



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10670.720364/2011-31
Recurso Embargos
Acórdão nº 2301-009.620 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de outubro de 2021
Embargante COTEMINAS S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 28/02/2006

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Constatada omissão no julgado, cabem embargos de declaração para prolação de nova decisão para sanear o vício.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial é de cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador, no caso de tributos sujeitos à homologação em que o sujeito passivo tenha antecipado o pagamento, ainda que parcialmente.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. HORA EXTRA DEVIDA. INCIDÊNCIA.

A hora extra devida pela empresa a seus empregados, integra o salário de contribuição para fins de incidência das contribuições destinadas à Seguridade Social.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA. APLICAÇÃO LEI Nº 8.212/1991, COM A REDAÇÃO DADA PELA MP 449/2008, CONVERTIDA NA LEI Nº 11.941/2009. PORTARIA PGFN/RFB Nº 14 DE 04 DE DEZEMBRO DE 2009.

Aplica-se a legislação inovadora quando mais benéfica ao sujeito passivo. A comparação das multas previstas na legislação, para efeito de aferição da mais benéfica, leva em conta a natureza da exação, e não a sua nomenclatura. Em se tratando de lançamento de ofício por descumprimento de obrigação acessória e principal, a aplicação da multa prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, deve retroagir para beneficiar o contribuinte se resultar menor do que a soma das multas previstas nos artigos 32, §§ 4º e 5º, e 35, inc. II, da mesma lei.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher os embargos apenas quanto à omissão relacionada à aplicação da Lei nº 11.941, de 2009, sem efeitos infringentes, e, sanando o vício apontado, rerratificar o Acórdão nº 2301-006.811, de 14/01/2020, para negar provimento ao recurso. Vencido o conselheiro Wesley Rocha que deu

efeitos infringentes aos embargos para dar parcial provimento ao recurso aplicando a multa de 20%.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Joao Mauricio Vital, Wesley Rocha, Monica Renata Mello Ferreira Stoll (suplente convocado(a)), Fernanda Melo Leal, Flavia Lilian Selmer Dias, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Consigno o relatório deixado pelo relator original do processo, que já não mais compõe o colegiado, e que acompanhou a Resolução nº 000.699 (e-fls. 14.996 a 15.003):

Trata-se de recurso voluntário interposto pela Coteminas S/A contra o acórdão proferido pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte (DRJ/Belo Horizonte), que julgou parcialmente procedente a impugnação e manteve o crédito tributário lançado.

A fiscalização lavrou autos de infração com o intuito de exigir da ora Recorrente o recolhimento de contribuições previdenciárias e de terceiro, além de multas e de juros de mora, incidente sobre:

– diferenças de horas extras supostamente devidas e não pagas durante o ano de 2006 aos empregados que trabalhavam no período noturno (22h00 às 06h00) em alguns estabelecimentos da Recorrente; e

– pagamento de subsídio supermercado e de subsídio material escolar.

A ciência da autuação ocorreu em 31/03/2011.

Irresignada, a Recorrente apresentou impugnação, a qual foi julgada parcialmente procedente pela DRJ/Belo Horizonte, excluindo apenas os lançamentos cujas diferenças de horas extras estavam sendo discutidas judicialmente, em virtude da competência da Justiça do Trabalho para a cobrança das contribuições previdenciárias relacionadas com as verbas por ela reconhecidas. A ementa do acórdão encontra-se assim redigida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006 DECADÊNCIA Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação cujo pagamento não foi antecipado pelo contribuinte, por entender indevidas as incidências de contribuição previdenciária sobre as verbas discutidas nos autos, incide a regra de contagem de prazo decadencial prevista no CTN segundo a qual o seu início se dá no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO A totalidade dos rendimentos devidos, a qualquer título, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, destinados a retribuir o trabalho, integram o salário-

de-contribuição, ressalvadas apenas as parcelas expressamente excluídas de tributação pela legislação previdenciária.

HORA EXTRA DEVIDA. INCIDÊNCIA.

A hora extra devida pela empresa a seus empregados, integra o salário de contribuição para fins de incidência das contribuições destinadas à Seguridade Social.

AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DA CONTRIBUIÇÃO CUMULADA COM A NÃO INFORMAÇÃO EM GFIP DO SEU FATO GERADOR. AFERIÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA AO CONTRIBUINTE.

Na hipótese de ausência de recolhimento da contribuição previdenciária cumulada com a não informação em GFIP do seu fato gerador, a aferição da multa mais benéfica ao contribuinte será feita através do cotejo da soma das multas previstas nos revogados artigos 32, §5º e 35, II da Lei 8.212/91, em relação à sanção pecuniária do art.

44, inciso I da Lei 9.430, de 1997, que se destina a punir ambas as infrações referidas nos citados dispositivos da legislação pretérita, e que, agora, na nova ordem jurídica, encontra aplicação no contexto da arrecadação das contribuições previdenciárias.

FATOS GERADORES DISCUTIDOS EM RECLAMATÓRIA TRABALHISTA. EXCLUSÃO.

Excluem-se do lançamento as contribuições sociais previdenciárias cujos fatos geradores, comprovadamente, foram objeto de Reclamatória Trabalhista, em razão da respectiva execução está a cargo Justiça do Trabalho.

Impugnação Procedente em Parte Crédito Tributário Mantido em Parte

Ainda irredignada, a Recorrente apresenta recurso voluntário, arguindo:

- (a) a decadência dos lançamentos relativos a 01/2006 e 02/2006, nos termos do art. 150, §4º do CTN;
- (b) a inexistência de horas extras devidas aos empregados, nos termos da CLT ou de convenções coletivas de trabalho;
- (c) além de não terem sido reconhecidas como devidas, as alegadas horas extras não constam da folha de salários nem decorrem de condenação judicial, sendo fruto de cálculos realizados pelas autoridades fiscais, com base nos valores de remuneração e na duração da jornada de trabalho de alguns empregados do turno da noite;
- (d) na verdade, referida verba constitui mera expectativa de direito e só será devida pela Recorrente depois de reconhecida pela Justiça do Trabalho, a quem cabe zelar pelo correto recolhimento das contribuições previdenciárias;
- (e) ainda que as horas extras fossem devidas, o respectivo cálculo pelas autoridades fiscais estariam incorretos;
- (f) o subsídio concedido para a compra de gêneros alimentícios em supermercados conveniados é feito por liberalidade e não possui feição contraprestacional, faltando-lhe habitualidade; além disso, uma parte do benefício é custeada pelo próprio empregado;
- (g) o subsídio para aquisição de material escolar igualmente não tem natureza contraprestacional, faltando-lhe habitualidade;

(h) a aplicação da retroatividade benigna relativamente à multa lançada de ofício está incorreta, devendo ser revista.

Em 10/09/2014, o julgamento do recurso voluntário foi convertido em diligência (acórdão nº 2301000.468) para que o Recorrente apresentasse todas as reclamações trabalhistas promovidas pelos empregados, bem como as Portarias das Delegacias do Trabalho e os acordos e as convenções coletivas, todas vigentes à época dos fatos geradores. Ato contínuo, a Recorrente procedeu à juntada dos documentos de fls. 5349 a 14984.

A fiscalização não se manifestou sobre o teor das reclamações trabalhistas, nem do seu efeito sobre o lançamento, já que o acórdão nº 2301000.468 não demandou tal providência.

Retornados os autos a julgamento, esta turma determinou, em 08/08/2017, nova diligência (e-fls. 14.996 a 15.003) para que a unidade preparadora se manifestasse sobre:

- a) as reclamações trabalhistas juntadas aos autos e eventual ajuste da base de cálculo do lançamento;
- b) sobre a formação da base de cálculo do lançamento; e
- c) a existência de recolhimentos de contribuições previdenciárias para fins de aplicação da regra decadencial apropriada.

Em 14/11/2017, o recorrente apresentou desistência parcial do recurso (e-fl. 15.006). A unidade preparadora promoveu o apartamento da parte incontroversa (e-fl. 15.065).

A autoridade preparadora, ao concluir a diligência, proferiu informação fiscal (e-fls. 15.070 a 15.072), sobre a qual se pronunciou o recorrente (e-fls. 15.143 a 15.156). Após essa manifestação, a autoridade preparadora proferiu nova informação fiscal (e-fls. 15.316 a 15.319) retificando o teor da anterior. Cientificado da segunda informação fiscal, o recorrente não se pronunciou (e-fls. 15.379 e 15.382).

Este colegiado apreciou o recurso voluntário e, por intermédio do Acórdão nº 2301-006.811, de 14 de janeiro de 2020, deu-lhe parcial provimento (e-fls. 15388 a 15396).

Inconformada, a PGFN impetrou recurso especial, cujo seguimento foi negado (e-fls. 15412 a 15416). Apresentou, então, agravo, também rejeitados (e-fls. 15418 a 15422).

O recorrente, por sua vez, interpôs embargos de declaração em face do Acórdão nº 2301-006.811, de 14 de janeiro de 2020, que, apreciados pela autoridade competente, foram recebidos apenas com relação à omissão acerca da “aplicação equivocada da lei nº 11.941/09 e da retroatividade benigna” (e-fls. 15467 a 15474).

É o relatório.

Voto

Conselheiro João Maurício Vital, Relator.

De fato, está evidente a omissão apontada pelo embargante e admitida pela autoridade que recebeu os embargos, relacionada à aplicação retroativa da Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009. Passo, então, a apreciar a matéria.

O recorrente alegou (e-fls. 5.323 a 5.334) que a multa aplicada estaria incorreta, porquanto, com o advento da Lei nº 11.941, de 2009, e considerando a retroatividade benigna da legislação que comina penalidades, ao teor do art. 112 do Código Tributário Nacional, a multa aplicável seria a prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, limitada a 20% pela edição da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

1 Da multa

A Autoridade Lançadora, em face da retroatividade benigna prevista na alínea “c” do art. 106 do Código Tributário Nacional – CTN, aplicou (e-fl. 63) a multa mais benéfica ao contribuinte comparando a multa prevista no inc. I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, com a soma da multa prevista no revogado inc. II do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, e a multa prevista no § 5º do art. 32, da mesma lei.

O recorrente sustentou que a comparação das multas, para efeito de aplicação da retroatividade benigna, deveria observar o previsto no art. 35 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, limitada a 20% pela edição da Medida Provisória nº 449, de 3 de dezembro de 2008.

Sem razão, o recorrente.

O art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, que reporta ao art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, não se refere a multa aplicada em procedimento de ofício, que é o caso. Refere-se à multa de mora decorrente do pagamento em atraso. A multa aplicada em procedimento de ofício está disciplinada no art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, que foi incluído pela Lei nº 11.941, de 2009:

Art. 35-A. **Nos casos de lançamento de ofício** relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Sem grifo no original.)

A legislação revogada determinava que, havendo falta de pagamento e falta ou omissão na declaração, seriam aplicadas duas multas mediante lançamento de ofício:

- a) a prevista nas alíneas “a” a “d” do inc. II do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, ou seja, de 24% a 50% do valor do tributo não pago ou recolhido, relacionada ao descumprimento da obrigação principal, e
- b) a prevista no § 5º do art. 32 da Lei nº 8.212, de 1991, equivalente a 100% do valor da contribuição omitida na declaração, relacionada ao descumprimento da obrigação acessória.

Com o advento da Medida Provisória nº 449, de 2008, os dois dispositivos foram revogados. As infrações passaram a ser sancionadas da seguinte forma, quando do procedimento de ofício:

- a) havendo descumprimento de obrigação principal e acessória, aplica-se o que consta do inc. I do art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996, que inclui, ao mesmo

tempo, a sanção pelo não pagamento do tributo devido e a falta ou inexatidão da declaração, e

- b) havendo somente o descumprimento da obrigação acessória, a multa aplicável é a do art. 32-A.

No presente caso, o contribuinte descumpriu, ao mesmo tempo, as obrigações acessória e principal, como bem relatado pela Autoridade Lançadora, que demonstrou haver aplicado, período a período, a hipótese mais favorável ao contribuinte entre a legislação revogada, inc. II do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, e a legislação superveniente, art. 35-A da mesma lei.

Nego, pois, provimento ao recurso quanto à matéria.

Conclusão

Voto por acolher os embargos apenas quanto à omissão relacionada à aplicação da Lei nº 11.941, de 2009, sem efeitos infringentes, e, sanando o vício apontado, rerratificar o Acórdão nº 2301-006.811, de 14/01/2020, para negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

João Maurício Vital