos do art. 21 da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e a cursos de capacitação e qualificação profissionais vinculados às atividades desenvolvidas pela empresa, desde que não seja utilizado em substituição de parcela salarial e que todos os empregados e dirigentes tenham acesso ao mesmo; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).*

*t) o valor relativo a plano educacional, ou bolsa de estudo, que vise à educação básica de empregados e seus dependentes e, desde que vinculada às atividades desenvolvidas pela empresa, à educação profissional e tecnológica de empregados, nos termos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, e: (Redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011)*

*1. não seja utilizado em substituição de parcela salarial; e (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)*

*2. o valor mensal do plano educacional ou bolsa de estudo, considerado individualmente, não ultrapasse 5% (cinco por cento) da remuneração do segurado a que se destina ou o valor correspondente a uma vez e meia o valor do limite mínimo mensal do salário-de-contribuição, o que for maior; (Incluído pela Lei nº 12.513, de 2011)*

*u) a importância recebida a título de bolsa de aprendizagem garantida ao adolescente até quatorze anos de idade, de acordo com o disposto no art. 64 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

*v) os valores recebidos em decorrência da cessão de direitos autorais; (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

*x) o valor da multa prevista no § 8º do art. 477 da CLT. (Alínea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)*

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

**(iv) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Pagamento às Cooperativas contratadas.**

*Segundo entendimento do Nobre Julgador, no que concerne à , constitucionalidade da Contribuição instituída pela Lei n. 9.876/99 incidente sobre pagamentos efetuados à cooperativa de trabalho, o contencioso administrativo fiscal não é o foro adequado para se discutir a constitucionalidade de leis ou decretos.*

*Ora, diferentemente do quanto alegado pelo Nobre Julgador de primeira instância administrativa, ou seja, de que o contencioso administrativo fiscal não é o foro adequado para se discutir a constitucionalidade de leis ou decretos, é cediço, na doutrina e jurisprudência, que compete aos Órgãos Administrativos deixar de aplicar lei ou ato normativo flagrantemente inconstitucional e ilegal podendo e devendo a autoridade administrativa, como julgadora no processo administrativo fiscal, inaplicar a lei por considerá-la inconstitucional.*

Analisemos.

O argumento central da Recorrente se refere ao questionamento da inconstitucionalidade da Lei 9.876/1999. No entanto, a apreciação de inconstitucionalidade em sede de Recurso Voluntário já foi analisada no item (ii).

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

**(v) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Ajuda de custo: caráter indenizatório – despesas de deslocamento – reembolso.**

*Como bem frisou o Auditor-Fiscal no .seu voto às fls. 10, item "d"; comprovar que a referida Verba possui natureza indenizatória, seja por motivo de mudança de local de trabalho do empregado, seja em virtude do reembolso de despesas efetuadas -pelos segurados na execução dos serviços". (grifo nosso).*

*Ora, a Recorrente Edza de fato pagou aos empregados Paulo Souza Braga, Gilmar Melo de Oliveira e Mário José Silva, valores de reembolso de despesas de deslocamento por eles*

realizados, com diligências, acompanhamento de clientes externo etc.

O Reembolso, sob a rubrica ajuda de custo que foi pago pela Recorrente aos empregados mencionados acima, teve unicamente o objetivo de proporcionar condições para a execução do serviço, não se tratando, porém, de valores pagos pela contraprestação dos serviços. Não tendo portanto, natureza salarial, não podendo ser considerada como base de cálculo para a incidência de exação Previdenciária (Precedente: STJ, AGA 459203/RS, DJ de 16/05/2005, p. 291).

Como já demonstrado na peça impugnatória, o § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, também deixa claro que não integram o salário-de-contribuição os valores correspondentes ao transporte fornecido pela empresa aos empregados contratados para trabalhar em localidades distantes da sua residência ou local que, por força da atividade, exija deslocamento e estada.

Analisemos.

O Relatório Fiscal, às fls. 45 a 51, esclarece que no exame das Folhas de Pagamentos apresentadas pela Recorrente, foram identificados **pagamentos de ajuda de custo no período 01/2004 a 12/2004 a título de ajuda de custo sem que integrassem a base de cálculo das contribuições previdenciárias:**

**3.3 Também foi identificado, na filial, pagamento de ajuda de custo no período de janeiro a dezembro/04 aos segurados Paulo Souza Braga 020002575, técnico em informática, Gilmar Melo de Oliveira 02000600 e Mario Jose Silva 0200000591, Programadores que não integraram a base de cálculo previdenciário. A rubrica ajuda de custo foi escriturada na conta DESPESAS COM PESSOAL — 00464-0 — AJUDA DE CUSTO, e consta na página 178 do livro Razão.**

Por outro lado, a Recorrente, repetindo o argumento utilizado em sede de Impugnação, aduz que esta ajuda de custo se refere a valores de reembolso de despesas de deslocamento realizados por funcionários. Neste íterim, a Recorrente apresentou em sede de Impugnação, às fls. 481 a 494, cópia de recibos de pagamento efetuados a táxi.

No entanto, observa-se que a Recorrente não traz novos elementos de prova que possam se contrapor à decisão de primeira instância que ratificou o entendimento da Auditoria Fiscal. Ou seja, a Recorrente não restou comprovado em sede de Recurso Voluntário que a hipótese dos pagamentos efetuados nas competências 01/2004 a 12/2004 se referem a verbas indenizatórias, seja por motivo de mudança de local de trabalho do empregado ou ainda por reembolso de despesas efetuadas pelos empregados na execução dos serviços.

Neste sentido, tem-se que a legislação previdenciária ao prever que a ajuda de custo não integra o salário de contribuição na hipótese disposta no art. 28, § 9º, g, Lei 8.212/1991, implica então afirmar que a hipótese concreta do presente processo não se enquadra no art. 28, § 9º, g, Lei 8.212/1991:

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

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

Autenticado digitalmente em 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente e

m 14/03/2012 por PAULO MAURICIO PINHEIRO MONTEIRO, Assinado digitalmente em 16/03/2012 por CARLOS AL

BERTO MEES STRINGARI

Impresso em 27/03/2012 por MARIA MADALENA SILVA - VERSO EM BRANCO

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

(...)

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

**(vi) Da improcedência das bases de cálculo consideradas na fiscalização. Alimentação em pecúnia: caráter indenizatório.**

*Está claro que, o auxílio-alimentação e proporcionado com o fim de ressarcir o trabalhador pelas despesas de alimentação e não como uma contraprestação ao trabalho efetuado pelo empregado. Constitui em verdadeira ajuda de custo, que, por não exceder, cinquenta –por cento do salário do empregado, não integra, nos termos do artigo 457, § 2º da CLT. Ademais, há entendimentos do Tribunal Superior do Trabalho- no Sentido de que a ajuda-alimentação tem natureza indenizatória não integrando a remuneração do empregado, razão pela qual e, mormente; por não se revestir de natureza salarial, o auxílio-alimentação não integra a base de cálculo das contribuições sociais incidentes sobre a folha de salários e dos valores devidos ao FGTS.*

*O auxílio alimentação foi prestado pela Recorrente mediante o desconto, em folha de pagamento, de contrapartida financeira, o que afasta a incidência das contribuições previdenciárias, dada a natureza onerosa atribuída à utilidade.*

Analisemos.

Conforme o constatado no Relatório Fiscal, às fls. 45 a 51, 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:

**3.4 O contribuinte atendendo à Convenção Coletiva de Trabalho forneceu auxílio alimentação, no entanto não efetuou sua adesão ao PAT — Programa de Alimentação do Trabalhador junto ao Ministério do Trabalho e Emprego, conforme comprova a consulta formulada junto ao órgão**

competente através de e-mail de 08/07/08, em anexo. Apuramos a base de cálculo identificando individualmente a quantia percebida por cada segurado empregado mensalmente, ou seja, a quantia percebida a título de indenização de auxílio alimentação deduzida do desconto auxílio alimentação, constantes nas Folhas de Pagamentos do período de janeiro a dezembro/04. Nos meses em que houve o pagamento de diferença relativa à Convenção Coletiva de Trabalho e Ajuda de Custo somamos estas parcelas para o novo cálculo do salário de contribuição e respectivo desconto previdenciário, conforme demonstram as planilhas " PATRONAL SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO" e "FILIAL SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO", anexas.

A argumentação central da Recorrente é a de que o valor do auxílio-alimentação pago em dinheiro não configura a incidência de contribuição previdenciária.

Vejamos a legislação de regência da espécie.

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 nº 6.321, 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 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 recebida em desacordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social, PAT - Programa de Alimentação do Trabalhador.

**(vii) Afronta as garantias constitucionais a cobrança de multa com caráter confiscatório.**

*Igualmente, merece reforma a decisão administrativa no que diz respeito vedação ao confisco, pois a despeito de ser patente a multa confiscatória, o Nobre julgador simplesmente afirma que não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de normas, ou seja, de maneira que, simplesmente se omite quanto ao assunto.*

*In casu, é absolutamente explícito e inequívoco que, nas multas aplicadas, foram utilizados índices absurdamente elevados e fora da realidade e normalidade prevista pela sistemática legal ora vigente em nosso país. São elas tão elevadas que assumem o caráter confiscatório, a não ser que considere normais multas que ultrapassem parâmetros de uma economia cuja variação monetária anual não ultrapassa a casa de um único dígito.*

Analisemos.

O argumento central da Recorrente se refere ao questionamento da inconstitucionalidade da Lei 9.876/1999. No entanto, a apreciação de inconstitucionalidade em sede de Recurso Voluntário já foi analisada no item (ii).

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

**(viii) Impossibilidade de utilização da SELIC como taxa de juros moratórios.**

*Como já suficientemente demonstrado no corpo da defesa apresentada, a taxa SELIC não possui natureza de juros moratórios, já que traduz fenômeno remuneratório de*

*pagamento pelo uso do dinheiro. Ou seja, não pode ser utilizada para fins de atualização moratória haja vista sua patente .conotação remuneratória, o que se verifica pelo fato de que os contribuintes não podem ser equiparados aos aplicadores, haja vista que estes praticam atos de vontade, enquanto aqueles se submetem a um ato de Império.*

Analisemos.

Insurge-se a recorrente contra a aplicação da taxa SELIC ao argumento de que seria ilegal.

Registre-se, porque importante, que a legislação de regência, sobretudo a Lei nº 8.212/91, afasta literalmente os argumentos erguidos pelo recorrente.

De fato, as contribuições sociais arrecadadas estão sujeitas à incidência da taxa referencial SELIC - Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91:

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

Neste sentido, há a Súmula nº 4 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente estabelece a aplicação da taxa SELIC.

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

Nesse contexto, correta a aplicação da taxa SELIC como juros de mora, com fulcro no artigo 34 da Lei nº 8.212/91, na redação anterior à dada pela Lei 11.941/2009.

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

**(ix) Oitiva de testemunhas – produção de provas.**

No que diz respeito à oitiva de testemunhas, é absurdo o comportamento do Nobre Julgador de primeira instância administrativa, em indeferir a PROVA sob o Pretexto de que não há previsão legal para a realização de audiência de instrução. Que somente na segunda instância de julgamento administrativo é admitida a Sustentação oral

Ora, pela interpretação sistemática da ampla defesa e do contraditório, não há qualquer vedação para elaboração de provas no processo administrativo, portanto que sejam inteiras e produzidas de forma lícita. Deste modo, pouco importa fato de não haver previsão legal, pois ficaria ao alvitre do julgador que fosse lavrado termo do quanto declarado pelas testemunhas, cabendo ao próprio julgador analisar, valorar, e se fosse o caso? desconsiderar as informações prestadas, mas não simplesmente indeferi-las, desconsiderando a existência de um meio de prova válido como qualquer outro.

Portanto, requer se dignem V. Sa., **em determinar o retorno dos autos à fase instrutória para a imediata oitiva das testemunhas,** conforme requerido na impugnação pela Recorrente, servindo com outro meio de prova a auxiliar os nobres julgadores na resolução da presente lide.

Analisemos.

Quanto à solicitação de produção de provas, verificamos que o momento processual ocorre em sede de Impugnação, conforme arts. 15 e 16, Decreto 70.235/1972 e também nos arts. 55 e 56, Decreto 7574/2011 precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, com as exceções do art.16, § 4º, Decreto 70.235/1972:

**Decreto 70.235/1972:**

*Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.*

*Parágrafo único. Ao sujeito passivo é facultada vista do processo, no órgão preparador, dentro do prazo fixado neste artigo. Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)-(Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)*

*Art. 16. A impugnação mencionará:*

*I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;*

*II - a qualificação do impugnante;*

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta; IV - as diligências que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem.*

*III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*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. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)*

*§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*§ 2º É defeso ao impugnante, ou a seu representante legal, empregar expressões injuriosas nos escritos apresentados no processo, cabendo ao julgador, de ofício ou a requerimento do ofendido, mandar riscá-las. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*§ 3º Quando o impugnante alegar direito municipal, estadual ou estrangeiro, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o julgador. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)*

*§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*§ 5º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)*

*§ 6º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pela autoridade julgadora de segunda instância. (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)*

Como o pedido de produção de prova documental não possui os requisitos previstos na legislação, considero-o não formulado.

Em relação à oitiva de testemunhas em sede de Impugnação, esta não se encontra prevista na legislação do processo administrativo-fiscal (Decreto 70.235/1972 e Decreto 7574/2011).

Diante do exposto, não prospera a argumentação da Recorrente.

### **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