



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10510.004753/2008-53
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-006.715 – 2ª Turma
Sessão de 18 de abril de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado ENERGISA SERGIPE – DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2004

RECURSO ESPECIAL. CRITÉRIO DE APLICAÇÃO DA MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO.

Não se deve conhecer de recurso especial quando a discussão devolvida não implicar em qualquer utilidade para o recorrente.

Hipótese em que o recurso discute critério de aplicação de multa que deixou de existir em razão de decisão transitada em julgado pela improcedência da obrigação principal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes,

Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo.

Relatório

Trata-se de auto de infração (Debcad nº 37.157.837-0) referente às contribuições da empresa, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, destinadas ao Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS e ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, conforme inciso I, alínea c do inciso II e inciso III, do art. 22, da Lei nº 8.212/91.

Nos termos do relatório fiscal compõem o lançamento os seguintes levantamentos:

- 1. Código de Levantamento ABN: refere-se à remuneração dos segurados empregados apurada na folha de pagamento sob as rubricas 31 - abono e 184 - abono.*
- 2. Código de Levantamento AEN: abrange os valores integrantes da folha de pagamento dos segurados empregados na rubrica 412 - auxílio excepcional.*
- 3. Código de Levantamento BEN: neste levantamento encontram-se os valores pagos aos segurados empregados a título de bolsa de estudo.*
- 4. Código de Levantamento GDN: neste levantamento encontra-se o pró-labore pago a diretor não empregado - rubrica 167 - gratificação eventual.*
- 5. Código de Levantamento GEN: este levantamento contém os valores pagos aos segurados empregados, rubrica 167, gratificação eventual.*
- 6. Código de Levantamento PAN: cuida da remuneração dos segurados empregados apurada na folha de pagamento sob as rubricas 751 - indenização e 753 - prêmio aposentadoria.*
- 7. Código de Levantamento RDN: refere-se à remuneração creditada aos contribuintes individuais - administradores, segurados obrigatórios.*
- 8. Código de Levantamento REN: refere-se à remuneração creditada aos segurados empregados.*

Após o trâmite processual, a 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária manteve em parte o lançamento. Entendeu o Colegiado *a quo* pela exclusão da tributação incidente sobre o códigos de levantamento ABN - abono, BEM - bolsa de estudo, PAN - prêmio aposentadoria e AE - auxílio excepcional, e decidiram ainda pelo o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte. O acórdão 2403-002.949 recebeu o seguinte ementa:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**Período de apuração: 01/12/2003 a 31/12/2004**PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO IRREGULARIDADE NA LAVRATURA DO AIOP INOCORRÊNCIA.*

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA NÃO APRECIACÃO NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO.

A legislação ordinária de custeio previdenciário não pode ser afastada em âmbito administrativo por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26A, caput do Decreto 70.235/1972 e a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO CONCESSÃO DE BOLSA DE ESTUDO ALTERAÇÃO LEGISLATIVA NÃO INCIDÊNCIA

O salário-de-contribuição compreende a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho. Aplica-se aos fatos geradores em questão, com fundamento no art. 106, II, b, CTN, a redação dada pela Lei nº 12.513, de 2011 ao artigo 28, § 9º, I da Lei 8.212/1991, que dispõe que não integra o salário-de-contribuição o valor relativo a plano educacional, ou bolsa de estudo, que vise à educação profissional e tecnológica de empregados, nos termos da Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, sem exigir o amplo acesso a empregados e diretores.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO ABONO ÚNICO PREVISTO EM ACORDO COLETIVO NÃO INCIDÊNCIA

Pagamentos efetuados a título de Abono único previsto em Acordo Coletivo, expressamente desvinculado do salário, além de Abono pago na rescisão do contrato de trabalho, também expressamente desvinculado do salário, considero que não há incidência de contribuição social previdenciária, na interpretação do disposto no artigo 28, §9º, “e”, 7, Lei 8.212/1991, bem como na aplicação do Ato Declaratório PGFN 16/2011, de 20/12/2011.

PREVIDENCIÁRIO AUXÍLIO EXCEPCIONAL NÃO INCIDÊNCIA

O rol descrito no art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/1991, e o art. 214, §9º, do Decreto 3.048/1999 é taxativo acerca dos valores que não integram o salário-de-contribuição. Entretanto, o mesmo artigo 28 determina que a tributação incida sobre valores destinados a retribuição do trabalho. Assim, se não restar claro como a verba possa ser tributada à luz dos comandos dos arts. 22, I e 28, I, da Lei nº 8.212/91 em razão de os pagamentos não se revestirem de natureza de retribuição aos trabalhos prestados pelos empregados, a situação fática não se amolda à hipótese legal descrita.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO PRÊMIO APOSENTADORIA GANHO EVENTUAL NÃO INCIDÊNCIA

O prêmio concedido a todos os funcionários que se aposentem, na hipótese do caso concreto, com no mínimo dez anos como funcionários da empresa, amolda-se à característica de ganho eventual de caráter claramente indenizatório, desvinculado do salário, sendo efetuado uma única vez, atraindo o disposto no art. 28, § 9º, e, 7, primeira parte, da Lei 8.212/1991.

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO ACRÉSCIMOS LEGAIS JUROS E MULTA DE MORA ALTERAÇÕES DADAS PELA LEI 11.941/2009 RECÁLCULO DA MULTA MAIS BENÉFICA ART. 106, II, C, CTN

Até a edição da Lei 11.941/2009, os acréscimos legais previdenciários eram distintos dos demais tributos federais, conforme constavam dos arts. 34 e 35 da Lei 8.212/1991. A Lei 11.941/2009 revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 (que tratava de juros moratórios), alterou a redação do art. 35 (que versava sobre a multa de mora) e inseriu o art. 35A, para disciplinar a multa de ofício.

Visto que o artigo 106, II, c 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 de mora mais benéfica.

Ressalva-se a posição do Relator, vencida nesta Colenda Turma, na qual se deve determinar o recálculo dos acréscimos legais na forma de juros de mora (com base no art. 35, Lei 8.212/1991 c/c art. 61, § 3º Lei 9.430/1996 c/c art. 5º, § 3º Lei 9.430/1996) e da multa de ofício (com base no art. 35A, Lei 8.212/1991 c/c art. 44 Lei 9.430/1996), com a prevalência dos acréscimos legais mais benéficos ao contribuinte.

Contra a decisão a Fazenda Nacional, interpôs recurso especial de divergência questionando o critério adotado pelo Colegiado no que tange a aplicação do princípio da retroatividade benigna previsto no artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, em face das penalidades aplicadas às contribuições previdenciárias, previstas na Lei nº 8.212/1991, com as alterações promovidas pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009.

Intimado o Contribuinte não apresentou contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri - Relatora

Antes de entrarmos no mérito se faz necessário perquirir acerca do conhecimento do recurso especial interposto, isso porque, não há mais qualquer crédito tributário em litígio. Explico.

Conforme mencionado no relatório o presente lançamento envolveu a cobrança de contribuições previdenciária supostamente incidentes sobre oito levantamentos:

- 1. Código de Levantamento ABN: refere-se à remuneração dos segurados empregados apurada na folha de pagamento sob as rubricas 31 - abono e 184 - abono.*
- 2. Código de Levantamento AEN: abrange os valores integrantes da folha de pagamento dos segurados empregados na rubrica 412 - auxílio excepcional.*
- 3. Código de Levantamento BEN: neste levantamento encontram-se os valores pagos aos segurados empregados a título de bolsa de estudo.*
- 4. Código de Levantamento GDN: neste levantamento encontra-se o pró-labore pago a diretor não empregado - rubrica 167 - gratificação eventual.*
- 5. Código de Levantamento GEN: este levantamento contém os valores pagos aos segurados empregados, rubrica 167, gratificação eventual.*
- 6. Código de Levantamento PAN: cuida da remuneração dos segurados empregados apurada na folha de pagamento sob as rubricas 751 - indenização e 753 - prêmio aposentadoria.*
- 7. Código de Levantamento RDN: refere-se à remuneração creditada aos contribuintes individuais - administradores, segurados obrigatórios.*
- 8. Código de Levantamento REN: refere-se à remuneração creditada aos segurados empregados.*

Após a decisão da Delegacia de Julgamento pela manutenção do lançamento e após a apresentação do Recurso Voluntário optou o contribuinte por requerer a desistência parcial do recurso haja vista sua adesão, na modalidade de pagamento à vista, ao programa de parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/09. Em petição juntada às e-fls. 426/428 é descrita a abrangência do parcelamento:

*Ante o exposto, para efeito do que dispõe a Lei n.º 11.941/09 e em conformidade com a Portaria Conjunta PGFN/RFB n.º 6/09, vem a ora Requerente, requerer a DESISTÊNCIA PARCIAL, de forma irrevogável, do Recurso Voluntário interposto no presente processo, bem como cumulativamente, RENUNCIAR a quaisquer alegações de direito sobre as quais se fundamentam o referido recurso EXCLUSIVAMENTE em relação aos débitos apontados como **GDN, GEN, RDN e REN**, permanecendo a discussão em relação aos demais itens.*

Reconhecendo a desistência parcial o acórdão recorrido delimitou a lide da seguinte forma:

Observa-se, conforme fls. 398 a 400, que a Recorrente aderiu ao parcelamento especial, constante da Lei 11.941/2009, de forma a desistir dos Recursos relativos aos Códigos de Levantamento: GDN, GEN, RDN e REN:

...

Portanto, restam a serem discutidos os Códigos de Levantamento: ABN; AEN; BEN; e PAN.

Ocorre que, em relação as verbas não parceladas, o acórdão recorrido (2403-002.949) entendeu que nenhuma delas compõe o conceito de salário-de-contribuição para fins de incidência das contribuições previdenciárias. As verbas relativas aos levantamentos ABN; BEN; e PAN foram julgadas improcedentes por unanimidade, sendo que a verba AEN, foi cancelada por maioria nos termos do voto do Redator.

A decisão foi assim registrada:

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para: (i) excluir a tributação incidente sobre o código de levantamento ABN ABONO NÃO DECL GFIP: o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari votou pelas conclusões: (ii) excluir a tributação incidente sobre o código de levantamento BEM BOLSA DE ESTUDO NÃO DECL GFIP; (iii) excluir a tributação incidente sobre o código de levantamento PAN PREMIO APOSENT NÃO DEL GFIP; (iv) determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o disposto no art. 35, caput, da Lei nº 8.212/91, na redação dada pela Lei nº 11.941/2009 (art. 61), prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte; (v) por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para excluir a tributação incidente sobre o código de levantamento AEN AUX EXCEPCIONAL NÃO DECL GFIP. Vencidos os conselheiros Paulo Maurício Pinheiro Monteiro (relator) e Carlos Alberto Mees Stringari. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Ivacir Julio de Souza.

Acredito ter havido um equívoco no registro da decisão ou na versão final do votos, pois uma vez cancelado o lançamento em razão do entendimento pela não ocorrência do fato gerador temos como consequência lógica o cancelamento das obrigações acessórias diretamente relacionadas. Neste cenário, se torna desnecessário definir acerca da melhor interpretação a ser dada ao art. 106 do CTN se não temos mais penalidades a serem apreciadas.

Vale mencionar que a Recorrente apenas se insurgiu contra o recálculo da multa, não tendo feito qualquer consideração sobre o pedido de parcelamento, as guias que comprovam o pagamento à vista dos levantamentos sobre os quais se operou a renúncia, ou mesmo sobre a delimitação da lide e as demais razões de decidir do Colegiado *a quo*.

Diante disto, a meu ver, não há interesse recursal que justifique a admissibilidade do presente Recurso de Divergência.

Os processualistas Fredie Didier Jr. e Leonardo José Carneiro da Cunha (in Curso de Direito Processual Civil, V. 3 - 3ª ed.), esclarecem que *para que o recurso seja admissível, é preciso que haja utilidade - o recorrente deve esperar, em tese, do julgamento do recurso, situação mais vantajosa, do ponto de vista prático, do que aquela em que o haja posto a decisão impugnada - e necessidade - que lhe seja preciso usar as vias recursais para alcançar este objetivo*.

No presente caso, diante da inexistência de multa a ser cobrada - haja vista o trânsito em julgado da parte da decisão que cancelou o lançamento das obrigações principais e ainda o pagamento relativo ao parcelamento da Lei nº 11.941/09 onde já foram recolhidas as multas devidas - não há qualquer utilidade à Recorrente em ver apreciado o mérito do seu recurso.

Diante do exposto, deixo de conhecer do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

(assinado digitalmente)

Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri