



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

Processo nº 37361.001420/2005-37
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2302-001.795 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2012
Matéria CONSTRUÇÃO CIVIL. AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrente ESSEGE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/10/2005

Ementa: AFERIÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO CIVIL. CUSTO UNITÁRIO BÁSICO. ÔNUS DA PROVA.

Em ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode lançar de ofício a importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

O montante dos salários pagos pela execução de obra pode ser aferido indiretamente mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, com valores do Custo Unitário Básico - CUB.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO IN NATURA. NÃO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA LEI Nº 10.522, DE 19 DE JULHO DE 2002, E DO DECRETO Nº 2.346, DE 10 DE OUTUBRO DE 1997. PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL AUTORIZADA A NÃO CONTESTAR, A NÃO INTERPOR RECURSOS E A DESISTIR DOS JÁ INTERPOSTOS

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.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.

Deve ser excluída a parcela referente a alimentação fornecida in natura.

Documento assinado digitalmente por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, em 20/06/2012, às 14:08:29.

Autenticado digitalmente em 20/06/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 20/

06/2012 por MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Assinado digitalmente em 27/06/2012 por MARCO ANDRE RAMOS V

IEIRA

Impresso em 20/08/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA - Presidente.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

Error! Reference source not found. - Redator designado.

EDITADO EM: 20/06/2012

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA (Presidente), ARLINDO DA COSTA E SILVA, LIEGE LACROIX THOMASI, ADRIANA SATO, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR.

Relatório

Peço vênha para colacionar ao presente relatório disposto no Acórdão 2301-00.228 [fls. 922/928]:

Trata-se de crédito previdenciário lançado, referente às contribuições sociais devidas à Seguridade Social pela empresa, às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais de trabalho - GILRAT e as destinadas a outras Entidades e Fundos - Terceiros.

Os fatos geradores estão identificados no Relatório Fiscal (fls. 140/153) e no relatório Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 04/60):

- a) remuneração paga/creditada a contribuintes individuais - levantamentos AU1 e AU2, este declarado em GFIP;*
- b) diferenças no recolhimento do SAT sobre a remuneração dos segurados empregados constantes em sua Folha de Pagamento, visto que a empresa recolheu sobre o percentual de 2% quando o correto seria 3% - levantamento SAT;*
- c) salário **in natura** - alimentação, fomecida a empregados, sendo a empresa não inscrita no PAT ~ Programa de Alimentação ao Trabalhador-levantamentos IN1 e IN2;*
- d) diferenças no recolhimento de Terceiros, sobre a remuneração dos segurados empregados constantes em sua Folha de Pagamento, devido à compensação efetuada indevidamente nesta rubrica - levantamento TER;*

e) valores apurados por aferição indireta com base na área construída e no enquadramento de obras de sua responsabilidade, de acordo com o CUB/SINDUSCON, conforme os ARO - Aviso para Regularização de Obra anexados às fls. 154/183 - levantamentos 676,574,670,979,376,470 e 575 ;

f) retenção de 11% sobre serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, da prestadora Tânia L. Silva - 01 a 05 e 12/2001 -levantamento RET;

g) aferição de 40% sobre Notas Fiscais de Serviço decorrente de responsabilidade solidária com empresa prestadora Rock Pintura Ltda., em 11/1997 -levantamento RES.

Foi juntado o Relatório do Auto de Infração 35.802.282-7, lavrado contra a empresa (fls. 192/209), decorrente da constatação de que apresentou sua contabilidade com informações diversas da realidade, não registrou o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, com omissão de informações verdadeiras - CFL 38.

Regularmente intimada, a empresa apresentou impugnação tempestiva ao lançamento (fls. 210/256), alegando em síntese:

decadência de parte do lançamento;

a contabilidade apresentada utiliza-se de contas apropriadas e atende aos princípios fundamentais; que merece ser considerada para a apuração da mão de obra utilizada nas obras de construção civil, pois reflete a realidade econômico-financeira da Recorrente;

que a conversão em área regularizada da remuneração correspondente às contribuições vinculadas às obras não observou a legislação vigente na competência do fato gerador; que deveria ser aplicada a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 161/1997, cujos cálculos seriam divergentes, conforme planilhas apresentadas;

que a Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato dos Trabalhadores na Construção Civil em Balneário Camboriú e Região estabelece que o valor da cesta básica não se incorporará ao salário para fins de recolhimento de encargos sociais; que eram fornecidos os alimentos in natura, o que prescinde de inscrição no PAT;

que reconhece os pagamentos efetuados aos profissionais liberais autônomos e suas correspondentes contribuições previdenciárias, porém os relativos ao período de 05/1996 a 08/2000 estão abrangidos pela decadência; solicita o desmembramento do débito relativo ao período de 09/2000 a 08/2004, para efetuar parcelamento, conforme o pedido já assinado e protocolado na UARP;

que a empresa sempre recolheu o SAT adequadamente nos percentuais de 3% para as obras e de 2% para o setor

administrativo; pois a alíquota do SAT deve ser aplicada por estabelecimento - CNPJ e matrículas CEI;

que a compensação autorizada judicialmente foi efetuada de acordo com a sentença, ou seja, com as contribuições previdenciárias de mesma espécie incidentes sobre a folha de salário, que envolve a quota patronal, SAT e Terceiros;

que o auditor deveria verificar se a Empreiteira de Mão de Obra Rock Pintura Ltda. recolheu as contribuições previdenciárias antes de notificar a impugnante por responsabilidade solidária;

que as Notas Fiscais de Serviço relativas a empreiteira de mão de obra Tânia Kleinschmidt da Silva foram pagas integralmente sem a retenção de 11%; que a própria empreiteira recolheu os valores devidos no código de GPS 2631, conforme se poderá consultar no conta corrente daquela empresa no sistema do INSS;

que não houve a observância da legislação da época do fato gerador, pois a multa aplicada até 11/1999 era de 12%; que não foi aplicada a redução de 50% da multa para as contribuições declaradas em GFIP ou dispensadas da declaração;

Requer a declaração da decadência, a revisão dos cálculos, o desmembramento dos débitos relativos a contribuinte individual do período de 09/2000 a 08/2004, bem como anular ou modificar o lançamento impugnado.

Os autos foram' baixados em diligência (fls. 439/440) para que o auditor notificante se manifestasse quanto ao alegado pela empresa sobre as incorreções nas áreas de cálculo consideradas, quanto ao período de duração das obras com relação aos fatos que justificam a aferição indireta, quanto ao término da obra Atol das Rocas, bem como identificasse cada fato gerador constante do relatório DAD.

O auditor manifestou-se (fl. 442), informando que os novos Laudos Técnicos são divergentes dos apresentados durante a auditoria fiscal, solicitando que a revisão pleiteada fosse primeiramente analisada por profissional da área de engenharia da SRP.

Os autos foram encaminhados à auditora fiscal com formação na área da engenharia civil (fls. 444/450), que analisou toda a documentação apresentada pela empresa e concluiu sobre as áreas que devem ser consideradas para cálculo em cada uma das obras de construção civil impugnadas, detalhando as divergências verificadas.

O auditor fiscal refez os cálculos com a emissão de novos ARO (fls. 451/467) e informa a alteração que deve ser promovida nas bases de cálculo dos levantamentos (fls.483/485). Confirma a conclusão da obra Atol das Rocas em 11/97 com as explicações pertinentes.

Foi dada ciência à empresa que, dentro do novo prazo, apresentou manifestação às fls. 490/520, na qual: insiste na data de término da obra Edifício Atol das Rocas como sendo

31/01/1996; repete os argumentos expendidos na impugnação inicial; alega que persistem incorreções nas áreas de cálculo das obras relacionadas, porque não foram consideradas as áreas de salão de festa, de churrasqueira e caixa d'água de todas as obras, para fins de redução na apuração do cálculo do ARO; informa que não foi revisado o ARO da obra Residencial Breps Participações, conforme o item 4.5 do Parecer à fl. 450.

Os autos foram novamente baixados em diligência (fls. 555/556) para que o auditor notificante confirmasse a ausência de fatos que justifiquem a aferição indireta da obra 1 CEI 40.590.00374, período de 01 a 31/08/2005; refizesse os cálculos da obra do Edifício Atol das Rocas, para considerar o seu término em 30/01/1996; e da obra Residencial Breps Participações, conforme o item 4.5 do Parecer à fl. 450. O auditor juntou novos cálculos (fls. 558/560) com as retificações solicitadas para estas duas obras e confirmou a exclusão da obra CEI 40.490.003740 (fls. 562/563).

Reaberto o prazo, a empresa além de repetir alguns dos argumentos iniciais sobre decadência, salário in natura, contribuintes individuais e escrita contábil; insurge-se contra a não apropriação de recolhimentos ocorridos no período decadencial para a obra do Edifício Atol das Rocas (11/1993 a 12//1994); não observância da decadência relativa a Terceiros (18/06/1995); que tem por incontroverso o novo cálculo da obra Breps Participações; insiste para que os cálculos sejam refeitos para conversão dos recolhimentos em remuneração conforme a legislação vigente à época; que não foi apropriada a remuneração advinda da cesta básica (salário in natura) na obra Enseada dos Corais, Edifício Villagio Dei Mare e Edifício Caminho das Águas; reconhece como devidas as diferenças de SAT e solicita o desmembramento para inclusão em parcelamento, relativamente ao período de 01/2000 a 13/2002; reconhece como devidas as diferenças de Terceiros e igualmente pede o desmembramento, para o período de 02/2003 a 03/2004; reconhece como devidos os valores relativos à retenção de 11% sobre as Notas Fiscais de Serviço de Tânia K. da Silva, do período de 01 a 05 e 12/2001, solicitando sua inclusão no lançamento desmembrado; que o auditor fiscal, no lançamento da responsabilidade solidária, considerou indevidamente as contribuições de Terceiros e não apropriou a remuneração dele decorrente no cálculo da obra do Edifício Enseada dos Corais (fls. 569/622). Junta cópias de documentos (fls. 623/631).

Necessitou-se de novos esclarecimentos do auditor fiscal (fls. 633/634), quanto à exclusão ou aproveitamento dos salários in natura no cômputo das remunerações deduzidas da aferição das citadas obras; exclusão do valor de terceiros do levantamento decorrente da solidariedade; confirmar se já houve o seu aproveitamento na respectiva obra; informar sobre os levantamentos e se, para os cálculos das obras, houve obediência ao artigo 450, § único da Instrução Normativa SRP n.03/2005.

O auditor juntou novos cálculos (fls. 636/648), com a inclusão das remunerações decorrentes do salário in natura, as quais foram convertidas em área regularizada para as obras Enseada dos Corais e Villagio del Mare, sendo que não restou diferenças apuradas na obra Caminho das Águas; informa que o salário de contribuição lançado decorrente da responsabilidade solidária fora aproveitado no cômputo da obra CEI 20.020.04096/76; retifica o lançamento - "RES" para excluir o valor relativo a Terceiros; (fls.649/653); e que foram apropriados os salários de contribuição das épocas dos fatos geradores, alimentando o sistema de acordo com os artigos 445 ao 448 da IN SRP n°. 03/2005.

A empresa apresentou requerimentos de desistência de impugnação relativos às diferenças de Terceiros, período de 02/2003 a 03/2004, diferenças de SAT, período de 01/2000 a 13/2002, retenção de 11%, período de 01 a 05 e 12/2001 e Pedido de Parcelamento (fls. 705/ 712), para que tais contribuições fossem incluídas no Parcelamento da MP 303/2006.

Ato contínuo, foi emitido o despacho decisório às fls. 805/808, uma vez tendo sido constatado, conforme fls. 729/736 do DADR decorrente do desmembramento efetivado, que os valores relativos ao levantamento "AU2" - contribuinte individual, do período de 09/2000 a 08/2004.

Em 31 de janeiro de 2007, foi proferida DN n. 20.421.4/0066/2007 [fls. 835/849] que julgou o lançamento procedente em parte.

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário que reitera os argumentos anteriormente suscitados.

Instado, o Julgador a quo apresentou contra-razões.

