ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 11080.726098/2012-44
CÓPIA

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

Processo nº	11080.726098/2012-44
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2803-003.102 – 3ª Turma Especial**
Sessão de	18 de março de 2014
Matéria	CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e CONTRIBUINTE INDIVIDUAL e SALÁRIO INDIRETO: PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
Recorrente	UGHINI S/A INDÚSTRIA E COMÉRCIO.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 01/01/2010

VERBAS PAGAS À TÍTULO DE PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA, QUANDO DENTRO DAS DETERMINAÇÕES LEGAIS FICA ISENTA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBA PAGA À TÍTULO DE "DIA DO COMERCIÁRIO", VERBA COM NATUREZA SALARIAL, POIS PAGA EM DECORRÊNCIA DE CRITÉRIOS E ELEMENTOS TRABALHISTAS. RUBRICA EM QUE INCIDE CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto do relator, para determinar:

I - a exclusão dos levantamentos PV1 - PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 - PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PW1 - PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS e PW2 - PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS do lançamento que compõe o presente PAF.

II - a aplicação do artigo 35, incisos II e III, da Lei 8.212/91, na redação dada pelas Leis 9.528/97 e 9.876/99 que estavam em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, pois são mais benéficos e assim nos termos do artigo 144 c/c o artigo 106, II, "c", ambos, da Lei 5.172/66 é quem deve disciplinar a multa, salvo se esta atingir a oitenta por cento, conforme alínea "c", do inciso III, citado, ocasião em que passa a ser mais benéfica a nova multa do artigo 35 -A, introduzido na Lei 8.212/91, pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008, respeitando o artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, tudo conforme o momento do

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

pagamento ou parcelamento ou execução, em relação ao DEBCAD 37.370.572-7. Vencido o Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima quanto à multa. Sustentação oral Advogada Dra Kalinka C.F.S. Bravo, OAB/SP nº 242.811.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Léo Meirelles do Amaral.

CÓPIA

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Relatório

CÓPIA

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.370.572-7, que objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa das categorias de empregados e contribuintes individuais, parte patronal; SAT e descontos do contribuinte individual, bem como o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.370.573-5, que objetiva o lançamento das contribuições para outras entidades e fundos – terceiros, decorrente da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da empresa da categoria de empregados, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 29 a 35, com período de apuração de 12/2007 a 12/2009, conforme Termo e Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 53 e 54.

O sujeito passivo foi cientificado das autuações, em 24/05/2012, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 03 e 17, respectivamente.

O PAF é compostos pelos seguintes levantamentos por DEBCAD: a) DEBCAD 37.370.572-7: CI1 – CONTRIBUINTE INDIVIDUAL; DC1 – RUBRICA DIA DO COMERCIÁRIO; FP1 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS; FP2 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS; PV1 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PW1 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS e PW2 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS.

No DEBCAD 37.370.573-5 os levantamentos são: DC1 – RUBRICA DIA DO COMERCIÁRIO; FP1 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS; FP2 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS; PV1 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS.

O contribuinte apresentou sua defesa, em 22/06/2012, as fls. 131 a 156, acompanhada dos documentos, de fls. 157 a 226.

A empresa atuada apresentou pedido de parcelamento envolvendo os dois DEBCAD's deste PAF para os levantamentos: FP1 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS; FP2 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS e CI1 – CONTRIBUINTE INDIVIDUAL, conforme petição, de fls. 227.

Devido a este pedido de parcelamento os DEBCAD'S originais foram desmembrados criando-se dois novos créditos para receberem os lançamentos incontroversos que foram objeto do pedido de parcelamento, conforme documentos, de fls. 274 a 288, compondo o PROCESSO: 11080.727982/2012-04.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 289.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 10-42.038 - 7ª, Turma DRJ/POA, em 08/01/2013, fls. 304 a 314.

No qual a impugnação foi considerada improcedente.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 20/02/2013, conforme AR, de fls. 333.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 335 a 361, recebido, em 21/03/2013, conforme carimbo de recepção, de fls. 335, acompanhado dos documentos, de fls. 362 a 369.

CÓPIA

Mérito.

- que o lançamento relativo à previdência privada foi realizado sob a alegação de desproporcionalidade dos valores aportados em favor dos participantes e o não favorecimento de alguns empregados, o citado plano não restringe a participação de nenhum trabalhador ou dirigente, não havendo critérios de proporcionalidade entre salário e benefícios;

- que a decisão de primeiro grau, assim, como o agente lançador exigiu critérios que não estão na lei, agindo de forma arbitrária e com vício de legalidade, uma vez que o plano de previdência é ofertado a todos, mas nem todos aderem e cabe a recorrente controlar tal adesão para informá-la a contratada fornecedora do plano, sendo que tal parcela não integra o salário de contribuição, devido a isenção do artigo 28, §9º, alínea "p", da Lei 8.212/91, cita e transcreve precedente do CARF;

- que a fiscalização ao exigir a exação sob a alegação de que o custeio é diferenciado em razão do participante e que isso gera favorecimento em relação a alguns funcionários em detrimento de outros e que assim este não é ofertado a todos violou a norma de isenção e o artigo 142, do CTN, tornado o lançamento nulo, volta a citar e transcrever decisões do CC e do CARF;

- que a alegada ausência de proporcionalidade entre os aportes e os salários dos participantes não é condição imposta por lei e que para trabalhadores com remunerações idênticas não há desproporcionalidade, além do que o baixo índice de adesão ao plano nada significa, sendo inafastável e lógico que aqueles que ganham até o teto da previdência não têm interesse, pois a função do plano é complementar a aposentadoria e não criar um novo benefício, constando, inclusive, do site da previdência tais conclusões, retorna a citar e transcrever precedentes do CARF e cita precedentes do poder judiciário;

- que nos termos do artigo 202, § 2º, da CF/88 a contribuição à previdência complementar não constitui base de cálculo da contribuição social previdenciária, o que, também, é disposto pela artigo 69, § 1º, da LC 109/2001 o mesmo se dando com a CLT, na redação da lei 10.243/2001, artigo 457, § 2º, inciso VI, estando, ainda, tal parcela isenta pela norma do artigo 28, §9°, alínea "p", da Lei 8.212/91, porém as normas anteriormente citadas não impõe a mesma

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

CÓPIA

restrição da lei da previdência, ou seja, a extensão a todos os empregados e dirigentes, e, observando a LICC D-L 4.657/42, artigo 2º, assim tal exigência estaria revogada pelas normas posteriores, citando decisões do STF, devendo, assim, ser considerado tacitamente revogado o dispositivo que impõe os requisitos, por ser anterior e incompatível com as demais leis do ordenamento citadas, devendo ser observada a Lei 9.784/99 ao PAF, cita e transcreve decisão do CARF, não estando os requisitos do artigo 28, § 9º, alínea "p", da Lei 8.212/91 amparado no ordenamento jurídico, não restando outra alternativa senão o cancelamento do crédito tributário;

- que não incide contribuição previdenciária sobre a rubrica "Dia do Comerciário", uma vez que esta não se enquadra no conceito de salário de contribuição, não sendo hipótese de isenção, mas de não incidência da contribuição, pois a julgador *a quo* não analisou a natureza da verba, pois se o tivesse feito verificaria ser indenizatória, conforme sua natureza jurídica, desde a criação, pois instituída por Convenção – Coletiva, "lei entre as partes", dispondo esta de sua natureza indenizatória, estando tais instrumentos previstos no artigo 7ª, XXVI, da CF/88, citando e transcrevendo precedente do STJ, não integrando tal verba a base de cálculo, por ser indenizatória como prescreve a convenção, que tem caráter de lei em sentido estrito, conforme jurisprudência e doutrina;

- que apenas poderia ser cobrado da recorrente multa por descumprimento da obrigação acessória e nunca a contribuição, por afronta a convenção coletiva lei individual e concreta entre as partes, estando equivocado o lançamento;

- Pede e requer a recorrente: a) reforma da decisão de primeiro grau, com o cancelamento dos autos de infração, em razão de não ser previdência privada salário de contribuição e de ser indenizatória a verba "Dia do Comerciário", conforme convenção coletiva; b) realização de sustentação oral, bem como a realização de todas as intimações e comunicações administrativas sejam realizadas em nomes dos causídicos signatários em seus endereços profissional.

A autoridade preparadora não se manifestou sobre a tempestividade do recurso.

Os autos subiram ao CARF, fls. 372.

O contribuinte apresentou petição solicitando o adiamento do julgamento da sessão de fevereiro/2014 para a sessão de março/2014, o que foi deferido.

É o Relatório.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Voto

CÓPIA

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Devido ao pedido de parcelamento, que resultou em desmembramento e transferência de valores para outro processo, necessário se faz fixar os limites da demanda.

Após o pedido de parcelamento o presente PAF ficou composto pelos seguintes levantamentos por DEBCAD: a) DEBCAD 37.370.572-7: DC1 – RUBRICA DIA DO COMERCIÁRIO; PV1 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PW1 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS e PW2 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS.

No DEBCAD 37.370.573-5 os levantamentos são: DC1 – RUBRICA DIA DO COMERCIÁRIO; PV1 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS.

A empresa atuada apresentou pedido de parcelamento envolvendo os dois DEBCAD's deste PAF para os levantamentos: FP1 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS; FP2 – FOLHA DE PAGAMENTO SEG EMPREGADOS e CI1 – CONTRIBUINTE INDIVIDUAL., conforme petição, de fls. 227.

Inicialmente, cabe esclarecer quanto a rubrica "Previdência Privada", no que tange a alegação de revogação tácita da exigência da disponibilização a todos os empregados e diretores, que a tese da recorrente esta equivocada, uma vez que tal revogação jamais ocorreu.

A uma, porque não cabe mais a LICC D-L 4.657/42 cuidar da matéria sobre revogação, uma vez que tal assunto foi disciplinado na LC 95/98 que diz que a revogação deve ser expressa "Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.", conforme redação da LC 107/2001, ou seja, não cuidando as lei citadas pela recorrente de trazerem expressas tal revogação esta não ocorreu.

A duas, porque a lei de custeio da previdência é lei especial e assim o critério da temporalidade não se coaduna com suas prescrições.

A três, porque a CRFB/88 estabelece no artigo 150, § 6º, que a isenção deve ser disciplinada por lei especifica, que regule exclusivamente as matérias previstas e enumeradas no dispositivo em comento ou o tributo ou contribuição, o que as citadas leis não fazem.

A quatro porque as decisões do Supremo Tribunal Federal - STF citadas não se aplicam a matéria, uma vez que a decisão que cuida do crédito prêmio em IPI cuida da "outorga de isenção ou abrandamentos de ônus dessa isenção", a que o tribunal disse ser

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

possível apenas nas hipóteses do texto legal, ou seja, a revogação tácita ou a analogia não se aplicam, para aumentar a abrangência da isenção.

A outra decisão cuida de extinguir a isenção ou de aumentar a alíquota de contribuição, isto é, aumentar tributo existente ou criar nova base de contribuintes por meio da extinção da isenção, o que não é a tese sustentada pela recorrente ampliação da isenção por supressão de requisitos ou como ela diz hipótese de não incidência.

A cinco, porque só a lei pode nos termos do artigo 97, inciso V c/c o 176, ambos, da Lei 5.172/66 criar hipóteses de isenção.

Equivoca-se, também, a recorrente ao trazer à baila a Lei 9.784/99, não que o princípio da segurança jurídica não se aplique ao caso, mas a citada lei certamente não, veja o que o Superior Tribunal de Justiça – STJ diz, pois no âmbito federal o PAF tem disciplina própria.

EMENTA

TRIBUTÁRIO. CONSTITUCIONAL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. PEDIDO ADMINISTRATIVO DE RESTITUIÇÃO. PRAZO PARA DECISÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. APLICAÇÃO DA LEI 9.784/99. IMPOSSIBILIDADE. NORMA GERAL. LEI DO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DECRETO 70.235/72. ART. 24 DA LEI 11.457/07. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.

1. A duração razoável dos processos foi erigida como cláusula pétrea e direito fundamental pela Emenda Constitucional 45, de 2004, que acresceu ao art. 5º, o inciso LXXVIII, in verbis:

"a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação."

2. A conclusão de processo administrativo em prazo razoável é corolário dos princípios da eficiência, da moralidade e da razoabilidade. (Precedentes: MS 13.584/DF, Rel. Ministro JORGE MUSSI, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2009, Dje 26/06/2009; REsp 1091042/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; MS 13.545/DF, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 29/10/2008, DJe 07/11/2008; Resp 690.819/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/02/2005, DJ 19/12/2005)

3. O processo administrativo tributário encontra-se regulado pelo Decreto 70.235/72 - Lei do Processo Administrativo Fiscal-, o que afasta a aplicação da Lei 9.784/99, ainda que ausente, na lei específica, mandamento legal relativo à fixação de prazo razoável para a análise e decisão das petições, defesas e recursos administrativos do contribuinte.

4. Ad argumentandum tantum , dadas as peculiaridades da seara fiscal, quiçá fosse possível a aplicação analógica em matéria

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

tributária, caberia incidir à espécie o próprio Decreto 70.235/72, cujo art. 7º, § 2º, mais se aproxima do thema judicandum, in verbis:
"Art. 7º O procedimento fiscal tem início com: (Vide Decreto nº 3.724, de 2001)
I - o primeiro ato de ofício, escrito, praticado por servidor competente, cientificado o sujeito passivo da obrigação tributária ou seu preposto;
II - a apreensão de mercadorias, documentos ou livros;
III - o começo de despacho aduaneiro de mercadoria importada.
§ 1° O início do procedimento exclui a espontaneidade do sujeito passivo em relação aos atos anteriores e, independentemente de intimação a dos demais envolvidos nas infrações verificadas.
§ 2° Para os efeitos do disposto no § 1º, os atos referidos nos incisos I e II valerão pelo prazo de sessenta dias, prorrogável, sucessivamente, por igual período, com qualquer outro ato escrito que indique o prosseguimento dos trabalhos."
5. A Lei n.° 11.457/07, com o escopo de suprir a lacuna legislativa existente, em seu art. 24, preceituou a obrigatoriedade de ser proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo dos pedidos, litteris:
"Art. 24. É obrigatório que seja proferida decisão administrativa no prazo máximo de 360 (trezentos e sessenta) dias a contar do protocolo de petições, defesas ou recursos administrativos do contribuinte."
6. Deveras, ostentando o referido dispositivo legal natureza processual fiscal, há de ser aplicado imediatamente aos pedidos, defesas ou recursos administrativos pendentes.
7. Destarte, tanto para os requerimentos efetuados anteriormente à vigência da Lei 11.457/07, quanto aos pedidos protocolados após o advento do referido diploma legislativo, o prazo aplicável é de 360 dias a partir do protocolo dos pedidos (art. 24 da Lei 11.457/07).
8. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.
9. Recurso especial parcialmente provido, para determinar a obediência ao prazo de 360 dias para conclusão do procedimento sub judice. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. RESP 1.138.206 – RS. Min. Relator Luiz Fux,data 09.08.2010 (o destaque é meu).

Assim sendo, não há motivos para se afastar a aplicação do artigo 28, §9º, "p", da Lei 8.212/91, da forma como disciplinada na lei, uma vez que só outra lei poderia mudar tal exigência.

Todavia, apesar das digressões, acima, entendo que no caso em tela aplica-se integralmente o que estabelecido no artigo 28, § 9º, alínea "p", da lei 8.212/91, haja vista que os motivos que levaram a autoridade fiscal lançadora e o julgador de primeiro a concluírem

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

que o plano de previdência privada, não é extensivo a todos os trabalhadores e dirigentes e que há diversidade de contrapartida, não excluem a natureza não remuneratória da verba.

As explicações do fisco, como dito acima, para considerar a previdência privada base de cálculo, como a seguir transcritas e confrontadas a seguir, não permitem esta interpretação, é o que se demonstrará em seguida.

> *Analisando referida planilha, constata-se que os aportes foram feitos para o presidente da empresa, diretores da empresa e para mais quatro segurados empregados (Marlene Kuse Soares – Chefe de Departamento Pessoal, Nei Renato Cogo – Comprador, Oclir Luiz Gusso – Chefe de Contabilidade, Gilberto Basso – Acionista e Ivo José Thimming - Assessor Diretoria). Através da folha de pagamento, verificou-se que, os quatro segurados empregados são ocupantes dos cargos que detêm os maiores salários pagos pela empresa. Nenhum empregado pertencente a cargos com remunerações inferiores aderiu ao Plano de Previdência.*
> *Constata-se, também, através da planilha fornecida pela empresa, que os aportes feitos para os contribuintes individuais (presidente e diretores) são diferenciados. O aporte de maior valor é feito para o presidente. Para os diretores os valores são menores, sendo que alguns diretores possuem valores iguais entre si e outros possuem valores diferentes (menores). Quanto aos aportes feitos para os segurados empregados, os valores são extremamente inferiores.*

A uma, porque basta que a empresa empregadora ponha o plano à disposição, mas não se exige a adesão maciça dos trabalhadores, ainda, que um único trabalhador faça sua adesão isso não descaracteriza o plano.

A duas, porque a existência de aportes distintos para trabalhadores com salários distintos não viola o espírito do benefício, um vez que quem ganha mais terá motivos para pagar mais, pois poderá pretender mais se aproximar de seu salário real quando se aposentar.

Alias, é isso que ocorre no RGPS, quem mais ganha, mais paga para aproximar-se do teto.

Assim, entendo que os levantamentos PV1 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PW1 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS e PW2 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS devem ser excluídos dos lançamentos que compõe o presente PAF.

No entanto, no que tange a rubrica "Dia do Comerciário" as alegações da recorrente não encontram ressonância na legislação.

A convenção coletiva, ainda, que prevista constitucionalmente é capaz de ampliar ou definir direitos trabalhistas entre as categorias dos empregadores e empregados, mas não é lei em sentido formal, bem como dela convenção, não participa a vontade do Estado.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

A lei entre as partes como diz a recorrente não vincula o poder público, pois dela não participou a semelhança da sentença judicial, onde esta só vincula as partes que integraram a lide.

Aliás, o artigo 123, da Lei 5.172/66 diz que a convenção particular não obriga o fisco.

Além do que, a não incidência é matéria que só compete ao ente tributante, pois a ele cabe definir dentro de sua competência constitucional, o que vai ou o que não vai ser tributado, não sendo tal prerrogativa atribuída aos particulares.

Ademais, a própria recorrente apesar de chamar a verba de indenizatória deixa claro que esta é remuneratória, observe-se a passagem transcrita de sua peça recursal.

> *65. A rubrica denominada "dia do Comerciário" consiste em pagamento efetuados pela Recorrente (empregador) aos empregados a título de INDENIZAÇÃO – verba correspondente ao valor de um ou dois dias de salário, a depender do tempo de serviço de cada trabalhador, tendo sido criado em razão da regulamentação da jornada de trabalho pelo Presidente Getúlio Vargas. Não possui previsão legal, sendo acordado através de Convenção Coletiva.*

Não há dúvidas de que quem define determinado instituto jurídico não é seu *nomen iurus*, mas sim sua natureza jurídica e no caso em comento não há indenização, mas sim uma verba ajustada paga aos trabalhadores em razão do seu trabalho, pois vinculada a tempo de serviço, em valor correspondente a um determinado número de dias de salário, bem como em razão da jornada de trabalho.

A importância paga não é eventual, pois todos os anos os trabalhadores sabem que o dia do comerciário ocorrerá e que o valor será pago, sabendo até com antecedência o valor que receberá, bem como esta verba não está desvinculada do salário, pois não há lei estabelecendo essa desvinculação.

Verifica-se, assim, a nítida natureza remuneratória da verba intitulada "Dia do Comerciário", razão pela qual deve ser mantida no lançamento.

A multa por descumprimento de dever instrumental apesar de lançada em outro auto está sendo exigida, tendo em vista que parte das remunerações não foram declaradas em GFIP, concordando expressamente a recorrente com o lançamento, uma vez que os incluiu em parcelamento, conforme pedido nos autos próprios.

A sustentação oral em julgamento no CARF é direito assegurado as partes pela Portaria MF 256/2009 Regimento Interno do CARF, não havendo nenhuma providência a ser tomada, não há necessidade de intimação do contribuinte da realização de sessão de julgamento, pois o artigo 55, do RICARF determina a publicação da ata no DOU com dez dias de antecedência e no sitio do CARF, cabendo ao contribuinte diligenciar a respeito, bastando aparecer na hora designada para a sessão e manifestar o desejo da sustentação oral e nada mais.

Indefiro o pedido de intimação em nome dos causídicos e nos endereços destes, uma vez que o artigo 127, da Lei 5.172/66 c/c o artigo 23, do Decreto 70.235/72 não trazem tal hipótese e estabelecem as formas de comunicações ao sujeito passivo.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Todavia, a multa do DEBCAD 37.370.572-7, até a competência 11/2008, foi aplicada nos termos da legislação em vigor à época do lançamento, artigo 35 - A, introduzido na Lei 8.212/91, pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008.

Contudo, o artigo 35, incisos II e III, da Lei 8.212/91, na redação dada pelas Leis 9.528/97 e 9.876/99 que estavam em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores são mais benéficos e assim nos termos do artigo 144 c/c o artigo 106, II, "c", ambos, da Lei 5.172/66 é quem deve disciplinar a multa, salvo se esta atingir a oitenta por cento, conforme alínea "c", do inciso III, citado, ocasião em que passa a ser mais benéfica a nova multa do artigo 35 -A, introduzido na Lei 8.212/91, pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008, respeitando o artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, tudo conforme o momento do pagamento ou parcelamento ou execução.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações de mérito, suscitadas pela recorrente, salvo quanto à previdência privada e de ofício reconheço a aplicação da multa punitiva benéfica como esclarecido.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, para determinar:

I – a exclusão dos levantamentos PV1 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PV2 – PREV PRIV SEGURADOS EMPREGADOS; PW1 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS e PW2 – PREV PRIV CONTRIB INDIVIDUAIS do lançamento que compõe o presente PAF.

II – a aplicação do artigo 35, incisos II e III, da Lei 8.212/91, na redação dada pelas Leis 9.528/97 e 9.876/99 que estavam em vigor à época da ocorrência dos fatos geradores, pois são mais benéficos e assim nos termos do artigo 144 c/c o artigo 106, II, "c", ambos, da Lei 5.172/66 é quem deve disciplinar a multa, salvo se esta atingir a oitenta por cento, conforme alínea "c", do inciso III, citado, ocasião em que passa a ser mais benéfica a nova multa do artigo 35 -A, introduzido na Lei 8.212/91, pela Lei 11.941/2009, conversão da MP 449/2008, respeitando o artigo 106, II, "c", da Lei 5.172/66, tudo conforme o momento do pagamento ou parcelamento ou execução, em relação ao DEBCAD 37.370.572-7.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001
Autenticado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/04/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 29/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA
Impresso em 29/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA