



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

Processo nº 19311.000143/2010-16
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.004 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2012
Matéria SALÁRIO INDIRETO
Recorrente CONSÓRCIO INTERMUNICIPAL PARA CONSERVAÇÃO E
MANUTENÇÃO DAS VIAS PÚBLICAS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

RECURSO VOLUNTÁRIO. CONHECIMENTO

Não se conhece de matéria veiculada em recurso voluntário que não foi objeto de lançamento e, portanto, de litígio processual.

AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO *IN NATURA* - NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA

Não há incidência de contribuição previdenciária sobre os valores de alimentação fornecidos *in natura*, conforme entendimento contido no Ato Declaratório nº 03/2011 da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Havendo, em princípio, beneficiamento da situação do contribuinte, incidirá 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 na presente autuação ser calculada nos termos do artigo 35 caput 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 unanimidade de votos: a) em conhecer parcialmente do recurso, nos termos do voto do Relator; b) na parte conhecida, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir os valores referentes à cesta básica, nos termos do voto do Relator; c) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se

mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada.

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 37.170.442-1 lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, em relação às seguintes rubricas: i) salários-de-contribuição apurados de folhas de pagamento, competências de 02/2007 e 03/2007 e não estão informadas em Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP; ii) fornecimento de Cesta Básica, competências de 01/2007, 02/2007, 03/2007 e 05/2007.

Ressalta que os valores foram apurados mediante a técnica da aferição indireta, haja vista que, apesar de regularmente intimado, o sujeito passivo deixou de apresentar relação de segurados que receberam cesta básica.

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 há de ser conhecido em parte. Explico.

Da análise do Auto de Infração constata-se claramente que a sua lavratura se deu em razão do sujeito passivo não ter recolhido as contribuições previdenciárias em sua totalidade, bem como sobre o fornecimento de cestas básicas aos segurados empregados nas competências entre 01/2007 a 05/2007.

Insurgindo-se contra a lavratura do referido auto de infração, o Recorrente apresentou impugnação na qual alegou a ilegitimidade para ocupar o polo passivo da cobrança do tributo previdenciário objeto da autuação ora impugnada.

Com efeito, cotejando o objeto do Auto de Infração e a matéria de defesa articulada na impugnação e, posteriormente, reprisada em sede de recurso voluntário, é possível perceber que há descompasso entre a acusação do fisco e defesa apresentada.

Assim, não conheço do recurso nessa parte, ante a ausência de instauração de litígio.

Mérito

Segundo o Relatório Fiscal, o sujeito passivo deixou de recolher diferenças de contribuição dos segurados empregados nas competências de 02/2007 e 03/2007, bem como os valores referentes ao fornecimento de cesta básica.

Em relação ao levantamento referente às diferenças de contribuição dos segurados empregados, verifico que não houve contestação (lato sensu) por parte do sujeito passivo nessa temática, razão pela qual se tornou fato incontroverso nesses autos, devendo ser mantidas no lançamento.

No que à cesta básica, 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, dentro do contexto do âmbito judicial, 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.

Multa

Em relação à multa há de se registrar que o dispositivo legal aplicado foi alterado pela Lei 11.941, de 27 de maio de 2009, merecendo verificar a questão relativa à

retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

Segundo as novas disposições legais, a multa de mora que antes respeitava a gradação prevista na redação original do artigo 35, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passou a ser prevista no caput desse mesmo artigo, mas agora limitada a 20% (vinte por cento), uma vez que submetida às disposições do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Incabível a comparação da multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, já que este dispositivo veicula multa de ofício, a qual não existia na legislação previdenciária à época do lançamento e, de acordo com o artigo 106 do Código Tributário Nacional deve ser verificado o fato punido.

Ora se o fato “atraso” aqui apurado era punido com multa moratória, conseqüentemente, com a alteração da ordem jurídica, só pode lhe ser aplicada a novel multa moratória, prevista no caput do artigo 35 acima citado.

Havendo beneficiamento da situação do contribuinte, incidirá 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 na presente autuação calculada nos termos do artigo 35 caput 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.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER EM PARTE** o recurso voluntário e, na parte conhecida, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para excluir do lançamento os valores relativos ao fornecimento de cestas básicas, bem como aplicar, se mais benéfica ao contribuinte, a multa do artigo 35 caput 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.

Adriano Gonzales Silvério - Relator