



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

**Processo n°** 18186.001202/2007-98  
**Recurso n°** 156.251 Voluntário  
**Acórdão n°** 2403-00.222 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 20 de outubro de 2010  
**Matéria** CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA  
**Recorrente** TESC INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA  
**Recorrida** FAZENDA NACIONAL

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/01/2007

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - CONCESSÃO DE ABONO - OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR**

O salário-de-contribuição compreende a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho. A importância paga, devida ou creditada aos segurados empregados a título de abonos não expressamente desvinculados do salário, por força de lei, integra a base de cálculo das contribuições para todos os fins e efeitos.

**PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - INOBSERVÂNCIA DE PRECEITO FUNDAMENTAL À VALIDADE DO LANÇAMENTO - 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 - 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 maioria de votos, no mérito em dar provimento parcial ao recurso, para que se recalcule a multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao Art. 35, caput, da Lei 8.212/91, com a prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencida na questão de multa de mora a conselheira Núbia Moreira Barros Mazza.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO – Relator

 2

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Cid Marconi Gurgel de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto e Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente). Ausentes os Conselheiros Ivacir Júlio de Souza e Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

## Relatório

Trata-se de **Recurso Voluntário**, fls. 160 a 213, apresentado contra **Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I - SP**, fls. 144 a 155, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 01, **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 37.073.604-4**, no montante de R\$ 49.245,92 (quarenta e nove mil, duzentos e quarenta e cinco reais e noventa e dois centavos).

Segundo a Auditoria-Fiscal, de acordo com o Relatório Fiscal, fls. 27 a 30 a 18 a 74, o **lançamento refere-se a as contribuições devidas pela empresa destinadas à Seguridade Social incidentes sobre a remuneração a título de abono especial**, correspondentes à parte dos empregados, porém não descontadas dos mesmos, à parte da empresa, financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (para competências a partir de 07/97) e, as destinadas aos Terceiros (Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE).

O Relatório Fiscal, às fls. 27 a 30, mostra que a prática reiterada de a empresa empregadora de remunerar, sob o título "ABONO ESPECIAL", concedido aos empregados por intermédio de acordos coletivos de trabalho, firmado nos anos de 2003 a 2006, com o respectivo sindicato dos trabalhadores, gerou a expectativa aos trabalhadores pela premiação, conferem-lhes propriedades retributivas e, conseqüentemente, constituem-se em elementos remuneratórios do trabalho. Fundamenta o caráter remuneratório dos abonos concedidos nos seguintes dispositivos legais: § 1º do art. 457 da Consolidação das Lei do Trabalho, no inciso I do art. 28 da Lei 8212/91, no art. 65 e art. 71 da Instrução Normativa SRP nº03 de 14/07/2005.

Ainda, o Relatório Fiscal, às fls. 17 a 18:

*Dos Fatos apurados:*

*O levantamento FPS refere-se à remuneração concedida a segurado(s) que prestou(aram) serviço empresa com o título de abono especial, dita remuneração encontra-se consignada na folha de pagamento e não declarada na GFIR Valores pagos em dezembro/2003, janeiro/2004, dezembro/2004, janeiro/2005, dezembro/2003, janeiro/2004, dezembro/2005 e janeiro/2007.*

*Da fundamentação legal:*

*Além dos dispositivos legais citados neste relatório, quanto ao fato gerador e os acréscimos legais, constam do anexo Discriminativo Analítico de Débito - DAD e do anexo Fundamento Legal do Débito —FLD.*

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 09374172F00, foi de 04/2003 a 01/2007, às fls. 20.

O período do débito, conforme o Relatório Fiscal, às fls. 27 a 30, é de 12/2003 a 01/2007.



A Recorrente teve ciência da NFLD no dia 01.06.2007, conforme fls. 01.

A Recorrente apresentou impugnação, às fls. 83 a 135, com Anexo às fls. 136 a 143.

A Recorrida – Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I – SP analisou a autuação e a impugnação,  julgando procedente a autuação, emitindo o Acórdão nº 16-15.141 – 13ª Turma, às fls. 144 a 155, com a seguinte Ementa:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS SOCIAIS*

*Período de apuração . 01/12/2003 a 31/01/2007*

*CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.*

*O Relatório Fiscal e os Anexos da NFLD oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa ao lançamento.*

*NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - NFLD. FORMALIDADES LEGAIS.*

*A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD encontra-se revestida das formalidades legais, estando de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.*

*CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.*

*O salário-de-contribuição compreende a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho.*

*CONCESSÃO DE ABONO. OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR*

*A importância paga, devida ou creditada aos segurados empregados a título de abonos não expressamente desvinculados do salário, por força de lei, integra a base de cálculo das contribuições para todos os fins e efeitos.*

*ACRÉSCIMOS LEGAIS. MULTA DE MORA E TAXA SELIC.*

*Sobre as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS que estejam em atraso incidem juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC e multa de mora, ambos de caráter irrelevável.*

*INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.*

*A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.*

*Lançamento Procedente*

**Inconformada com a decisão** da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo I – SP no **Acórdão nº 16-15.141 – 13 " Turma, a Recorrente apresentou Recurso Voluntário**, fls. 160 a 213, onde alega em síntese:

**Em sede Preliminar:**

**(a) Do abono especial**

*A fiscalização entendeu que sobre o abono pago aos seus empregados incide contribuição previdenciária consoante presume estar prevista no artigo 71 da Instrução Normativa SRP/03 de 14/07/05.*

*Vale salientar que o abono foi pago com base na **CONVENÇÃO COLETIVA de TRABALHO**, convenção esta realizada firmada com a Força Sindical em 07/11/2005. O maior absurdo é que a contribuição previdenciária foi estabelecido não em Lei, mas simplesmente numa Instrução Normativa, o que fere todo o ordenamento jurídico pátrio, bem como o princípio da legalidade que exige que nenhum tributo será instituído sem previsão legal que o defina.*

*Outro ponto a ser levado em consideração pelos ilustres julgadores é que a própria lei de custeio da Previdência estabelece que não integra o salário de contribuição o abono especial, por não estar vinculado ao salário do empregado, conforme inserto no §9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, tem 7.*

*A própria Lei de custeio da previdência é clara ao definir que o abono especial não integra o solário de contribuição para fins de incidência previdenciária.*

*O abono é a quantia que o empregador concede a seus empregados de forma espontânea e em caráter transitório ou eventual ou por determinação legal*

**(b) Da nulidade da NFLD por preterição aos direitos de defesa – a imprecisão e os erros de capitulação da infração e da multa**

*É suficiente confrontar o período de apuração abrangido pela NFLD, com as dezenas de capitulações das supostas "infrações", para constatar que vários dos dispositivos capitulados são inaplicáveis à impugnante, quer porque já se achavam revogados ou ainda não vigentes, no período excogitado, quer porque não apresentam qualquer pertinência com a sucinta descrição da suposta "infração" acusada.*

**(c) a omissão fiscal quanto a elementos essenciais á produção de defesa hábil – inexistência de Relatório Fiscal**

*Mas como se não bastasse, verifica-se ainda que inexistente um elemento básico, essencial e indispensável para a lavratura da NFLD em questão, qual seja: o "RELATÓRIO FISCAL". Logo, a defesa ora apresentada necessita de maiores dados para que a mesma não se torne totalmente cerceada, impossibilitando a impugnante de examinar, conferir e de contestar a realidade, a existência e a substância dos números em que se baseia a acusação fiscal.*

 6

**(d) a omissão fiscal quanto a elementos essenciais à produção de defesa hábil – falta definição dos fatos geradores**

O texto legal da Seguridade Social, em específico o artigo 243 do Decreto 3.048, é cristalino quando afirma que Notificação Fiscal de Lançamento deve possuir discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições devidas e dos períodos a que se referem.

**(e) Ofensa a princípios constitucionais**

Assim, em face das omissões na lavratura da NFLD e na especificação e no fornecimento à impugnante de "elementos da acusação", que eram essenciais à produção de defesa hábil, a ação fiscal ora impugnada se mostra ilegal e nula de pleno direito, por ter sido instaurada com preterição aos "direitos da defesa" e ao "princípio do contraditório" que a constituição e as leis vigentes asseguram a todo acusado em processo administrativo-fiscal (art. 5º, LIV, LV e LVI).

**No Mérito:**

**(f) Auxílio-creche e cesta básica**

**A NFLD ora combatida procura tornar líquido e certo rubricas concernentes à auxílio-creche e cesta básica.** A pretensão de registrar esses valores como devidos à Previdência Social constitui-se em verdadeiro absurdo. O § 9º, alíneas "c" e "s" do artigo 28 da lei 8.212/91 disciplina.

Ora o texto da lei é cristalino, o auxílio-creche e a cesta básica concedida ao trabalhador não integram o salário de contribuição, portanto, não incide contribuição previdenciária sobre essas parcelas. As importâncias pagas ao segurado empregado a título de auxílio creche e cestas básicas constituem-se em verbas de natureza indenizatória e não remuneratória.

**(g) Dos Acréscimos Legais – Juros – Taxa SELIC**

**A taxa Selic não possui definição prevista em lei e fere o princípio da estrita legalidade tributária,** razão pela qual não pode ser aplicada como forma de atualização de débitos tributários.

Ora, o período objeto de cobrança estampado na NFLD abrange as competências relativas ao período de 10/03 a 12/03, 04/04 a 02/05 e 05/05. Tem-se de outro lado que a Taxa SELIC foi criada pela Lei N.º 8.981, de 20.01.1995. Acresça-se a este o fato de que o princípio constitucional concernente ao tema Seguridade Social, contido no artigo 195, § 6º da Carta Magna, determina que lei que institua ou modifique as contribuições sociais só podem ser cobradas noventa (90) dias após sua promulgação, pode concluir-se que ainda que a SELIC fosse de regular validade no mundo jurídico para aplicação de consectários legais sobre tributos, sua aplicação só poderia

 7


*incidir sobre as obrigações previdenciárias nascidas a partir da competência 04/1995. No entanto, pode verificar-se que a SELIC, de forma ilegal e inconstitucional, está sendo cobrada sobre todo o período do lançamento fiscal.*

*A confecção do índice mensal da Taxa SELIC é atribuição que foi delegada ao Banco Central, todavia, cabe ressaltar que o Banco Central tem competência financeira, mas não tem competência tributária.*

fls. 217.

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

É o relatório.



8

## Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

### PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 217.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº. 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

*Súmula Vinculante 21*

*É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.*

*Fonte de Publicação: DJe nº. 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p 1.*

Avaliados os pressupostos, passo para o exame das Preliminares e ao seguir ao Mérito.

### DAS PRELIMINARES

#### (a) Do abono especial

A Recorrente argumenta:

*A fiscalização entendeu que sobre o abono pago aos seus empregados incide contribuição previdenciária consoante presume estar prevista no artigo 71 da Instrução Normativa SRP/03 de 14/07/05.*

*Vale salientar que o abono foi pago com base na **CONVENÇÃO COLETIVA de TRABALHO**, convenção esta realizada firmada com a Força Sindical em 07/11/2005. O maior absurdo é que a contribuição previdenciária foi estabelecido não em Lei, mas simplesmente numa Instrução Normativa, o que fere todo o ordenamento jurídico pátrio, bem como o princípio da legalidade que exige que nenhum tributo será instituído sem previsão legal que o defina.*

*Outro ponto a ser levado em consideração pelos ilustres julgadores é que a própria lei de custeio da Previdência estabelece que não integra o salário de contribuição o abono especial, por não estar vinculado ao salário do empregado, conforme inserto no §9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, tem 7*

*A própria Lei de custeio da previdência é clara ao definir que o abono especial não integra o salário de contribuição para fins de incidência previdenciária.*

*O abono é a quantia que o empregador concede a seus empregados de forma espontânea e em caráter transitório ou eventual ou por determinação legal.*

Analisemos.

A Constituição Federal, em seu art. 201, parágrafo 4º – hoje transformado no parágrafo 11º desse mesmo artigo pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15 de dezembro de 1998 – determina, expressamente:

*Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. [sem grifos no original]*

A Lei Orgânica da Seguridade Social, Lei nº 8.212/91, em consonância com a norma constitucional supratranscrita, assim define salário-de-contribuição, para fins de incidência de contribuições à seguridade social:

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

*I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (sem grifos no original)*

[.]

Frente à disciplina legal supra, denota-se que o fato gerador do tributo em tela está presente no conceito de remuneração, ou seja, todo o plexo de contraprestações efetivadas pelo empregador ao empregado, com o intuito de retribuir o serviço prestado, não sendo relevante o título jurídico utilizado para realizar o pagamento, isto é, o nome da verba não possui relevância, mas sim se, no caso concreto, o montante despendido tem intuito de retribuir o trabalho.

De outra parte, a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os benefícios da Previdência Social, em seu art. 29 toma o salário-de-contribuição como base para o cálculo do valor do salário de benefício.

Conforme previsto no § 6º do art. 150 da Constituição Federal, somente a Lei pode instituir isenções:

*Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:*

6.º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art 155, § 2.º, XII, g. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

Assim, o § 2º do art. 22 da Lei nº 8.212/91 dispõe que não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28 da mesma Lei:

*Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:*

(...)

§ 2º Não integram a remuneração as parcelas de que trata o § 9º do art. 28.

O § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 enumera, exaustivamente, as parcelas que não integram o salário-de-contribuição.

*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: (Alinea 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; (Alinea 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; (Alinea 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; (Alinea 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; (Alinea 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; (Alinea 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; (Alinea 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).

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; (Alinea acrescentada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

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

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

Verifica-se que a legislação aplicável à espécie determina, em um primeiro momento, a regra geral de incidência das contribuições previdenciárias sobre a remuneração total do empregado, inclusive sobre os ganhos habituais sob a forma de utilidades. Somente em um segundo momento é que são definidas, de forma expressa e exaustiva, porquanto excepcionais, as hipóteses de não-incidência das contribuições destinadas à Seguridade Social.

Nesse contexto, os denominados abonos são verbas passíveis de incidência previdenciária, na medida em que conceitualmente tratam-se de adiantamentos salariais, conforme nos ensina Maurício Godinho Delgado<sup>1</sup>, colacionamos:

*Retomado o conceito próprio do abono, como antecipação salarial efetuada pelo empregador ao empregado, torna-se inquestionável sua natureza jurídica, como salário (art. 457, § 1º). A jurisprudência foi além, contudo firmou-se no sentido de conferir à parcela todos os efeitos próprios ao salário básico – o que significa que prevalece no Direito brasileiro o entendimento de que o abono, depois de concedido, não pode ser retirado do contrato pelo empregador.*

Como bem ressaltado na doutrina citada, o próprio Diploma Celetista elenca como integrante da remuneração os abonos, *in verbis*:

*Art 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber. § 1º Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador. (sem grifos no original)*

De outro giro, cumpre salientar que o fato de a negociação coletiva mencionar que os abonos concedidos possuem natureza indenizatória, isso não tem o condão de alterar a natureza jurídica da verba, tendo em vista que o art. 457 da CLT e o art. 22, I, da Lei de Custeio (nº 8.212/91) são normas cogentes não sendo possível afastar a sua aplicação em razão de um acordo ou convenção coletiva, principalmente em razão da nulidade prévia delineada pelo art. 9º, CLT.

Outro não é o entendimento do Colendo TST acerca da indisponibilidade do art. 457 da CLT, vejamos:

*TST mantém natureza salarial de produtividade na Brasil Telecom*

*Embora a Constituição Federal assegure a validade dos acordos coletivos, estes são limitados nas normas de ordem pública, onde não há margem para livre manifestação das partes. Com este entendimento, a Segunda Turma do Tribunal Superior do Trabalho negou provimento a recurso de revista da Brasil Telecom contra decisão que a condenou à integração da "verba produtividade" ao salário, com pagamento de diferenças nas verbas rescisórias.*

*A condenação foi definida em primeiro grau e mantida pelo Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região (Rio Grande do Sul). O Regional entendeu que o adicional deve incidir sobre a*

<sup>1</sup> DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 9. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 691.

remuneração do empregado por ter "nítida natureza salarial", embora a "verba produtividade" tenha sido instituída no acordo coletivo com natureza indenizatória.

O ministro José Simpliciano Fernandes, relator do processo, ressaltou que o objeto da controvérsia estava em definir se é possível que as partes, por meio de acordo coletivo, atribuam natureza indenizatória a uma parcela que, por suas características, ostente naturalmente caráter salarial.

"No caso, o TRT considerou demonstrada a natureza salarial", afirmou o relator. "Assim, em que pese o acordo coletivo que a institui ter determinado sua não incorporação ao salário, conforme o artigo 457, § 1º, da CLT, tem-se por devida sua integração". Ao proferir seu voto durante a sessão de julgamento, o ministro afirmou que as partes não podem, ainda que por acordo coletivo, definir natureza diversa à verba, porque com isso estariam burlando preceito de ordem pública, uma vez que implicaria isenção das contribuições fiscais e previdenciárias às quais as partes estariam obrigadas, por força de lei." (RR 44809/2002-900-04-00.5)

Vale ressaltar ainda que, mesmo que porventura se ventile a hipótese de validação trabalhista de negociação coletiva que atribua natureza jurídica diversa aos abonos, como as contribuições previdenciárias são tributos, portanto, sujeitas à regência do CTN, cabe mencionar o art. 123:

*Art.123 - Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.*

Diante da normatividade elencada, infere-se que os contratos firmados entre as partes, inclusive os coletivos, não possuem força vinculante para o Fisco, pois os mesmos só criam regras válidas para as partes, não para um terceiro, in casu, Previdência Social, principalmente em face do princípio da indisponibilidade do crédito tributário.

A Medida Provisória nº 1.586-9, de 21/05/1998, publicada no D.O.U. de 22/05/1998, reeditada até a MP nº 1.663-15, convertida na Lei nº 9.711, de 20/11/1998, acrescentou o item "7" à alínea "e" do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, assim dispondo:

*Art. 28 (...)*

*§ 9º Não integram o salário de contribuição:*

*(...)*

*e) as importâncias.*

*(...)*

*7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (sem grifos no original)*

Da leitura deste dispositivo, verifica-se que a partir de 22/05/1998 os abonos expressamente desvinculados do salário, isto é, apenas quando uma lei que cria algum abono específico e o desvincule expressamente do salário é que realmente pode se considerar alterada a natureza jurídica da parcela em cheque.

O Regulamento da Previdência Social aprovado pelo Decreto 3.048/99, com a redação dada pelo Decreto nº 3.265/99 à alínea "j" do inciso V do § 9º do art. 214, explicita e ratifica esta interpretação ao reportar-se aos "abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei".

Destarte, como restou firmado pelo Egrégio TST, na decisão acima ventilada, e na regulamentação feita pelo art. 214, § 9º, inciso V, alínea "j", do Dec. 3.048/99, bem como em face da regra de interpretação restritiva prevista no art. 111, inciso II, do CTN, apenas Lei pode conceder isenção previdenciária a algum abono.

*Dec. 3.048/99 - Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:*

*§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:*

*V - as importâncias recebidas a título de*

*j) ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999)*

*Código Tributário Nacional - Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:*

*I - suspensão ou exclusão do crédito tributário;*

*II - outorga de isenção;*

*III - dispensa do cumprimento de obrigações tributárias acessórias.*

**Os abonos pagos por liberalidade do empregador não estão dentre as parcelas excluídas do salário-de-contribuição previdenciário definidas no § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, de modo que desde a edição da Lei nº 8.212/91 os abonos pagos pelo empregador aos seus empregados, seja por sua liberalidade ou por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho sofrem incidência de contribuições à seguridade social.**

**Desta forma, não prospera a argumentação da Recorrente acerca da não incidência da contribuição social previdenciária sobre os abonos especiais pagos.**

**(b) Da nulidade da NFLD por preterição aos direitos de defesa - a imprecisão e os erros de capitulação da infração e da multa**

A Recorrente argumenta:

*É suficiente confrontar o período de apuração abrangido pela NFLD, com as dezenas de capitulações das supostas "infrações", para constatar que vários dos dispositivos capitulados são inaplicáveis à impugnante, quer porque já se achavam revogados ou ainda não vigentes, no período excogitado, quer porque não apresentam qualquer pertinência com a sucinta descrição da suposta "infração" acusada.*

Analisemos.

Foi realizada auditoria-fiscal com o objetivo de efetuar a cobrança das diferenças apuradas pelas entre os valores declarados pela Recorrente em Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social — GFIP com os recolhimentos efetuados em Guias da Previdência Social – GPS, a partir de base de dados constantes nos sistemas de informação da Receita Federal do Brasil.

Desta forma, conforme o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, foi lavrada **Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD nº 35.566.705-3** 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 35.566.705-3)*

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;*

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente 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.**

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

- *A autorização por meio da emissão do 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*
- b. DAD- Discriminativo Analítico do Débito*
- c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito*
- d. RL - Relatório de Lançamentos*
- e. RDA - Relatório de Documentos Apresentados*
- f. FLD- Fundamentos Legais do Débito*
- g. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais*
- h. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos*
- i. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal*
- j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos*
- k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal*
- l. 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 a NFLD nº 35.566.705-3 e seus anexos, 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*

Desta forma, **o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade** por cerceamento por preterição aos direitos de defesa, pela imprecisão e os erros de capitulação da infração e da multa.

**(c) a omissão fiscal quanto a elementos essenciais à produção de defesa hábil – inexistência de Relatório Fiscal**

A Recorrente argumenta:

*Mas como se não bastasse, verifica-se ainda que inexiste um elemento básico, essencial e indispensável para a lavratura da NFLD em questão, qual seja: o "RELATÓRIO FISCAL". Logo, a defesa ora apresentada necessita de maiores dados para que a mesma não se torne totalmente cerceada, impossibilitando a impugnante de examinar, conferir e de contestar a realidade, a existência e a substância dos números em que se baseia a acusação fiscal.*

Analisemos.

De plano, cumpre informar que o Relatório Fiscal está disposto às fls. 17 a 18.

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente pois, de plano, cumpre informar que o Relatório Fiscal está disposto às fls. 17 a 18.**

Ademais, nota-se que o procedimento fiscal atendeu a todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por vício insanável e tampouco cerceamento de defesa.

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

- *A autorização por meio da emissão do 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*

*lavatura 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*
- b. DAD- Discriminativo Analítico do Débito*
- c. DSD - Discriminativo Sintético do Débito*
- d. RL - Relatório de Lançamentos*
- e. RDA - Relatório de Documentos Apresentados*
- f. FLD- Fundamentos Legais do Débito*
- g. REPLEG- - Relatório de Representantes Legais*
- h. VÍNCULOS - Relatório de Vínculos*
- i. MPF – Mandado de Procedimento Fiscal*
- j. TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos*
- k. TEAF - Termo de Encerramento da Ação Fiscal*
- l. 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.”*

**(d) a omissão fiscal quanto a elementos essenciais à produção de defesa hábil – falta definição dos fatos geradores**

**Nulidade da NFLD por falta de motivo e forma do ato administrativo.**

*A Recorrente argumenta:*

*O texto legal da Seguridade Social, em específico o artigo 243 do Decreto 3.048, é cristalino quando afirma que Notificação Fiscal de Lançamento deve possuir discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições devidas e dos períodos a que se referem.*

 20

*Pois bem, analisando-se a formação da NFLD "sub examem", tem-se que o mesmo não preenche os requisitos FORMA e MOTIVO. Não há no caso em tela, a presença dos requisitos supracitados, estando o ato administrativo praticado pelo Sr. Agente Fiscal eivado de máculas concebidas a partir da mó-intenção do Sr. Fiscal no uso incorreto de suas atribuições legais, na ausência desse requisito, a melhor doutrina e a lei determina o declaração da nulidade do ato administrativo, nesse caso, a NFLD.*

Analisemos.

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."*

Observa-se que **o Relatório de Lançamentos - RL, às fls. 07 a 08**, relaciona os lançamentos efetuados nos sistemas específicos para apuração dos valores devidos pelo sujeito passivo, com observações, quando necessárias sobre sua natureza ou fonte documental.

Acrescente-se que: **o Relatório DAD** – Discriminativo Analítico de Débito, às fls. 04 e 05, discrimina os valores originados das contribuições devidas pelo contribuinte, abatidos os valores já recolhidos e as deduções legais; enquanto que **o Relatório DSD** – Discriminativo Sintético de Débito, às fls. 06, apresenta os valores devidos em cada competência, referentes aos levantamentos indicados, agrupados por estabelecimento; **o Relatório RDA** – Relatório de Documentos Apresentados às fls. 09 a 13, relaciona, por estabelecimento e por competência, as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas, constituídas por recolhimentos, valores espontaneamente confessados pelo sujeito passivo e, quando for o caso, por valores que tenham sido objeto de notificação anteriores; e **o Relatório FLD** – Fundamentos Legais do Débito informa ao contribuinte os dispositivos legais que fundamentam o lançamento efetuado, de acordo com a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores.

Não obstante a argumentação da Recorrente, **não confiro razão à Recorrente pois o Relatório de Lançamentos – RL acrescido dos Relatórios DAD, DSD, RDA e FLD revestem o procedimento fiscal de todas as determinações legais atinentes à discriminação clara e precisa dos fatos geradores das contribuições devidas e dos períodos a que se referem.**



Ademais, também não confiro razão à Recorrente em relação à nulidade da NFLD por vício no motivo e na forma da NFLD, pois 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.

(e) Ofensa a princípios constitucionais

A Recorrente argumenta:

*Assim, em face das omissões na lavratura da NFLD e na especificação e no fornecimento à impugnante de "elementos da acusação", que eram essenciais à produção de defesa hábil, a ação fiscal ora impugnada se mostra ilegal e nula de pleno direito, por ter sido instaurada com preterição aos "direitos da defesa" e ao "princípio do contraditório" que a constituição e as leis vigentes asseguram a todo acusado em processo administrativo-fiscal (art. 5º, LIV, LV e LVI).*

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 CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

### **NO MÉRITO**

#### **(f) Auxílio-creche e cesta básica**

A Recorrente argumenta:

*A NFLD ora combatida procura tornar líquido e certo rubricas concernentes à auxílio-creche e cesta básica. A pretensão de registrar esses valores como devidos à Previdência Social constitui-se em verdadeiro absurdo. O § 9º, alíneas "c" e "s" do artigo 28 da lei 8.212/91 disciplina.*

*Ora o texto da lei é cristalino, o auxílio-creche e a cesta básica concedida ao trabalhador não integram o salário de contribuição, portanto, não incide contribuição previdenciária sobre essas parcelas. As importâncias pagas ao segurado empregado a título de auxílio creche e cestas básicas constituem-se em verbas de natureza indenizatória e não remuneratória.*

Analisemos.

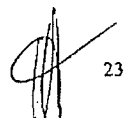
Outrossim, alega a Recorrente pela não incidência de contribuição social previdenciária nas rubricas auxílio-creche e cesta básica.

Certamente houve um erro material na defesa da Recorrente pois esta presente NFLD em nenhum momento aborda a questão de incidência de contribuição social previdenciária nas rubricas auxílio-creche e cesta básica.

Desta forma, pelos princípios da economia processual e da celeridade, não será debatido este tópico pois a presente NFLD em nenhum momento aborda essa questão.

#### **(g) Dos Acréscimos Legais – Juros – Taxa SELIC**

A Recorrente argumenta:



*A taxa Selic não possui definição prevista em lei e fere o princípio da estrita legalidade tributária, razão pela qual não pode ser aplicada como forma de atualização de débitos tributários.*

*Ora, o período objeto de cobrança estampado na NFLD abrange as competências relativas ao período de 10/03 a 12/03, 04/04 a 02/05 e 05/05. Tem-se de outro lado que a Taxa SELIC foi criada pela Lei N.º 8.981, de 20.01.1995. Acresça-se a este o fato de que o princípio constitucional concernente ao tema Seguridade Social, contido no artigo 195, § 6º da Carta Magna, determina que lei que institua ou modifique as contribuições sociais só podem ser cobradas noventa (90) dias após sua promulgação, pode concluir-se que ainda que a SELIC fosse de regular validade no mundo jurídico para aplicação de consectários legais sobre tributos, sua aplicação só poderia incidir sobre as obrigações previdenciárias nascidas a partir da competência 04/1995. No entanto, pode verificar-se que a SELIC, de forma ilegal e inconstitucional, está sendo cobrada sobre todo o período do lançamento fiscal.*

*A confecção do índice mensal da Taxa SELIC é atribuição que foi delegada ao Banco Central, todavia, cabe ressaltar que o Banco Central tem competência financeira, mas não tem competência tributária.*

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.

### **DA 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)

 25

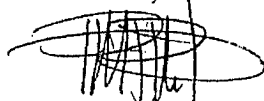
e da multa de ofício (com base no art. 35-A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

**CONCLUSÃO**

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, **NÃO ACOLHER AS PRELIMINARES SUSCITADAS**, e, **NO MÉRITO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO**, 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.

É como voto.

Sala das Sessões, em 20 de outubro de 2010



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO - Relator



**MINISTÉRIO DA FAZENDA**  
**-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS**  
**QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO**

Processo nº: 18186.001202/2007-98  
Recurso nº: 156.251

**TERMO DE INTIMAÇÃO**

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2403-00.222

Brasília, 06 de Dezembro de 2010

  
MARIA MADALENA SILVA  
Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

- Apenas com Ciência
- Com Recurso Especial
- Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional