



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

Processo n° 10380.006313/2007-82
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2403-00.685 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 24 de agosto de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente TRANSPORTADORA VASCONCELOS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/11/2006

DECADÊNCIA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante n° 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei n° 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicada a regra quinquenal da decadência do Código Tributário Nacional.

MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENÉFICA. ATO NÃO DEFINITIVAMENTE JULGADO.

Conforme determinação do Código Tributário Nacional (CTN) a lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado, quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO

É tributado o abono pago, mesmo que previsto em acordo ou convenção coletiva de trabalho, exceto se expressamente desvinculados do salário por força de lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas preliminares, por unanimidade de votos, em reconhecer a decadência das competências até 03/2002, inclusive, com base no art. 150 ,§ 4º do CTN. No mérito: Pelo voto de qualidade, em dar provimento parcial ao recurso determinando o recálculo da multa de mora com base na redação dada pela Lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte. Vencidos os conselheiros Jonathas Ribeiro da Silva, Marthius Sávio Cavalcante Lobo e Marcelo Magalhães Peixoto na questão da tributação do abono e Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI

Presidente/Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza, Marcelo Magalhães Peixoto, Jonathas Ribeiro da Silva e Marthius Sávio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ, em Recife, Acórdão 11-20.273-7ª Turma, que julgou procedente o lançamento decorrente de obrigação tributária principal, no valor de R\$ 92.229,22.

O tributo refere-se a contribuição dos empregados não descontada, contribuições da empresa e terceiros.

Conforme Relatório Fiscal, o lançamento refere-se a contribuições devidas cujos fatos geradores não foram informados nas Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social o que seria, em tese, crime de sonegação fiscal previdenciária, conforme previsto no art 337-A, inciso I do Código Penal Brasileiro, o que motivou a emissão de Representação Fiscal para Fins Penais.

A fiscalização identificou, no exame de folhas de pagamento das filiais /0002-95; /0005-38; / 0006-19; /0007-08; / 0010-03 e /0011-86, remunerações pagas aos segurados empregados, que não foram declaradas nas correspondentes Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP, nem recolhidas à Previdência Social, constituindo, assim, o presente crédito pelo lançamento de referidos valores como bases de cálculo de contribuições sociais, parte patronal

Salienta, também, em seu relatório, a fls. 153, que estão sendo exigidos, ainda, no estabelecimento /0007-08 (filial do Rio de Janeiro), contribuições sociais devidas por segurados empregados relativas a abonos salariais que lhes foram pagos, sem quaisquer descontos para a Previdência Social, igualmente não informadas nas GFIP respectivas.

Inconformada com a decisão de primeira instância, a empresa apresentou recurso, onde, resumidamente, alega o seguinte:

- Em relação aos abonos pagos na filial do Rio de Janeiro, fez juntar ao presente processo, cópias das Convenções Coletivas de Trabalho do período fiscalizado, onde se comprova que tais abonos não ensejam cobrança de INSS ou FGTS.
- A documentação apresentada para a fiscalização comprova que houve diversas retenções sofridas pela notificada e pagas as respectivas GPS pelos tomadores de serviços no código 2631, conforme conta correntes por amostragem em anexo. Da mesma forma, não foram abatidas pela fiscalização as contribuições declaradas em parcelamentos - LDC.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari, Relator

O recurso é tempestivo e por não haver óbice ao seu conhecimento, passo à análise das questões levantadas pela recorrente.

DECADÊNCIA

O lançamento fundamentou-se no artigo 45 da Lei 8.212/91. O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n° 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade desse artigo, nestas palavras:

Súmula Vinculante n° 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal, a Súmula de n° 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei n° 8.212, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional (CTN), o art. 173 ou o art. 150 (este último diz respeito ao lançamento por homologação).

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Art.150 O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 1º - O pagamento antecipado pelo obrigado nos termos deste artigo extingue o crédito, sob condição resolutória da ulterior homologação do lançamento.

§ 2º - Não influem sobre a obrigação tributária quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, visando à extinção total ou parcial do crédito.

§ 3º - Os atos a que se refere o parágrafo anterior serão, porém considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação.

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. (grifo nosso)

Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, quando ocorre pagamento antecipado inferior ao efetivamente devido, sem que o contribuinte tenha incorrido em fraude, dolo ou simulação, aplica-se o disposto no § 4º, do artigo 150, do CTN, segundo o qual, se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.

Portanto, para que possamos identificar o dispositivo legal a ser aplicado - seja o I, art. 173 ou o § 4º, art. 150, ambos do CTN - devemos identificar a ocorrência, ou não, de pagamentos parciais, pois só assim poderemos declarar os efeitos da decadência no lançamento.

O Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados – RADA, apresenta guias de recolhimento apropriadas ao lançamento. Por entender que o objeto da análise é o lançamento, entendo presente o requisito da antecipação parcial dos recolhimentos.

Entendo que neste caso se aplica a regra do artigo 150 do CTN.

O período do lançamento é de 01/2002 a 11/2006.

A ciência do lançamento ocorreu em 05/04/2007

Entendo decadentes as competências até 03/2002, inclusive.

ABONO

Conforme reconhecido pela recorrente, o abono em questão decorre das Convenções Coletivas de Trabalho.

Abaixo ficará demonstrado que tal abono deve ser tributado.

É apresentada no recurso a cláusula terceira em seu parágrafo terceiro da Convenção Coletiva do ano de 2006 do Estado do Rio de Janeiro:

"O abono do que trata o caput desta Cláusula não incorpora e nem complementa a remuneração devida ao empregado para efeito de cálculo de férias, 13º Salário, horas extraordinárias ou do outro direito trabalhista oriundo do contrato de trabalho."

O artigo 28 da lei 8.212/91, em seu inciso I, apresenta que compõe o salário-de-contribuição 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.

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)

Segundo o CTN, no artigo 176, a isenção sempre decorre de lei.

Art. 176. A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração.

Parágrafo único. A isenção pode ser restrita a determinada região do território da entidade tributante, em função de condições a ela peculiares.

Em harmonia com o CTN, o disposto no art. 214, § 9º, V, "j", do Regulamento da Previdência Social — RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99 estabelece que os abonos, para fins previdenciários, somente perdem a natureza remuneratória e, por consequência, não integram as bases de cálculo de contribuições sociais, quando desvinculados expressamente do salário por força de lei.

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e o 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;

§ 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)

Visto que não existe lei que desonere de tributação o abono pago pela filial do Rio de Janeiro, correta a tributação.

RECOLHIMENTOS

Requerente alega que recolhimentos não foram considerados.

Quanto aos recolhimentos efetuados no código 2631 - Contribuição retida sobre a NF/Fatura da Empresa Prestadora de Serviço CNPJ/MF, registro que consta do lançamento o Relatório de Documentos Apresentados (RDA), relatório este que relaciona as parcelas que foram deduzidas das contribuições apuradas e o Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados (RADA), relatório que demonstra como os documentos foram apropriados pela fiscalização.

As guias com código de pagamento 2631 estão ali apresentadas e foram devidamente apropriadas.

Observo que os parcelamentos existentes foram considerados e também estão relatados no RADA e RDA.

MULTA DE MORA

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. 61 da Lei 9.430/96, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%.

Visto que o artigo 106 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.

CONCLUSÃO

À vista do exposto, voto por, nas preliminares, reconhecer a decadência das competências até 03/2002, inclusive. No mérito, voto pelo provimento parcial do recurso, determinando o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela lei 11.941/2009 ao artigo 35 da Lei 8.212/91 e prevalência da mais benéfica ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari