



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

Processo nº 15504.012726/2009-38
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 9202-007.757 – 2ª Turma
Sessão de 23 de abril de 2019
Matéria VÍCIO FORMAL X VÍCIO MATERIAL
Embargante CONSELHEIRO MÁRIO PEREIRA DE PINHO FILHO
Interessado MERCANTIL DO BRASIL FINANCEIRA SA CREDITO FIN E INVEST e FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2005 a 31/12/2006

EMBARGOS. OMISSÃO OU CONTRADIÇÃO. ACOLHIMENTO.

Constatando-se omissão ou contradição no registro da decisão, os embargos devem ser acolhidos.

DECISÃO. ERROS OU OMISSÕES. RETIFICAÇÃO.

Verificado que decisão embargada extrapolou os limites da lide, deve ser prolatado novo acórdão que se refira às matérias que se encontram efetivamente em discussão.

LANÇAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. RECONHECIMENTO DE VÍCIO. PREJUÍZO À DEFESA. INEXISTÊNCIA. VÍCIO FORMAL.

Na eventualidade de inconsistência na fundamentação do lançamento, e uma vez constatada a inocorrência de prejuízo ao direito de defesa, caso reconhecida a existência de vício, esse deve ser considerado como de natureza formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e acolher os Embargos de Declaração para, sanando o vício apontado no Acórdão nº 9202-007.417, de 11/12/2018, com efeitos infringentes, alterar o registro do resultado para “Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, restabelecendo a tributação sobre o auxílio-alimentação e, relativamente à PLR, classificar o vício como de natureza formal, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento, e a conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, que lhe deu provimento parcial, apenas no que tange à PLR”.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho- Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Mário Pereira de Pinho Filho, Patrícia da Silva, Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Miriam Denise Xavier (suplente convocada), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de embargos de declaração com intuito de corrigir e complementar decisão registrada no acórdão de Recurso Especial.

Em sessão plenária de 11/12/2018, foi julgado o Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, proferindo-se a decisão consubstanciada no Acórdão nº 9202-007.417, cuja ementa transcreve-se a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2005 a 31/12/2006

LANÇAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. RECONHECIMENTO DE VÍCIO. PREJUÍZO À DEFESA. INEXISTÊNCIA. VÍCIO FORMAL.

Na eventualidade de inconsistência na fundamentação do lançamento e uma vez constatada a inocorrência de prejuízo ao direito de defesa, caso reconhecida a existência de vício, esse deve ser considerado como de natureza formal.

ALIMENTAÇÃO FORNECIDA POR MEIO DE TÍQUETE. FALTA DE ADESÃO AO PAT. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. INAPLICABILIDADE DO ATO DECLARATÓRIO PGFN N.º 03/2011.

Para o gozo da isenção prevista na legislação previdenciária, no caso do pagamento de auxílio alimentação em tíquete, a empresa deverá comprovar a sua regularidade perante o Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. Inaplicável o Ato Declaratório PGFN n.º 03/2011, considerando não se tratar de fornecimento de alimentação "in natura".

Da análise da parte introdutória do Voto Vencedor do acórdão de Recurso Especial, constata-se que as matérias submetidas à análise deste Colegiado resumem-se a i) Participação nos Lucros ou Resultados – Vício Formal x Vício Material; e ii) Auxílio Alimentação sem inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT.

Por outro lado, da forma como foi registrado, o *decisum* nos leva a inferir que, com relação à rubrica Participação nos Lucros ou Resultados – PLR, o entendimento da Turma de julgamento foi no sentido de que não haveria vício no lançamento, restando superado o juízo de parte do Colegiado quanto a ocorrência de vício material, bem assim o da Conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz que assentou ser o vício de índole formal.

Além disso, os aclaratórios dão conta de que o Acórdão nº 2402-02.817, objeto de Recurso Especial, deixou de analisar questões trazidas aos autos em recurso voluntário interposto por empresas indicadas no lançamento como responsáveis solidárias, circunstância que também não foi abordada na decisão embargada.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Os embargos são tempestivos e atendem aos demais pressupostos de admissibilidade, devendo ser acolhidos.

Examinando-se o voto vencedor da decisão embargada, constata-se que, com relação à Participação de Lucros ou Resultados – PLR, a matéria devolvida à apreciação deste Colegiado cinge-se à determinação da natureza do vício que ensejou a anulação do lançamento, se formal ou material. Contudo, o acórdão foi registrado nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento, e a conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, que lhe deu provimento parcial, para considerar que o vício é de natureza formal em relação à PLR. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho. (Grifou-se)

Observe-se que, da forma como foi redigido, o *decisum* nos leva, de fato, a concluir que, com relação à PLR, a decisão da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF reformou o acórdão de recurso voluntários para restabelecer o lançamento.

Porém, muito embora a Fazenda Nacional tenha arguido que o lançamento relacionado à PLR não padecia de qualquer tipo de vício, essa matéria não foi acolhida quando do exame de admissibilidade do Recurso Especial, de forma que é defeso a esse Colegiado proferir decisão nesse sentido, ou seja, a decisão da CSRF deve restringir-se a definir a natureza do vício, se formal ou material.

Portanto, faz necessário proceder nova análise da peça recursal de modo que a essa Turma de Julgamento possa se posicionar a respeito do tema, mas somente com relação à matéria efetivamente devolvida.

Nesse sentido, cabe reproduzir o voto vencedor da decisão embargada para, ao final, propor o necessário ajuste no acórdão:

“Participação nos Lucros ou Resultados – PLR

A respeito deste tema, a decisão fustigada entendeu por anular o lançamento por vício material por entender que a autoridade autuante teria partido de premissa equivocada. Nos termos de referida decisão:

Primeiramente, cabe pontuar que a exigência das contribuições incidentes sobre os pagamentos realizados a título de PLR se embasou no fato de que a Recorrente não teria comprovado a realização da negociação coletiva, conforme se verifica no Relatório Fiscal.

No entanto, pode-se verificar neste processo que, no curso da ação fiscal, a Recorrente disponibilizou a Convenção Coletiva de Trabalho, haja vista que: (i) a fiscalização solicitou o “instrumento de negociação entre a empresa e empregados relativo a pagamento de Participação nos Lucros ou Resultados”, não fazendo qualquer ressalva quanto ao não recebimento de tal documento; e (ii) como se verifica no Relatório Fiscal, a fiscalização teve acesso à Convenção Coletiva de Trabalho de 2005/2006, que é exatamente o instrumento que trata sobre o pagamento da PLR.

Assim, verifica-se que a exigência das contribuições sobre o PLR foi erroneamente fundamentada.

Em vista disso, tem-se que o lançamento não atendeu aos requisitos previstos no art. 142 do CTN, no que tange à exigência do PLR, haja vista que não verificou corretamente a ocorrência de fatos geradores das contribuições previdenciárias, situação esta que configura flagrante vício material.

Desta forma, as contribuições previdenciárias exigidas sobre os pagamentos realizados a título de PLR devem ser anuladas, por motivos de vício material. (Grifou-se)

A contribuinte, em sede de contrarrazões, aduz que:

*No julgamento da impugnação aforada pelo Recorrida, a DRJ, verificando o equívoco dos Auditores ao consignarem a inexistência das Convenções Coletivas de Trabalho, **alterou completamente as razões** indicadas no ‘Relatório Fiscal’, para consignar, agora, que, embora apresentadas, as tais Convenções **não previram um plano de metas que norteasse a distribuição de PLR**. Em função disso, a DRJ considerou procedente o lançamento, **revisandoo para adotar novo critério jurídico (se antes o critério era ‘ausência de negociação coletiva’, agora o critério passou a ser ‘ausência de plano de metas’)**. (Grifos do original)*

Para o efetivo exame das razões contidas no acórdão recorrido e das alegações trazidas aos autos pelo sujeito passivo, convém, inicialmente reproduzir trechos do Relatório Fiscal (fls. 24/38) sobre a matéria em análise:

2.2 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS competência 01/2006

Refere-se aos pagamentos ou créditos realizados pela empresa a seus empregados a título de PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS PLR.

Para que a participação dos empregados nos lucros ou resultados da empresa não se constitua base de incidência de contribuições previdenciárias, é imprescindível que os pagamentos ou créditos a este título atendam à normatização trazida pela MP 794/94 (reedições posteriores), transformada na Lei nº 10.101 de 19/12/2000,

que regula a referida participação como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.

Notadamente o seu artigo 2º traz a obrigatoriedade de que a PLR seja objeto de negociação entre a empresa e seus empregados através de uma comissão escolhida pelas partes ou através de acordo/convenção coletiva.

No presente caso, a empresa fez os pagamentos ou créditos a seus empregados sem comprovar a realização desta negociação, apesar de ter sido intimada para tal conforme Termo de Intimação Fiscal TIF, datado de 07/05/2009.

Esta ausência de negociação prévia da empresa com os trabalhadores tornou a rubrica similar às demais constantes da folha de pagamento FOPAG e integrantes da base de cálculo das contribuições previdenciárias, sem revesti-la com a especificidade exigida pelo particular dispositivo legal supra mencionado.

Desvirtuou-se, assim, do objetivo primeiro mencionado no artigo inicial da Lei nº 10.101, qual seja, de "integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso X I , da Constituição".

Desta forma, os valores pagos ou creditados aos empregados a título de PLR passam a integrar o salário de contribuição, nos termos do art. 28, item " I " não incidindo na exceção do § 9º , letra " j " , do mesmo art. 28 da Lei nº. 8.212 de 24/07/91, combinado com Art. 214, Inciso I, § 9º , item " X " e § 10º do RPS, pois foram pagos em desacordo com a lei específica. (Grifou-se)

Do exame das razões trazidas no Relatório Fiscal constata-se que Colegiado Ordinário incorreu em evidente equívoco. Veja-se que, **em momento algum**, a autoridade autuante fez qualquer alusão à hipótese de a Contribuinte ter deixado de apresentar, no curso do procedimento fiscal, a Convenção Coletiva de Trabalho. O que motivou o lançamento foi o fato de a PLR ter sido paga, **na competência 01/2006**, sem que restasse comprovada a realização de negociação prévia, consoante preceitua a norma legal afeta ao tema.

Recorrendo-se à Cláusula Trigésima Quinta da Convenção Coletiva de Trabalho 2005 – 2006 (fls. 196/2008) tem-se as disposições acerca do pagamento da PLR. Confira-se:

CLÁUSULA TRIGÉSIMA QUINTA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS (P.L.R.)

Respeitado o teto de RS 1.686.72 (hum mil e seiscentos e oitenta e seis reais. setenta e dois centavos), valor máximo a ser concedido por empregado, as Financeiras efetuarão um pagamento único, do valor que corresponder a 65 % (Sessenta e cinco por cento) sobre o salário-base mais verbas fixas de natureza salarial, reajustadas em novembro de 2005 (Dois mil e cinco), após o que será acrescido o valor fixo . de RS 160.04 (Cento e sessenta reais e quatro centavos) aos empregados admitidos até 31 de dezembro de 2004 e em efetivo exercício em 31 de dezembro de 2005

PARÁGRAFO PRIMEIRO

Para fazer jus à integralidade do valor referido no caput da cláusula o empregado devera ter trabalhado para a mesma empregadora durante os 12 (doze meses do ano de 2005, pagando-se de forma proporcional, à razão de 1/12 por mês trabalhado, para os que não trabalharam durante todo o ano e considerando-se como mês integral a fiação superior a 15 (quinze) dias.

PARÁGRAFO SEGUNDO

Para efeitos de apuração da frequência, não serão consideradas como ausências as faltas que tenham decorrido de acidente do trabalho, doença de qualquer natureza e afastamento maternidade.

PARÁGRAFO TERCEIRO

Este pagamento refere-se ao exercício de 2005 cumprindo-se dessa forma a legislação pertinente e aplicável.

PARÁGRAFO QUARTO

Ficam desobrigadas do cumprimento das disposições do caput e parágrafos 1º, 2º e 3º da presente cláusula as financeiras que, após a apuração do balanço anual referente ao exercício do ano 2005, não apresentaram lucro.

Após a apuração do resultado final do exercício 2005, caso a Financeira apresente lucro, efetuará o pagamento em até 10 (dez dias após esta apuração ou no decorrer do mês subsequente ao da assinatura da presente Convenção Coletiva de Trabalho.

PARÁGRAFO QUINTO

As FINANCEIRAS que têm programas próprios de P.L.R. poderão compensar os valores em decorrência desta Cláusula com os valores que forem apurados em função dos seus programas internos.

PARÁGRAFO SEXTO

A forma pela qual a P.L.R., referente ao exercício de 2005, está

*sendo tratada nesta Cláusula é de caráter excepcional.
(Grifou-se)*

Aperceba-se que a motivação inserta na decisão de primeira instância administrativa não se afastou das razões que determinaram o lançamento. Assim como no Relatório Fiscal, o acórdão da DRJ pautou-se na inexistência de negociação prévia, ou tardia, para considerar que os valores título de PLR foram pagos em desacordo com a lei regulamentadora do benefício e, em razão disso, não estavam abarcados pela isenção prevista na alínea “j” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991.

Assim, não há como atribuir razão ao Sujeito Passivo quanto ao argumento de que a decisão da DRJ teria adotado critério jurídico diverso daquele ostentado pelo Fisco. O fundamento adotado pelo Autuante, bem assim pela autoridade julgadora foi exatamente o mesmo, qual seja, a inexistência de metas ou resultados para o período relativo ao pagamento do benefício.

Ademais, como bem ressaltado na decisão da DRJ, a inexistência de negociação tendente a estabelecer metas ou resultados a serem perseguidos pelos empregados da contribuinte equipara a verba paga a título de PLR às demais verbas de caráter remuneratório, excluindo-a da isenção prevista na Lei de Custeio Previdenciário. Significa dizer que, tendo o Sujeito passivo descumprido os preceitos da Lei nº 10.101/2000, inexistente qualquer tipo de mácula no lançamento.

Contudo, de acordo com o que se esclareceu alhures, a matéria devolvida à apreciação deste colegiado diz respeito tão somente à natureza do vício, se formal ou material. Assim, partindo do pressuposto de que o ato do lançamento está, de fato, contaminado por vício de nulidade, e tendo em vista que não se detectou a ocorrência de prejuízo à ampla defesa ou ao contraditório, considero ser o vício de índole formal.”

Veja-se que os fundamentos trazidos na decisão embargada já refletem o entendimento que vem se consolidado nesta Turma de julgamento de que, mesmo constatada a inexistência de vício no lançamento, quando a lide se limita à definição da natureza desse vício (se formal ou material), há de se reconhecer ser ele de índole formal.

Assim, entendo que o registro da decisão deve ser alterado de modo que se reconheça que o lançamento, na parte relativa à PLR, padece de vício formal.

Com relação Auxílio Alimentação sem inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador – PAT, não há qualquer tipo de alteração a se fazer no acórdão de recurso especial, tendo prevalecido, por voto de qualidade, o entendimento de que os valores pagos pela empresa a esse título integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Ademais, reconhecida a nulidade do lançamento de PLR por vício formal, descabe a restituição dos autos ao Colegiado Ordinário para análise do recurso voluntário dos responsáveis solidários.

Conclusão

Ante do exposto voto por conhecer e acolher os Embargos de Declaração para, sanando o vício apontado no Acórdão nº 9202-007.417, de 11/12/2018, com efeitos infringentes, alterar o registro do resultado para *“Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em dar-lhe provimento, restabelecendo a tributação sobre o auxílio-alimentação e, relativamente à PLR, classificar o vício como de natureza formal, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que lhe negaram provimento, e a conselheira Ana Cecília Lustosa da Cruz, que lhe deu provimento parcial, apenas no que tange à PLR”*.

(assinado digitalmente)
Mário Pereira de Pinho Filho