Em 05 de maio de 2009, foi prolatado Acórdão n. 2301-00.228 [fls. 922/930] pela 1ª Turma Ordinária, da 3ª Câmara da Segunda Seção do CARF que resolveu anular a decisão de primeira instância:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/10/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Decisão de Primeira Instância Anulada

O Contribuinte foi cientificado do *decisum* em 03/09/2009 [fl. 931].

Em 05/10/2009, apresentou impugnação ao Despacho Decisório [fls. 933/988].

Ato contínuo, foi comandada diligência pelos seguintes motivos [fls. 991]:

[...] A empresa já foi intimada do Despacho Decisório nº 20.421.4/00 2/2007, do DADD, TETRA, DADR e do Acórdão, do CARF (fls. 931/932), tendo apresentado manifestação, às fls. 933/988. Todavia, em virtude do advento da Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal, há que ser totalmente revista a decisão de primeira instância para ser excluído o período abrangido pela decadência nos diversos levantamentos.

Desta feita, considerando que o lançamento foi regularmente constituído com a ciência ao contribuinte em 16/11/2005 (fl.01) e em vista dos recolhimentos parciais apropriados, solicitamos que seja promovida a emissão de um novo ARO relativo à obra Edifício Residencial Villagio Del Mare, matrícula 36.610.00983/76, em substituição ao ARO de fls. 643/647, para considerar como período decadente' à competências de 01/05/2000 a 31/10/2000, a teor do art. 150, § 4º do CTN.

Após, dar ciência ao contribuinte deste despacho e dos novos documentos juntados, intimando-o a se manifestar exclusivamente a este respeito, se assim o desejar, e, por fim, retornar o processo a esta unidade para prosseguimento.

Emitido e informado do novo ARO [fls. 993 e 955], foi prolatado Acórdão n. 07-19.174 – 6ª Turma da DRJ/FNS [fls. 1013/1020]:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/10/2005

NFLD DEBCAD nº 35.802.283-5, de 16/11/2005

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Declarada a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/91, com a edição da Súmula Vinculante nº 8 pelo Supremo Tribunal Federal, o prazo decadencial para a constituição do crédito das contribuições previdenciárias passa a ser regido pelo Código Tributário Nacional.

AFERIÇÃO INDIRETA. CONSTRUÇÃO CIVIL. CUSTO UNITÁRIO BÁSICO. ÔNUS DA PROVA.

Em ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode lançar de ofício a importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

O montante dos salários pagos pela execução de obra pode ser aferido indiretamente mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, com valores do Custo Unitário Básico - CUB.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Em síntese, a Turma Julgadora entendeu pela procedência em parte da impugnação [fl. 1019]:

Conclusão e Demonstrativo de Cálculo:

Consoante a análise feita, voto no sentido de julgar procedente em parte a impugnação, para retificar o levantamento 376 — Villagio Del Mare, conforme a Informação Fiscal (fls. 993/994), manter o levantamento IN2 — Salário in Natura, para o período de 11/00 a 06/2005 e excluir os demais levantamentos em decorrência da constatação da decadência e das retificações efetuadas pela auditoria fiscal em virtude das diligências realizadas.

Com , esta retificação, após o desmembramento e exclusão dos levantamentos que foram objeto de desistência da impugnação e parcelamento, o crédito previdenciário é reconstituído conforme o Discriminativo Analítico de Débito Retificado — DADR em anexo a , esta decisão (fls. 1000/1012), cuja cópia deve ser enviada à empresa como parte integrante deste acórdão

Intimado do acórdão em 14/04/2010 [fl. 1023], o Contribuinte interpôs – em 26/04/2010 - recurso voluntário que reitera os argumentos anteriormente apresentados [fls. 1024/1042].

É o relatório.

Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, passo ao exame das questões de mérito.

Da leitura do Acórdão n. 07-19.174 – 6ª Turma da DRJ/FNS [fls. 1013/1020] verifica-se que a Turma Julgadora entendeu pela procedência em parte da impugnação [fl. 1019]:

Conclusão e Demonstrativo de Cálculo:

Consoante a análise feita, voto no sentido de julgar procedente em parte a impugnação, para retificar o levantamento 376 — Villagio Del Mare, conforme a Informação Fiscal (fls. 993/994), manter o levantamento IN2 — Salário in Natura, para o período de 11/00 a 06/2005 e excluir os demais levantamentos em decorrência da constatação da decadência e das retificações efetuadas pela auditoria fiscal em virtude das diligências realizadas.

Com , esta retificação, após o desmembramento e exclusão dos levantamentos que foram objeto de desistência da impugnação e parcelamento, o crédito previdenciário é reconstituído conforme o Discriminativo Analítico de Débito Retificado — DADR em anexo a , esta decisão (fls. 1000/1012), cuja cópia deve ser enviada à empresa como parte integrante deste acórdão

Diante disso, a análise irá se deter apenas a esses pontos, até porque o i. Órgão de Primeira Instância reconheceu a decadência dos lançamentos até a competência 10/2000, com a aplicação do §4º, do art. 150, do CTN [fl. 1017].

1 ANÁLISE DA ESCRITA CONTÁBIL E AFERIÇÃO INDIRETA “VILLAGE DEL MARE”

Não obstante os argumentos apresentados pelo Contribuinte em seu recurso e o esforço deste pela demonstração de regularidade de sua escrita contábil, entendo que o entendimento consignado no *decisum* recorrido não merece reparos. Assim, peço licença para utilizar o excerto como razões de decidir:

[...] A impugnante, insurgindo-se contra o lançamento arbitrado, afirma que sua contabilidade merece ser considerada para a apuração da mão-de-obra utilizada nas obras de construção civil, pois reflete a sua realidade econômico-financeira.

Todavia, no auto de infração DEBCAD n o. 35.802.282-7, cuja cópia do Relatório Fiscal foi anexada (fls. 192/209), julgado procedente através da Decisão 20.421.4/0071/2006, houve a comprovação de inúmeras irregularidades na escrita contábil da empresa, sendo que, devido a ausência da exata distribuição de custos, especialmente dos serviços utilizados, em cada obra, não houve condições para a fiscalização verificar se estão condizentes com a realidade.

Assim, se a empresa não fornece estes elementos de forma confiável e sua contabilidade não expressa fielmente os acontecimentos havidos, para a fiscalização não resta

alternativa senão partir para o lançamento arbitrado, conforme previsão legal dos artigos 33, §§ 3º e 6. da Lei 8.212/91, combinados com o artigo 233, § único do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/99.

Isto porque a fiscalização narrou fatos graves na conduta da autuada, na contabilidade dos exercícios de 1995 a 2004, especialmente sobre aquisição de material de consumo imediato sem a necessária contabilização de mão-de-obra utilizada na obra; demissão formal de empregados que continuaram assinando o recebimento de mercadorias; lançamento na Folha de Pagamento de uma obra da remuneração de empregados que, confessadamente, laboraram em outra obra; compra de materiais entregues na residência de sócio, mas que foram contabilizados em outra obra; contabilização em duplicidade de pagamentos efetuados; indevida troca de lançamento entre contas de resultado (receitas e despesas) com contas patrimoniais; pagamentos a fornecedores contabilizados sem a respectiva nota fiscal ou fatura; liquidação do saldo de Caixa, ao final do exercício fiscal, através de supostos pagamentos a fornecedores sem, no entanto, apresentar as referidas duplicatas; aquisição de mercadorias com pagamento à vista, porém lançado como a prazo na conta fornecedores; diversos pagamentos ou adiantamentos a fornecedores sem contabilização; adiantamentos ou pagamentos a fornecedores com cheques não pertencentes à empresa, sendo a origem do numerário desconhecida; não contabilização de documentos; contabilização em competências posteriores às das efetivas transações efetuadas; contabilizações em contas inadequadas. Para estes fatos, não houve demonstração de provas em contrário pela empresa.

Ocorre que todas estas irregularidades demonstram que a contabilidade da empresa não obedecia às formalidades legais intrínsecas exigidas e aos princípios e convenções contábeis, especialmente ao da Competência e Oportunidade. Algumas vezes não havia documentação hábil a respaldar as transações, que de fato aconteceram, ou foram apresentados documentos que refletem situação diversa da demonstrada nos lançamentos contábeis.

Isto posto, e após análise de todos os fatos relatados pela fiscalização, em contraponto com os argumentos oferecidos pela empresa, chega-se a conclusão de que os mesmos não se constituem em meras presunções, mas são baseados na documentação apresentada pela própria autuada, a qual se constitui no elemento comprobatório.

Assim, acertadamente, os levantamentos relativos às obras de construção civil foram lançados por arbitramento e apurados por aferição indireta com base na área construída e no padrão da obra, conforme os critérios e normas da ABNT /NBR12.721, com valores do Custo Unitário Básico — CUB divulgado pelo SINDUSCON — SC, conforme detalhado nos Avisos para Regularização de Obra — ARO constantes destes autos, fundamentados no artigo 33, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 8.212/91 e

legislação descrita no relatório FLD — Fundamentos Legais do Débito (fls. 121/130).

Nesse sentido, mantenho incólume o levantamento relativo à obra “Village Del Mare” [fl. 1018]:

- Village Del Mare: verificando-se que esta obra teve início em 01/05/2000 e término em 31/05/2002, houve a realização de diligência para recálculo do ARO de fls. 643/647, para consideração do período decadencial de 05/2000 a 10/2000 (fl. 991), tendo o auditor-fiscal alterado o salário de contribuição de R\$ 97.187,15 (sendo este valor o resultado da retificação anteriormente procedida no valor originário de R\$ 139.717,95, conforme diligências), para R\$ 45.659,63 (fls. 993/994).

2 SALÁRIO IN NATURA

Não obstante o fornecimento de refeições e lanches a segurados a seu serviço sem a inscrição no PAT, tenho para mim, que essa figura não pode ser incluída na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

No caso da alimentação fornecida pelo empregador, tenho o entendimento de 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*)

É importante ressaltar 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 alterada pela Portaria nº 586, de 21 de dezembro de 2010, a qual 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 não julgou a questão ora posta em julgamento na forma de recurso repetitivo. Não obstante, aquele Tribunal Superior consolidou o seu entendimento, o que se verifica do precedente da 1ª Seção de Direito Público ora colacionado, órgão fracionário que reúne ambas as Turmas de Direito Público.

Importa ressaltar que a i. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional expediu Parecer PGFN/CRJ/N. 2117/2011 que entende pela não incidência de contribuição previdenciária em face do auxílio-alimentação *in natura*:

Tributário. Contribuição previdenciária. Auxílio-alimentação in natura. Não incidência. Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça. Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos

Para melhor entendimento, peço licença para transcrever excerto do referido documento jurídico:

Examinando-se a hipótese vertente, desde logo, conclui-se que:

I) nas causas em que se discute a incidência da contribuição previdenciária sobre o auxílio-alimentação pago in natura, como na hipótese objeto deste Parecer, a competência para representar a União é da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, já que se trata de matéria fiscal (art. 12 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993) e II) as decisões, citadas exemplificativamente ao longo deste Parecer, manifestam a reiterada jurisprudência do STJ no sentido de se reconhecer a não incidência da contribuição previdenciária nos moldes acima delineados.

18. Destarte, há base legal para a edição de ato declaratório da Senhora Procuradora-Geral da Fazenda Nacional, a ser aprovado pelo Senhor Ministro de Estado da Fazenda, que

dispense a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional da interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, bem como de apresentar contestação acerca da matéria ora abordada.

19. Por fim, merece ser ressaltado que o presente Parecer não implica, em hipótese alguma, o reconhecimento da correção da tese adotada pelo STJ. O que se reconhece é a pacífica jurisprudência desse Tribunal Superior, a recomendar a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, eis que os mesmos se mostrarão inúteis e apenas sobrecarregarão o Poder Judiciário e a própria Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

20. Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, inciso II, da Lei nº 10.522, de 2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 1997, recomenda-se sejam autorizadas pela Senhora Procuradora-Geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexista outro fundamento relevante, nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência da contribuição previdenciária.

Assim, VOTO no sentido de conhecer o recurso, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO, excluindo-se, assim, do lançamento os fatos geradores relativos ao fornecimento de refeição ou lanche não deve ser incluída na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

É como voto.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator