



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

Processo nº 16045.000519/2007-96
Recurso nº 160.687 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.860 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de janeiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente INDÚSTRIA QUÍMICA TAUBATÉ (IQT)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 20/09/2007

DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO. PRAZO DECADENCIAL REGIDO PELO I, ART. 173 DO CTN.

Não comprovada a ocorrência de pagamento parcial, a regra decadencial expressa no CTN a ser utilizada deve ser a prevista no I, Art. 173 do CTN, conforme inteligência da determinação do Art. 62-A, do Regimento Interno do CARF (RICARF), em sintonia com o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), no Recurso Especial 973.733.

No presente caso, como se trata de autuação por descumprimento de obrigação tributária acessória, não há recolhimento algum, motivo da aplicação da regra decadencial determinada no I, art. 173, do CTN.

INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIÇÃO. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO INDIRETO. AUXÍLIO ALIMENTAÇÃO “IN NATURA”. NÃO INCIDÊNCIA.

Entende-se por 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.

Segundo entendimento expresso no Ato Declaratório nº 03/2011, da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), não há incidência de contribuição previdenciária.

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.

MULTA RETROATIVIDADE BENIGNA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. GFIP.

Na superveniência de legislação que estabeleça novos critérios para a apuração da multa por descumprimento de obrigação acessória, faz-se necessário verificar se a sistemática atual é mais favorável ao contribuinte que a anterior.

No caso, a aplicação da multa mais benéfica ao contribuinte deve se efetivar pela comparação entre o valor da multa dos autos com o disciplinado no art. 44, I da Lei nº 9.430, de 1996, deduzidos os valores levantados a título de multa nos lançamentos correlatos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 11/2001, anteriores a 12/2001, nos termos do voto do(a) Relator(a); b) em dar provimento ao recurso, a fim de excluir do lançamento - pelas decisões expressas nos lançamentos correlatos referentes às obrigações tributárias principais - contribuições oriundas dos pagamentos referentes à previdência privada, dos dois primeiros pagamentos de participação nos lucros e resultados (PLR), auxílio saúde, nos termos do voto do Relator; b) em dar provimento ao recurso, a fim de excluir do lançamento - por determinação de ato declaratório da PGFN - contribuições oriundas dos pagamentos referentes às verbas auxílio alimentação, nos termos do voto do Relator; c) em negar provimento ao recurso, a fim de manter no lançamento, pelas decisões expressas nos lançamentos correlatos referentes às obrigações tributárias principais - contribuições oriundas dos pagamentos referentes às verbas reembolso de seguro saúde, , pagamentos a Cláudio Mascaro, nos termos do voto do Relator; d) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a); II) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, para retificar a multa aplicada, a fim de que se compare a multa constante dos autos com a resultante do cálculo da multa expressa no I, art. 44, da Lei nº 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzidas as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Fábio Pallaretti Calcini, Wilson Antônio de Souza Correa e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em utilizar pra retificação do cálculo o art. 32-A da Lei 8.212/1991.

Processo nº 16045.000519/2007-96
Acórdão n.º **2301-003.860**

S2-C3T1
Fl. 3

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA

Presidente - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), WILSON ANTONIO DE SOUZA CORREA, LUCIANA DE SOUZA ESPINDOLA REIS, BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, FABIO PALLARETTI CALCINI.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário, contra decisão da Delegacia da Secretaria da Receita do Brasil de Julgamento (DRFBJ), fls. 0559, que julgou procedente a autuação motivada por descumprimento de obrigação tributária legal acessória, fl. 001, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 14/09/2007

AI DEBCAD nº 37.037.945-4

INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APRESENTAÇÃO DE GFIP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES.

Constitui infração a apresentação, por parte da empresa, de GFIP com dados não correspondentes a todos os fatos geradores de todas contribuições previdenciárias, conforme previsto no art. 32, inciso IV e § 5º da Lei nº 8.212/91.

Lançamento Procedente

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 032, a autuação refere-se a descumprimento por parte do sujeito passivo de obrigação tributária acessória - apresentar GFIP com dados não correspondentes a todos os fatos geradores de todas contribuições previdenciárias – em relação aos seguintes pagamentos aos segurados a seu serviço, no período de 01/1999 a 12/2006:

1. Salário in natura, que foi considerada integrante do Salário-de-Contribuição por conceder alimentação sem inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador (PAT);
2. Previdência Complementar Privada, que foi considerada integrante do Salário-de-Contribuição por não ser extensiva a todos os segurados;
3. Participação nos Lucros e Resultados, que foi considerada integrante do Salário-de-Contribuição por não haver comprovação de que cumpriu com os requisitos legais;
4. Reembolso de despesas de saúde, que foi considerada integrante do Salário-de-Contribuição por não constar em GFIP ou folha;
5. Seguro-saúde, que foi considerada integrante do Salário-de-Contribuição por não ser extensiva a todos os segurados;
6. Cláudio Mascaro, valores pagos a esse contribuinte individual;
7. Cooperativas de trabalho;
8. Pagamentos a contribuintes individuais;

9. Reclamatória trabalhista.

Em 20/09/2007 foi dada ciência à recorrente da autuação, fls. 0356.

Contra a autuação, a recorrente apresentou impugnação, fls. 0360, acompanhada de anexos, onde alegou, em síntese, que:

1. O crédito lançado estaria parcialmente decaído;
2. Uma vez que os lançamentos das NFLD's nºs 37.037.930-6, 37.037.931-4, 37.037.934-9, 37.037.940-3, 37.037.941-1 e 37.037.942-0 seriam indevidos, não há que se falar em descumprimento do dever de informar em GFIP;
3. O tipo previsto no §5º do art.32 da Lei nº 8.212/91 não abrangeria a situação fática presente na autuação;
4. A multa estaria calculada incorretamente, pois a Portaria MPS nº 142/07 não poderia retroagir;
5. É inconstitucional o art. 92 da Lei nº 8.212/91, por atribuir à "regulamento" elementos da penalidade, bem como questiona a legalidade das previsões do Decreto nº 3.048/99;
6. A cobrança da multa, além daquela que já incidiu nas NFLD's citadas, caracterizar-se-ia como duplicidade de lançamento da multa;
7. A multa seria confiscatória, juntando doutrina e jurisprudência; e
8. Caberia uma "interpretação benigna" da legislação tributária.

A Delegacia analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, fls. 0559.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0568, acompanhado de anexos, onde alega, em síntese, o que já alegou em sua defesa, com argumentos, pela não incidência, sobre o mérito dos pagamentos efetuados.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

A Segunda Turma Ordinária, da Quarta Câmara, da Segunda Seção, do CARF, analisou a questão e decidiu converter o julgamento em diligência, nos seguintes termos:

“Quanto às preliminares há questão a ser esclarecida.

Os fatos geradores que não constaram em GFIP, motivo da autuação, estão sendo discutidos em vários processos, ainda não julgados por este colegiado.

Sem a certeza na definição da sorte desses lançamentos não há como definir o destino da autuação por descumprimento da obrigação acessória.

Assim, decido converter o julgamento em diligência, a fim de que no presente processo seja anexado o Relatório Fiscal e as decisões já exaradas nos processos citados no RF, fls. 033.

Após essa medida, deve ser dada ciência desta decisão e dos documentos anexados à recorrente e reaberto seu prazo para apresentação de novos argumentos, trinta dias da ciência, caso deseje.”

A autoridade preparadora cumpriu a diligência solicitada e emitiu informação fiscal a respeito, fls. 0652.

O sujeito passivo, apesar de devidamente intimados, fls. 0180 e 0181, não apresentou novos argumentos.

Os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame de seus argumentos.

DA PRELIMINAR

Quanto às preliminares, devemos analisar a questão da decadência.

Os motivos da autuação estão descritos no RF: apresentação de GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, conforme disposto na Legislação, no período de 01/1999 a 12/2006.

Primeiramente, cabe esclarecer que a autuação foi motivada por descumprimento de obrigação acessória tributária.

A finalidade do ato é que define a regularidade da obrigação imposta pela Administração aos administrados. No caso da presente obrigação acessória a finalidade, na esfera tributária, é a verificação do adimplemento quanto à obrigação principal.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de n.º 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212 de 1991, nestas palavras:

***Súmula Vinculante nº 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.º 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.º 8.212, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

A decadência está arrolada como forma de extinção do crédito tributário no inciso V do art. 156 do CTN e decorre da conjugação de dois fatores essenciais: o decurso de certo lapso de tempo e a inércia do titular de um direito.

Esses fatores resultarão, para o sujeito que permaneceu inerte, ou na extinção de seu direito material.

Em Direito Tributário, a decadência está disciplinada no art. 173 e no art. 150, § 4º, do CTN (este último diz respeito ao lançamento por homologação). A decadência, no Direito Tributário, é modalidade de extinção do crédito tributário.

Aplica-se a regra do § 4º, Art. 150 do CTN a lançamentos por homologação, quando houve recolhimento parcial.

Já a regra do I, Art. 173 do CTN aplica-se a lançamento de ofício, sem recolhimento parcial efetuado.

Esse posicionamento possui amparo em decisões do Poder Judiciário.

“Ementa: II. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. REsp 395059/RS. Rel.: Min. Eliana Calmon. 2ª Turma. Decisão: 19/09/02. DJ de 21/10/02, p. 347.)

...

“Ementa: Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, a fixação do termo a quo do prazo decadencial para a constituição do crédito deve considerar, em conjunto, os arts. 150, § 4º, e 173, I, do Código Tributário Nacional.

Na hipótese em exame, que cuida de lançamento por homologação (contribuição previdenciária) com pagamento antecipado, o prazo decadencial será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

.... Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.” (STJ. EREsp 278727/DF. Rel.: Min. Franciulli Netto. 1ª Seção. Decisão: 27/08/03. DJ de 28/10/03, p. 184.)

Como não se trata de lançamento por homologação, pois não há recolhimentos há homologar, aplica-se a regra do lançamento de ofício, já que por ser autuação sua natureza sempre será de ofício.

CTN:

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.”

Portanto: o direito de constituir o crédito extingue-se em cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado o lançamento.

Na presente autuação, a ciência do sujeito passivo ocorreu em 09/2007, fls0356, e os fatos geradores ocorreram nas competências 01/1999 a 12/2006.

Logo, a recorrente não poderia ter sido autuada pelos motivos até 11/2001, anteriores a 12/2001, pois o direito do Fisco nas competências até 11/2001 já estava extinto.

Esclarecemos que a competência 12/2001 não deve ser excluída do cálculo da multa porque a exigibilidade das informações sobre essa competência somente ocorrerá a partir de 01/2002, não decadente, quando poderia ter sido efetuada a autuação.

Ainda nas preliminares, cabe esclarecer ao sujeito passivo que não cabe a esse órgão administrativo analisar e discutir alegações sobre inconstitucionalidade de legislação, conforme súmula vinculante do CARF:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Por todo o exposto, acato, parcialmente, as preliminares ora examinadas, a fim de excluir do lançamento os valores referentes ao cálculo da multa nas competências até 11/2001, anteriores a 12/2001, devido a decadência.

DO MÉRITO

Quanto ao mérito, devemos analisar, isoladamente, cada tipo de pagamento que motiva a autuação.

Para tanto, nos socorreremos a cada lançamento, por descumprimento de obrigação tributária principal, informado na diligência.

Quanto aos pagamentos referentes à alimentação, “in natura, como afirma o Fisco, sem a inscrição no PAT (Programa de Alimentação do Trabalhador), já temos como decidir o assunto.

Cabe esclarecer que a PGFN emitiu o seguinte Ato Declaratório:

ATO DECLARATÓRIO Nº 03 /2011

“A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da competência legal que lhe foi conferida, nos termos do inciso II do art. 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do art. 5º do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, tendo em vista a aprovação do Parecer PGFN/CRJ/Nº 2117 /2011, desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, pelo Senhor Ministro

de Estado da Fazenda, conforme despacho publicado no DOU de 24.11.2011, DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante:

“nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o pagamento in natura do auxílio-alimentação não há incidência de contribuição previdenciária”.

Já o Decreto 70.235/72 determina:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

...

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:...

II – que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002;

Portanto, devido ao Ato da PGFN citado, decido dar provimento ao recurso, neste ponto, a fim de excluir todos os valores constantes da multam, referentes a alimentação.

Quanto aos pagamentos referentes à previdência privada, em que a fiscalização considerou como SC devido a não disponibilidade a todos os segurados da recorrente, devemos analisar o lançamento por descumprimento de obrigação tributária principal.

Nesse sentido, esclarece o RF do lançamento em questão, fls. 0727:

“14. Analisado o contrato com a AGF Brasil Seguros S/A, verifica-se que, embora haja a previsão de participação no plano de todos os empregados e dirigentes da instituidora, a aposentadoria mensal só está disponível para os trabalhadores com salário-dc-contribuição acima de 20. (vinte) URT. Os demais, ao final do período mínimo, recebem apenas um salário-dc-contribuição, a título de benefício mínimo, em parcela única.

15. As faturas, além do boleto de pagamento, trazem a relação individual dos beneficiários, discriminando as parcelas dos participantes e da empresa. Observa-se que os trabalhadores com salários superiores a 20 URT tem uma participação de até 50% no custo do plano, sendo o restante complementado pela empresa. Os demais não tem participação no custo, e a contribuição nestes casos é exclusiva da empresa, porém com valores muito pequenos, comparados com os do primeiro grupo!

...

22. Conclui-se, de todo o exposto, que os planos de previdência complementar não estavam disponíveis à totalidade de seus empregados e dirigentes, sendo que no caso da AGF Brasil Seguros S/A, apenas parte dos trabalhadores conta com o benefício da aposentadoria, em detrimento dos demais. Estes, **embora contratualmente incluídos no plano**, recebem apenas um benefício mínimo ao final do período, em parcela única.”

O lançamento em questão possui o número de processo 16045.000517/2007-05, já tendo trânsito em julgado, nos seguintes termos:

“ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1999 a 31/12/2006

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.

Após o advento da LC nº 109/2001, somente no regime fechado, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, mas não como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação.

JUROS DE MORA. SELIC. APLICAÇÃO

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Os conselheiros Ana Maria Bandeira e Ronaldo de Lima Macedo acompanharam o relator pelas conclusões.”

Na análise dos autos, assim como fizeram os conselheiros Ana Maria Bandeira e Ronaldo de Lima Macedo, dou provimento ao recurso, nesta questão, mas por fundamento diverso, já que a própria fiscalização informa em seu relatório que todos os segurados estão incluídos no plano e esse é o requisito para a isenção.

Lei 8.212/1991:

“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;

...

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

...

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT;”

Portanto, devido ao exposto, decido dar provimento ao recurso, neste ponto, a fim de excluir todos os valores constantes da multa, referentes a previdência privada.

Quanto aos pagamentos referentes à participação nos lucros e resultados (PLR), em que a fiscalização considerou como SC devido a não obediência a requisitos legais, devemos analisar o lançamento por descumprimento de obrigação tributária principal.

Nesse sentido, esclarece o RF do lançamento em questão, fls. 0676:

13. Verificou-se. que a convenção coletiva de 1997 não prevê o pagamento de PLR, e que as convenções a partir de 1998, embora com previsão e fixação de valores, não estabelecem regras; para sua concessão, seja, através: de índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa, ou ainda de programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

...

15. Atente-se ainda para o fato de que os pagamentos a título de PLR em 2006 ocorreram nas competências de fevereiro, novembro e dezembro de 2006, em desacordo com a legislação, segundo a qual:

...

16. Conclui-se, portanto, que os pagamentos a título de PLR, no período de 01/1997 a 12/2006, excetuado o de dezembro de 2005, foram pagos, em desacordo com a lei específica, e, conseqüentemente, deixam de gozar da prerrogativa da não incidência prevista na letra "j", do § 9º do artigo 28, da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, constituindo-se em parcelas integrantes do salário-de-contribuição."

O lançamento em questão possui o número de processo 16045.000520/2007-11, já tendo trânsito em julgado, nos seguintes termos:

"ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/12/2006

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS.

Incidência contribuição previdenciária aos valores pagos a título de participação nos lucros e resultados da empresa, quando não satisfeitos os requisitos exigidos pela legislação para gozo da imunidade.

Somente os pagamentos realizados após a segunda parcela é que estão em desconformidade com a lei.

JUROS DE MORA. SELIC. APLICAÇÃO

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC.

INCONSTITUCIONALIDADE.

É vedado ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais afastar dispositivo de lei vigente sob fundamento de inconstitucionalidade.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para exclusão da base de cálculo dos dois primeiros pagamentos de PLR."

Assim, a decisão, transitada, do CARF analisou os autos, suas razões, e excluiu do lançamento, por unanimidade, os dois primeiros pagamentos a título de PLR, por estarem em conformidade com a legislação, lei 10.101/2000, mantendo os demais e atestando que outros requisitos exigidos pela legislação para a isenção foram cumpridos.

Assim, acompanho a decisão emitida pelo CARF, já transitada e julgada, a excluir da base de cálculo os dois primeiros pagamentos de PLR.

Quanto ao reembolso de despesas com tratamento de saúde, a fiscalização considerou como SC devido aos valores serem pagos aos segurados sob essa forma, classificados como despesas indedutíveis e lançados em contas próprias, porém sem informação em folhas de pagamento ou GFIP.

Nesse sentido, esclarece o RF do lançamento em questão, fls. 0796, que valores de reembolso de despesa de saúde forma pagos a dois integrantes da direção da empresa. Com essa informação, a fiscalização solicitou esclarecimentos se o benefício era estendido à totalidade dos segurados, mas não obteve resposta, motivo de considerá-los como SC.

O lançamento em questão possui o número de processo 16045.000527/2007-32, já tendo trânsito em julgado, por decisão da DRJ. que julgou o lançamento procedente.

Assim, como as razões para a manutenção do lançamento e sua solução demonstram sua procedência, já que o benefício não foi estendido a todos os segurados, como determina a lei 8.212/1991 e o sujeito passivo não questionou a decisão da DRJ, voto em negar provimento ao recurso nesta questão.

Quanto aos valores referentes ao seguro saúde, a fiscalização considerou como SC devido aos valores corresponderem à participação da empresa em programa de seguro saúde não disponível à totalidade de seus empregados.

Nesse sentido, esclarece o RF do lançamento em questão, fls. 0652, que valores de seguro de saúde foram pagos somente a um grupo específico de segurados, nos seguintes termos:

8. Verificou-se que a notificada, além do plano' de saúde da UNIMED oferecido A.todos, oferece também Seguro Saúde a um grupo específico de trabalhadores, sendo que estes participam com 20% do valor do prêmio. '-.,

Informação importante é que em certo período, 01/1999 a 11/2004 o sujeito passivo reconheceu a incidência da contribuição para esses valores, deixando de reconhecer essa incidência no período posterior.

Com essa informação, a fiscalização solicitou esclarecimentos se o benefício era estendido à totalidade dos segurados, mas não obteve resposta, motivo de considerá-los como SC.

O lançamento em questão possui o número de processo 16045.000528/2007-32, e está pendente de análise de recurso especial.

Cabe destacar que a Segunda Turma, Quarta Câmara, Segunda Seção, do CARF já analisou a questão, com decisão que não concordo, devido a equívoco na análise.

Na decisão citada, o colegiado, por maioria, deu provimento parcial ao recurso para excluir os valores de seguro saúde.

Primeiramente cabe destacar que o provimento deveria ser integral, pois o lançamento só trata dessa questão.

Em segundo ponto, cabe destacar que não se trata – como afirma a decisão – em síntese, de que todos os segurados são beneficiados e que parcela possui benefício com maiores direitos.

Na verdade o seguro saúde em questão refere-se, como muito bem esclarece o Fisco, a outro benefício, diferente do plano, nos seguintes termos:

*8. Verificou-se que a notificada, **além** do plano' de saúde da UNIMED oferecido a todos, oferece também Seguro Saúde a um grupo específico de trabalhadores, sendo que estes participam com 20% do valor do prêmio."*

É outro benefício, que só alguns segurados possuem direito.

Portanto, por não se coadunar com a previsão de isenção prevista na lei 8212/1991, que exige que o benefício seja estendido a todos os segurados, nego provimento ao recurso nesta questão.

Quanto ao valor pago a contribuinte individual, Cláudio Mascaro, a fiscalização considerou como SC por esse pagamento ser efetuado por serviços prestados, sem vínculo empregatício.

O lançamento em questão possui o número de processo 16045.000529/2007-21, já tendo trânsito em julgado, por decisão da DRJ. que julgou o lançamento procedente.

Assim, como as razões para a manutenção do lançamento e sua solução demonstram sua procedência, já que os pagamentos foram feitos e o sujeito passivo não questionou a decisão da DRJ, voto em negar provimento ao recurso nesta questão.

Quanto a multa, cabe esclarecer que ocorreu alteração de seu cálculo pela Medida Provisória n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, com o surgimento do Art. 35-A na Lei 8.212/1991.

Nesse sentido, deve o órgão responsável pelo cumprimento da decisão recalcular o valor da penalidade, posto que o critério atual pode ser mais benéfico para a recorrente, de forma a prestigiar o comando contido no art. 106, II, "c", do CTN, *verbis*:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Para tanto, deve-se comparar as penalidades impostas antes da alteração legislativa com as posteriores a alteração legislativa, para o mesmo tipo de infração.

Conseqüentemente, para tanto, deve-se comparar a multa constante dos autos com a resultante do cálculo da multa expressa no I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzidas as multas aplicadas nos lançamentos correlatos e - caso seja mais benéfico à recorrente - utilizar esse valor.

Portanto, o recurso deve ser provido parcialmente neste ponto.

CONCLUSÃO:

Em razão do exposto, voto em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, somente para, nos termos do voto:

- a) excluir do cálculo da multa – devido a decadência - os fatos que ocorreram até 11/2001, anteriores a 12/2001;
- b) excluir da autuação os valores referentes ao auxílio alimentação;
- c) excluir da autuação os valores referentes à previdência privada;
- d) excluir da autuação os valores referentes aos dois primeiros pagamentos de participação nos lucros e resultados;
- e) determinar que a multa seja recalculada, nos termos do I, art. 44, da Lei n.º 9.430/1996, como determina o Art. 35-A da Lei 8.212/1991, deduzindo-se as multas aplicadas nos lançamentos correlatos, e que se utilize esse valor, caso seja mais benéfico à Recorrente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira