



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

Processo n° 11065.101425/2008-62
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-003.484 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2014
Matéria PEDIDO DE RESTITUIÇÃO, ALIMENTAÇÃO IN NATURA
Recorrente POSTO BOM JARDIM COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/07/2006

CUSTEIO - PEDIDO DE RESTITUIÇÃO - VALE REFEIÇÃO - CESTAS BÁSICAS - ATO DECLARATÓRIO 03/2011 - PGFN

Acredito que o pedido ora sob enfoque, enquadra-se na exclusão prevista no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 03/2011, posto que a alimentação mencionada no dito Parecer se coaduna com a fornecida “in natura”, ou seja, sob a forma de utilidades.

Assim, se o entendimento do referido parecer determina a improcedência dos AI lavrados sob as mesma rubrica, deve-se, por conseguinte, determinar a procedência do pedido de restituição sobre a mesma base.

PRESCRIÇÃO - PEDIDO POSTERIOR A LC 118/2005 - 5 ANOS DO PAGAMENTO INDEVIDO

Até o advento da LC 118/2005, a prescrição aplicável seria 5 + 5, e para os pedidos realizados após a edição da referida lei, dever-se-á aplicar a regra contida no art. 3 da referida lei, tendo em vista que decisão do próprio STF no RE 566621.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) considerar prescritos os pedidos de restituição referentes a pagamentos efetuados até 27/11/2003; e II) no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reconhecer o direito à restituição dos valores não prescritos. Ausente justificadamente a conselheira Carolina Wanderley Landim.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de pedido de restituição relativo às competências 07/2003 a 07/2006, por entender o recorrente indevidos os recolhimentos efetuados sobre “verba de cesta básica”.

Conforme consta do pedido, argumenta a Requerente que os valores foram recolhidos indevidamente, em razão do dissídio coletivo da categoria estabelecer, no parágrafo terceiro da cláusula 12ª, que o fornecimento de cesta básica, por quaisquer das formas referidas no dissídio, não terão natureza salarial.

O referido pedido foi objeto de Despacho Decisório DRF/NHO/SEORT, que indeferiu a pretensão da empresa, com fundamento no artigo 28, inciso I, parágrafo 9º, alínea “c”, da Lei nº 8.212/91, segundo o qual não integra o salário de contribuição do empregado, exclusivamente, a parcela in natura recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O Despacho Decisório também refere que as convenções particulares relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos não podem ser opostas à Fazenda Pública, nos termos do artigo 123 do Código Tributário Nacional – CTN.

Importante, destacar que o pedido em questão foi formulado em 28 /11/2008, referente as competências 07/2003 a 07/2006.

Não conformado com o indeferimento a empresa apresentou manifestação de inconformidade, onde alega que a cesta básica não é fornecida em espécie e que a inclusão do seu valor no demonstrativo de pagamento (contra cheque) ocorreu para simples demonstração aos “funcionários”. Afirma que as notas fiscais de compra dos produtos das cestas básicas, em anexo, comprovam que não há pagamento em espécie.

Foi exarada decisão determinando a improcedência da manifestação de inconformidade, fl. 338 a 340, destacando que a Lei nº 8.212/91 condiciona esta isenção não somente ao fornecimento da alimentação “in natura”, mas também que esta parcela seja recebida pelo empregado de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. Nesse contexto importa observar que a manifestação de inconformidade silencia quanto à adesão/inscrição da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador –PAT, condição essencial para que a parcela in natura recebida pelo empregado deixe de integrar o conceito de remuneração. Vejamos a ementa da decisão proferida:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/07/2003 a 31/07/2006 SALÁRIO
DE CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO IN NATURA. CESTA
BÁSICA. INSCRIÇÃO NO PAT.*

*A parcela “in natura” recebida sem que a empresa tenha
efetivado sua adesão ao Programa de Alimentação do
Trabalhador - PAT integra o salário-de-contribuição.*

RESTITUIÇÃO. INDEFERIMENTO.

Compete à autoridade administrativa julgadora de primeira instância indeferir a solicitação formulada na manifestação de inconformidade do requerente, quando não demonstrada de forma inquestionável a existência do direito creditório pleiteado.

Manifestação de Inconformidade Improcedente

Direito Creditório Não Reconhecido

1. Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela requerente, conforme fls. 344 e 345, onde argumenta o recorrente que não apenas fornecia a alimentação in natura (cestas básicas), conforme notas fiscais, como também encontrava-se devidamente inscrita no PAT. O engano ocorreu quando a empresa incluiu indevidamente na FOPAG o valor das cestas básicas fornecidas.

A DRFB encaminhou o processo para julgamento no âmbito do CARF.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 342. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DO MÉRITO

QUANTO AOS SALÁRIOS INDIRETO

Quanto a procedência do pedido de restituição, temos que ter em mente o cumprimento por parte do recorrente dos requisitos para que o fornecimento de alimentação esteja excluído do conceito de salário de contribuição.

Para tanto, convém identificar não apenas o conceito do salário de contribuição, bem como a possibilidade de exclusão da verba ora objeto do pedido da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

DA DEFINIÇÃO DE SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)- grifo nosso.

A legislação previdenciária é clara quando destaca, em seu art. 28, §9º, quais as verbas que não integram o salário de contribuição. Tais parcelas não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial.

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

c) a parcela "in natura" recebida de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e da

Previdência Social, nos termos da Lei nº 6.321, de 14 de abril de 1976;

Assim, entendeu a autoridade julgadora pelo indeferimento do pedido, primeiro por ter sido o mesmo pago em espécie, e quando da apreciação da manifestação de inconformidade, pelo fato de mesmo se comprovado o pagamento “in natura”, não demonstrou a empresa cumpridora dos requisitos do PAT, já que não apresentou o respectivo termo de adesão.

Contudo, entendo que assiste razão ao recorrente quanto a serem indevidos os recolhimentos por ele realizados sobre a verba “cestas básicas”.

As notas fiscais acostadas aos autos demonstram que o fornecimento em questão foi feito na forma de fornecimento de alimentos (ou seja, “in natura”), o que afasta o argumento quanto ao indeferimento por arte da DRFB.

Já quanto ao julgamento da manifestação de inconformidade, procedeu àquela autoridade ao julgamento, considerando que o recorrente não promova a adesão ao PAT.

Embora, deva o recorrente, quando do indeferimento de seus pedidos, fundamentar o processo com todos os elementos de provas, capazes de atestar a pertinência de suas alegações, entendo que o foco do recorrente, quando da impugnação, foi a comprovação de que tratava-se de fornecimento “in natura”. Note-se que a unidade da DRFB não pautou o indeferimento da inexistência de adesão. Tal fato, foi trazido pelo julgador, ao superar a questão quanto ao tipo de alimentação fornecida. Não houve diligência para solicitar ao recorrente o cumprimento da inscrição, tendo o julgador baseado o indeferimento com as informações constantes nos autos e na manifestação de inconformidade.

Não errou aquela autoridade em destacar que as convenções coletivas são incapazes de afastar a natureza salarial de uma verba, se a legislação previdência não a exclui da base de cálculo.

Contudo, outro ambas as fundamentações para o indeferimento do pedido, restam superadas agora na esfera recursal, considerando não apenas os documentos pertinentes a entrega de alimentos (na forma de cestas), como a cópia do termo de adesão.

Todavia, ainda temos que nos debruçar sobre outro fato, para determinar a procedência da restituição.

Quando do fornecimento da alimentação, já se encontrava a empresa inscrita no PAT (competências 07/2003 a 07/2006)? Acredito que a resposta seja NÃO. Podemos identificar no documento à fl. 346 que a inscrição ocorreu em 08/05/2008, ou seja, antes do pedido de restituição, mas em período posterior ao suposto recolhimento indevido.

Entendo que dito fato importaria o indeferimento do pedido de restituição, não fosse os recentes entendimentos jurisprudenciais.

Acredito que o pedido ora sob enfoque, enquadra-se na exclusão prevista no Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117/2011 da Procuradoria da Fazenda Nacional, aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda que ensejou a publicação do Ato Declaratório 03/2011, posto que a alimentação mencionada no dito Parecer se coaduna com a fornecida “in natura”, ou seja, sob a forma de utilidades. Transcrevo abaixo, o referido parecer para esclarecimentos da sua aplicabilidade.

ATO DECLARATÓRIO Nº 03 /2011

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso

II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 24.11.2011, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistam outro fundamento relevante: nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária.

JURISPRUDÊNCIA: Resp nº 1.119.787-SP (DJe 13/05/2010), Resp nº 922.781/RS (DJe 18/11/2008), EREsp nº 476.194/PR (DJ 01.08.2005), Resp nº 719.714/PR (DJ 24/04/2006), Resp nº 333.001/RS (DJ 17/11/2008), Resp nº 977.238/RS (DJ 29/11/2007).

Brasília, 20 de dezembro de 2011.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO

Procuradora-Geral da Fazenda Nacional

Neste ponto, entenda que se em relação as NFLD e AI de obrigações principais, o referido ato declaratório enseja o entendimento de improcedência dos lançamentos, o mesmo entendimento deva ser dado ao pedido de restituição, indeferido exclusivamente pela não inscrição da empresa no PAT, mas onde encontra-se provado o fornecimento “in natura”.

Assim, entendo deva ser deferido o direito do contribuinte a restituição dos valores recolhidos face o fornecimento de cestas básicas.

DA PRESCRIÇÃO

Embora o assunto prescrição constitua matéria preliminar ao mérito, deixei para manifestar-me apenas com a constatação de procedência do pedido de restituição.

Contudo, para efeitos de determinar a prescrição do direito a restituir-se ou compensar contribuições tidas por indevidas devemos considerar em que momento ocorreu o pedido de restituição de acordo com o entendimento descrito no art. 3 da LC n.118/2005.

Art. 3º Para efeito de interpretação do inciso I do art. 168 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 – Código Tributário Nacional, a extinção do crédito tributário ocorre, no caso de tributo sujeito a lançamento por homologação, no momento do pagamento antecipado de que trata o § 1º do art. 150 da referida Lei.

Assim, até o advento da LC 118/2005, a prescrição aplicável seria 5 + 5, e para os pedidos realizados após a edição da referida lei, dever-se-á aplicar a regra contida no art. 3 da referida lei, tendo em vista que decisão do próprio STF no RE 566621, manteve o entendimento que entendeu ser de 10 anos o prazo para pleitear a restituição, cuidando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação. Não caberia assim, aplicação retroativa do art. 3 da LC 118/2005.

A modificação do texto do Código Tributário Nacional, introduzida pela LC 118/2005 ocorreu no caso do inciso I do art. 168 que trata do direito de pleitear a restituição do

tributo pago indevidamente. Com a referida alteração consubstanciada no art. 3º da LC 118/2005, o momento de extinção do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (quando iniciava a contagem da prescrição), não será mais aquele determinado pelo artigo 150, § 4º, (cinco anos após o fato gerador), mas sim o momento em que foi efetuado o pagamento do tributo considerado indevido (o que aprecia-se mês a mês).

Com esta nova regra o prazo para reclamar a restituição do pagamento indevido de tributo diminuiu de dez (tese dos 5 + 5) para cinco anos, a partir da vigência da LC 118/2005. O ponto relevante da questão, apreciado tanto pelo STJ quanto pelo STF, é, portanto, o início da vigência da alteração promovida pela LC.

Assim, o STF firmou entendimento beneficiando os contribuintes que ajuizaram ações, ou pleitearam restituições, ou efetivaram compensações antes de 09/06/2005 (data da entrada em vigor da lei complementar), com a permanência do entendimento do conhecido 5 + 5 e, para quem ajuizou ações, ou realizou pedidos a partir de 09/06/2005, o direito retroagem apenas 5 anos da data do pagamento indevido.

Como o contribuinte realizou o pedido de restituição em 28/11/2008, essa deverá ser a data para determinar a tese adotada para compensação, ou seja, 5 anos do pagamento indevido. Isto posto, encontra-se prescrito direito do recorrente para os os pedidos de restituição referentes a pagamentos efetuados até 27/11/2003.

Face o exposto e tudo mais que consta dos autos.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso, e no mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL para determinar a procedência da restituição considerando, no entanto, encontrar-se prescrito o direito do recorrente para os pedidos de restituição referentes a pagamentos efetuados até 27/11/2003.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.