



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

Processo n° 19311.000137/2010-69
Recurso n° 999.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-002.999 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria GFIP - Multa
Recorrente CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA CONSERVAÇÃO E
MANUTENÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

LEGITIMIDADE PASSIVA. TOMADOR DE SERVIÇOS DE COOPERATIVA DE TRABALHO.

Presente a legitimidade passiva do contribuinte haja vista o fato de que a Lei nº 8.212/91 prevê, no artigo 22, inciso IV a contribuição a cargo da empresa que toma serviços de cooperativas de trabalho.

ALIMENTAÇÃO IN NATURA. CESTA BÁSICA.

Não há a obrigação da empresa de informar em GFIP o fornecimento de cesta básica, eis que não se traduz em remuneração, ainda que a empresa não esteja incluída no PAT. Ato Declaratório nº 03/2011, publicado no D.O.U em 22/12/2011 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

NÃO ENTREGA DE GFIP. INFRAÇÃO. DOLO.

A constituição da infração de não entregar a GFIP independe da vontade do sujeito passivo.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Em princípio, havendo beneficiamento da situação do contribuinte, deverá incidir na espécie a retroatividade prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada no presente AI calculada nos termos do artigo 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para aplicar ao cálculo da multa o art. 32-A, da Lei 8.212/91, caso este seja mais benéfico à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzindo-se as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, e que se utilize esse valor, caso seja mais benéfico à Recorrente; II) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento ao recurso, na questão do fornecimento de cestas básicas, nos termos do voto do Relator; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes

Relatório

Trata-se de Auto de Infração nº 37.170.432-4, o qual exige multa do sujeito passivo por ter omitido, durante nas competências de 04/2007 e 10/2007, na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informação a Previdência Social – GFIP, o seguinte: i) 39 segurados empregados em 04/2007; ii) ainda em relação a essa competência omitiu os fatos geradores das contribuições previdenciárias incidentes sobre o fornecimento de cesta básica; e (iii) os valores pagos a título de contraprestação de serviços prestados pelos terceirizados-cooperado na competência de 10/2007.

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 59 a 60): “O contribuinte apresentou Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social-GFIP das competências de 04/2007 e 10/2007 com incorreções ou omissões. Na GFIP da competência 04/2007 foram omitidos 39 segurados empregados, ainda na competência 04/2007 foi omitido valor da cesta básica fornecida aos segurados da previdência social não estando inscrito no PAT e na GFIP competência 10/2007 deixou de informar contribuição de 15% devida pela empresa contratante de serviços de cooperados intermediados por cooperativa de trabalho. Estes fatos estão discriminados no anexo I deste Auto de Infração e faz parte deste Relatório.”

Em relação à aplicação da multa, a D. fiscalização relata que: “Considerando que a multa pela legislação atual, MP nº 449/2008, Lei nº 11.941/09, é mais benéfica aplicamos a multa prevista na Lei nº 8.212/1991, art. 32-A, “caput”, inciso II e 3º, incluídos pela MP nº 449, de 03/12/2008, convertida na Lei nº 11.941, de 27/05/2009, no valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Diante dessa autuação, o sujeito passivo, regularmente intimado, apresentou impugnação alegando, em síntese: i) a ilegitimidade para ocupar o polo passivo da cobrança do tributo previdenciário objeto da autuação ora impugnada; ii) a impossibilidade da incidência das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos aos seus empregados a título de cesta básica; e iii) a ausência de dolo na falta da declaração do fato gerador da contribuição em comento, por se tratar de simples erro, não passível de multa.

A 8ª Turma de Julgamento da DRJ em Campinas julgou a impugnação improcedente, mantendo, assim, o crédito tributário.

Inconformado com a decisão, o Recorrente apresentou recurso voluntário, reiterando basicamente os mesmos argumentos expedidos na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso é tempestivo e todos os requisitos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice para seu conhecimento.

Preliminar - legitimidade passiva

Sustenta a recorrente que não é parte legítima em relação ao recolhimento da contribuição previdenciária na relação jurídica de prestação de serviços existente entre si e a cooperativa de trabalhadores Cooper-Cill Cooperativa de Trabalhador em Administração de Empresas.

O argumento não se sustenta haja vista o fato de que a Lei nº 8.212/91 prevê, no artigo 22, inciso IV a contribuição a cargo da empresa que toma serviços de cooperativas de trabalho, in verbis:

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

IV - quinze por cento sobre o valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, relativamente a serviços que lhe são prestados por cooperados por intermédio de cooperativas de trabalho”

Logo, o sujeito passivo, ao não incluir em GFIP os valores devidos no tocante à relação jurídica instaurada, incorreu na infração objeto do lançamento.

Cesta básica

Segundo o Relatório Fiscal, o sujeito passivo deixou declarar em GFIP o fornecimento de cesta básica a segurados empregados na competência de 04/2007.

Diante desse cenário, coloca-se, então, a questão de saber se o fornecimento de cesta básica integra ou não base de cálculo das contribuições previdenciárias, a ponto de ensejar o lançamento do crédito tributário ora questionado.

Adotando essa linha de raciocínio, registro inicialmente que, no caso da alimentação fornecida pelo empregador, entendo que esta é fornecida não “pelo” trabalho, mas “para” o trabalho, isto é, o empregado tem o direito à alimentação não em decorrência direta da prestação de serviços, mas para sua própria condição de saúde, subsistência e dignidade humanas, valores esses protegidos pela Constituição Federal.

A questão relativa à inscrição ou não da empresa no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT já foi superada pela jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que por meio de suas duas Turmas de Direito Público e também pela 1ª Seção de Direito Público, fixou entendimento de que a alimentação fornecida pelo empregador não está sujeita à contribuição previdenciária, seja esse inscrito ou não no PAT. Vejamos:

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. HABITUALIDADE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA.

1. Conforme assentado na jurisprudência desta Corte, não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga a título de participação nos lucros e resultados das empresas, desde que realizadas na forma da lei (art. 28, § 9º, alínea "j", da Lei n.8.212/91, à luz do art. 7º, XI, da CR/88). Precedentes.

2. Descabe, nesta instância, revolver o conjunto fático-probatório dos autos para confrontar a premissa fática estabelecida pela Corte de origem. É caso, pois, de invocar as razões da Súmula n. 7 desta Corte.

3. O STJ também pacificou seu entendimento em relação ao auxílio-alimentação, que, pago in natura, não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. Ao revés, pago habitualmente e em pecúnia, há a incidência da referida exação. Precedentes.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido”.

(REsp 1196748/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2010, DJe 28/09/2010)

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. FGTS. ALIMENTAÇÃO IN NATURA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. O pagamento do auxílio-alimentação in natura, ou seja, quando a alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, razão pela qual não integra as contribuições para o FGTS.

Precedentes: REsp 827.832/RS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/11/2007, DJ 10/12/2007 p. 298; AgRg no REsp 685.409/PR, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/06/2006, DJ 24/08/2006 p. 102; REsp 719.714/PR, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 24/04/2006 p. 367; REsp 659.859/MG, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/03/2006, DJ 27/03/2006 p.171.

2. Ad argumentandum tantum, esta Corte adota o posicionamento no sentido de que a referida contribuição, in casu, não incide, esteja, ou não, o empregador, inscrito no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT.

3. Agravo Regimental desprovido.”

(AgRg no REsp 1119787/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/06/2010, DJe 29/06/2010)

“TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO.

1. O pagamento in natura do auxílio-alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial, esteja o empregador inscrito ou não no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT ou decorra o pagamento de acordo ou convenção coletiva de trabalho.

2. Ao revés, quando o auxílio alimentação é pago em dinheiro ou seu valor creditado em conta-corrente, em caráter habitual e remuneratório, integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

3. Precedentes da Seção.

4. Embargos de divergência providos.”

(EResp 476.194/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2005, DJ 01/08/2005, p. 307)

Como se vê, assim como ocorre no caso paradigma também se verifica na hipótese dos autos, já que o lançamento da contribuição previdenciária fora realizado com base no fornecimento de auxílio-alimentação *in natura*, ou seja, entrega de cesta básica.

Nesse diapasão, não se pode olvidar que a Portaria nº 256, de 22 de junho de 2009, a qual instituiu o Regimento Interno desse Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, foi alterado pela Portaria nº 586, de 21 de dezembro de 2010, que incluiu o artigo 62-A, segundo o qual devem ser observados nos julgamentos desse Conselho as decisões definitivas de mérito do Pretório Excelso, proferidas na sistemática da repercussão geral, bem como as do C. Superior Tribunal de Justiça, na forma de recurso repetitivo.

O que se extrai dessas alterações é que esse Conselho valha-se, em suas decisões, daquelas já tomadas pelo Poder Judiciário e que consolidaram seu entendimento final

sobre a matéria, pois no sistema jurídico brasileiro esse é o único órgão competente para “dizer o direito” com foros de definitividade. É certo que, até o presente momento, o E. Superior Tribunal de Justiça ou o Supremo Tribunal Federal não julgaram a questão ora posta em julgamento na forma de recurso repetitivo ou repercussão geral. Não obstante, o que se extrai da jurisprudência pacificada é que, em relação à alimentação a ausência de inscrição no PAT e mesmo o pagamento em pecúnia não lhe retiram o caráter indenizatório.

É medida, pois, que se impõe reconhecer que essa temática já está superada no âmbito do Poder Judiciário, cabendo-nos, pelos princípios que regem a administração pública, tais como legalidade, moralidade e eficiência (artigo 37 caput da Constituição Federal) aplicá-la.

Ainda, não se pode deixar de mencionar que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN emitiu o Ato Declaratório nº 03/2011, publicado no D.O.U em 22/12/2011, autorizando a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistia 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*”,

Diante do citado Ato, e considerando que o Decreto 70.235/72 estabelece que o disposto no caput do art. 26A não se aplica aos casos de lei ou ato normativo que fundamente crédito tributário objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, e que a Lei 10.522/2002, citada no art. 26A, determina que os créditos tributários já constituídos relativos à matéria de que trata o seu artigo 19 devem ser revistos de ofício pela autoridade lançadora, entendo que devam ser excluídos do débito, por provimento, a contribuição lançada incidente sobre o fornecimento de alimentação *in natura*, por não integrar o salário de contribuição, independente de a empresa ter ou não efetuado adesão ao PAT.

Dolo

Sustenta a recorrente que não teria agido com dolo em razão da ausência de declaração. Ocorre que a infração tributária ocorre independentemente da culpabilidade do agente, isto é, basta a ação ou omissão vedada pela norma para que seja aplicada a penalidade prevista.

Logo, não merece prosperar esse argumento.

Multa

É certo que o artigo da multa ora aplicada foi, no curso desse processo, alterado pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, cabendo, portanto, analisar a viabilidade ou não da aplicação do que dispõe a alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional.

Segundo as novas disposições legais, a multa prevista no artigo 32, § 6º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, qual seja, aquela aplicada em razão de erro no preenchimento nos dados não relacionados aos fatos geradores, a qual culminava com determinado valor por campo inexato, omissos ou incompletos, passou a ser prevista no artigo 32-A, cujo inciso I, limita o valor a R\$20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas.

Incabível a multa prevista no artigo 35-A da Lei 8.212/91, uma vez que este dispositivo, ao fazer referência ao artigo 44 da Lei 9.430/61, restringe sua aplicação ao

lançamento de créditos relativos às contribuições previdenciárias e não o descumprimento de obrigação acessória.

Tanto isso é verdade que o novel artigo 35-A faz menção “às contribuições referidas no art. 35 desta Lei”. Seguindo essa linha vemos que o artigo 35, ao tratar das contribuições faz nova remissão, agora às alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11 da Lei 8.212/91, o qual dispõe que constituem contribuições sociais as das empresas, as dos empregadores domésticos e as dos trabalhadores. Não há, portanto, permissão para que a multa do artigo 35-A seja lançada em decorrência do descumprimento de dever instrumental.

A meu ver, em princípio, havendo beneficiamento da situação do contribuinte, deverá incidir na espécie a retroatividade prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada no presente AI calculada nos termos do artigo 32-A, inciso I, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Pelo exposto, voto no sentido de **CONHECER O RECURSO e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para excluir do lançamento a rubrica relativa ao fornecimento da cesta básica, bem como determinar a aplicação da multa nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, se mais benéfica ao contribuinte.

Adriano Gonzales Silvério - Relator