



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.720261/2015-62
Recurso Embargos
Acórdão nº 2402-010.565 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de novembro de 2021
Embargante COMPANHIA BRASILEIRA DE DISTRIBUIÇÃO
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/07/2010

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACOLHIMENTOS. VÍCIOS VERIFICADOS. SANEAMENTO. DECISÃO EMBARGADA. INTEGRAÇÃO. EFEITOS INFRINGENTES. AUSENTES.

Para saneamento dos vícios verificados no acórdão, acolhem-se os embargos de declaração, que se integram à decisão embargada sem efeitos infringentes.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL (PAF). INCONSTITUCIONALIDADES. APRECIÇÃO. SÚMULA CARF. ENUNCIADO Nº 2. APLICÁVEL.

Compete ao poder judiciário aferir a constitucionalidade de lei vigente, razão por que resta inócua e incabível qualquer discussão acerca do assunto na esfera administrativa. Ademais, trata-se de matéria já sumulada neste Conselho.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para sanar a omissão apontada no Acórdão nº 2402-006.577, nos termos do voto do relator.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz - Relator.

Participaram da presente sessão de julgamento os Conselheiros: Denny Medeiros da Silveira, Ana Claudia Borges de Oliveira, Renata Toratti Cassini, Gregório Rechmann Júnior, Francisco Ibiapino Luz e Diogo Cristian Denny (suplente convocado). Ausente o conselheiro Márcio Augusto Sekeff Sallem, substituído pelo conselheiro Diogo Cristian Denny.

Relatório

Trata-se de embargos declaratórios opostos pela Contribuinte em face do Acórdão nº 2402-006.577, proferido, na sessão plenária de 12 de setembro de 2018, pela 2ª. Turma

Ordinária da 4ª. Câmara da 2ª. Seção de Julgamento deste Conselho, cuja ementa e dispositivo transcrevemos (processo digital, fls. 8.143 a 8.187):

Ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/07/2010

DECADÊNCIA. EXISTÊNCIA DE DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO. REGRA DO ART. 173, I DO CTN.

O prazo decadencial para o presente lançamento é regido pelo art. 173, I do CTN, posto que evidenciada a fraude no caso dos autos.

NULIDADE. VÍCIO MATERIAL. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DA AUTORIDADE FISCAL. INEXISTÊNCIA DE LANÇAMENTO POR PRESUNÇÃO.

Não há nulidade quando a fiscalização não se baseia em mera presunção, mas sim nos fatos que, no seu entender, ensejam o lançamento das contribuições.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. INEXISTÊNCIA DE METAS PREVISTAS EM ACORDO COLETIVO.

Para que os pagamentos a esse título sejam excluídos da base impositiva do tributo, faz-se necessário que dos instrumentos decorrentes da negociação devam constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PAGAMENTO E CONTABILIZAÇÃO EM CONTAS DE BÔNUS DE PERFORMANCE. INEXISTÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES A PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. CIRCUNSTÂNCIAS E PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. PAGAMENTO DE REMUNERAÇÃO TRIBUTÁVEL.

Se, de um lado, a contabilização faz prova a favor do sujeito passivo, de outro lado cabe ao contribuinte demonstrar que os fatos contabilizados não estariam de acordo com a realidade dos fatos.

MULTA QUALIFICADA. COMPROVAÇÃO DO DOLO, FRAUDE OU SIMULAÇÃO.

Comprovada a fraude a que alude o artigo 72 da Lei 4.502/64, há de se qualificar a multa de ofício para o patamar legal de 150%.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. CABIMENTO.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. Súmula CARF 108.

SUEIÇÃO PASSIVA SOLIDÁRIA. RESPONSABILIDADE PESSOAL. INSTITUTOS JURÍDICOS DISTINTOS. PRESSUPOSTOS LEGAIS PARA A SOLIDARIEDADE OU PARA A RESPONSABILIZAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

1. Embora se denomine o solidariamente obrigado como responsável solidário, fato é que o Código Tributário Nacional, até mesmo por sua tipologia e pela disposição de seus artigos, estabelece uma clara diferenciação entre o responsável e o solidariamente obrigado.

2. A solidariedade pressupõe o interesse comum na obrigação principal. Já a responsabilidade tributária pressupõe a mera vinculação com o fato gerador da respectiva obrigação.

3. Afirmar que a pessoa jurídica não age por si, mas através de seus diretores, como se isso fosse indício de interesse comum no fato gerador, implica ignorar que a pessoa

jurídica tem personalidade jurídica própria e que o seu patrimônio não se confunde com o patrimônio de seus sócios, acionistas, diretores, gerentes, etc.

Dispositivo:

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso voluntário do devedor originário. Vencidos os conselheiros João Victor Ribeiro Aldinucci (Relator), Jamed Abdul Nasser Feitoza, Renata Toratti Cassini e Gregorio Rechmann Junior que deram provimento parcial. Acordam ainda os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento aos recursos voluntários das pessoas físicas arroladas como responsáveis solidários, a fim de excluí-las do polo passivo dos lançamentos. Vencidos os conselheiros Mauricio Nogueira Righetti e Denny Medeiros da Silveira. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Mauricio Nogueira Righetti.

Embargos de declaração

A Contribuinte opôs embargos de declaração por entender que o r. acórdão apresenta omissão, contradição, obscuridade e inovação nos fundamentos da autuação, nestes termos (processo digital, fls. 8.263 a 8.276):

[...]

II.1. Não apreciação da preliminar de nulidade do auto de infração por erro na apuração do fato gerador e da base de cálculo

[...]

No caso em comento, a Embargante veiculou em seu Recurso Voluntário (fls. 5/10) preliminar acerca da nulidade do Auto de Infração por erro na apuração do fato gerador e da base de cálculo, **matéria esta sobre a qual o voto condutor do acórdão n° 2402-006.577 não teceu uma linha sequer.**

[...]

Tal questão foi aduzida expressamente pela Embargante em seu recurso voluntário (item II.2 do recurso), todavia o acórdão omitiu-se. Necessário, portanto, o enfrentamento expresso das provas e fatos acostados aos autos que dão conta de conclusão diversa a respeito de parcela dos valores identificados pela Autoridade Fiscal.

II.2. Ausência de manifestação sobre a regularidade dos aportes realizados em contas de previdência privada complementar para fins de reflexos fiscais

[...]

Outro ponto relevante arguido pela Embargante e não enfrentado de maneira expressa pelo voto vencedor do acórdão embargado diz respeito ao fato de que não existem óbices legais ao oferecimento de diferentes benefícios a diferentes empregados que ocupem diferentes funções/cargos. De tal modo, a contratação de previdência privada para receber aportes extraordinários a ser oferecida apenas aos empregados mais elevados na hierarquia da Companhia não esbarra em qualquer violação legal.

Justamente por isso, o Sindicato da categoria profissional anuiu com a existência de diferentes valores a serem recebidos pelas diferentes categorias de empregados, bem como anuiu com o aporte da participação nos lucros destinada aos empregados integrantes dos Grupos 2 e 3 por meio de previdência privada (fl. 1.347).

Tais questões foram trazidas pela Embargante em sede recursal e não foram enfrentadas expressamente pelo acórdão.

II.3. Omissão: ausência de vedação legal quanto ao pagamento de PLR por meio de aportes extraordinários em previdência privada complementar

[...]

A Embargante demonstrou que, além da natureza de PLR da origem dos valores e da regularidade do plano de previdência privada complementar e da possibilidade de realização de aportes extraordinários, a legislação não impede que PLR seja paga por meio de aportes em previdência.

Contra esse ponto específico, o acórdão embargado ficou-se em silêncio.

II.4. Obscuridade e contradição sobre a regularidade dos aportes realizados em contas de previdência privada complementar

[...]

O acórdão embargado, todavia, ora afirma que os valores seriam bônus, em razão da escrita contábil, ora afirma que os valores seriam PLR tributável, por não estar em conformidade à Lei nº 10.101/00, ora afirma que o aporte em previdência não cumpria o intuito de formar previdência em razão da ausência do prazo de carência mínima (o que não era exigido à época de contratação do plano, como exposto em sede recursal) e da existência de aportes exclusivamente extraordinários em valores discrepantes aos valores aportados ordinariamente a outros empregados.

Essa contradição entre as aparentes conclusões dos fundamentos conduz para verdadeira obscuridade a respeito da interpretação conferida pelo acórdão embargado à legislação aplicável ao caso concreto.

II.5. Omissão em relação a todos os fundamentos para afastar multa qualificada - Evidente cerceamento de defesa

Ao apreciar o Recurso Voluntário, o acórdão ora combatido, no que toca à multa qualificada, entendeu, sob a sintética argumentação, que as condutas praticadas pelo Embargante tiveram como propósito impedir ou retardar a ocorrência do fato gerador da obrigação principal, o que ensejaria a sua manutenção do agravamento da multa.

[...]

Nesse sentido, resgata-se que a caracterização do intuito de fraude depende sempre de **provas diretas, e não presuntivas**, de que as operações realizadas tiveram o **intuito doloso de retardar ou impedir o surgimento da obrigação tributária**.

[...]

Por tais razões, resta evidente as omissões incorridas pelo acórdão embargado, as quais merecem ser supridas por este E. CARF, a fim de possibilitar o regular direito de defesa da Embargante.

II.6. Inovação de fundamentos - Evidente cerceamento de defesa

Cumpra ainda salientar, por fim, que o voto vencedor do acórdão embargado conclui pela irregularidade da PLR da Embargante com base em três argumentos:

[...]

Entretanto, as primeiras duas razões do voto vencedor não foram erigidas pela Autoridade Fiscal como fundamentos para concluir pela alegada irregularidade da PLR. Tais questões, portanto, não podem servir de fundamento para a conclusão da desconformidade dos pagamentos de PLR com o disposto na Lei nº 10.101/00.

Com relação às metas individuais, a Embargante dispôs em seu recurso voluntário que a simples limitação da divulgação das metas individuais às partes interessadas não se confunde com a ausência de negociação com o Sindicato das regras claras e objetivas contidas no ACT, que dão conta da existência de metas individuais preestabelecidas.

Necessário, portanto, o saneamento do acórdão recorrido quanto a essas questões.

(Destaques no original)

Admissibilidade dos embargos de declaração

O Presidente da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento do CARF, mediante Despacho de Admissibilidade de Embargos datado de 31 de outubro de 2019, admitiu os embargos opostos pela Contribuinte; trazendo, em síntese, de relevante para a solução da presente controvérsia (processo digital, fls. 10.031 a 10.036):

[...]

Dos vícios alegados

Omissão quanto à preliminar de nulidade do auto de infração por erro na apuração do fato gerador e da base de cálculo

Segundo a Embargante em seu Relatório Fiscal foi veiculada a preliminar de nulidade do Auto de Infração por erro na apuração do fato gerador e da base de cálculo, "matéria esta sobre a qual o voto condutor do acórdão nº 2402-006.577 não teceu uma linha sequer", configurando-se em omissão no acórdão.

[...]

O voto proferido pelo conselheiro relator do processo trata especificamente da questão no item 2.2 - Da nulidade do auto de infração, às fls.8.170 e ss, concluindo pela improcedência do pedido da contribuinte, *verbis*:

[...]

Logo, deve ser rejeitada a preliminar de nulidade do lançamento.

Omissão quanto à regularidade dos aportes realizados em contas de previdência privada complementar para fins de reflexos fiscais

[...]

Aqui também não merece prosperar a irresignação da Embargante.

Constata-se que tal matéria foi tratada pelo voto do Conselheiro Relator, negando provimento neste particular:

A contrario sensu, as circunstâncias e as peculiaridades do caso concreto, em todo o seu conjunto, revelam que a contabilização está de acordo com as conclusões da autoridade fiscal acerca do pagamento de bônus a uma classe diferenciada de trabalhadores, não se tratando, assim, de contribuições em planos efetivos de previdência privada complementar.

[...]

Logo, deve ser negado provimento ao recurso neste particular. Portanto, tem-se por improcedente a alegada omissão.

Omissão quanto à ausência de vedação legal quanto ao pagamento de PLR por meio de aportes extraordinários em previdência privada complementar

[...]

Verifica-se que também carece de razão o pleito da contribuinte.

Como visto no item acima, o voto proferido pelo conselheiro relator do acórdão, expressamente dispôs que o conjunto probatório trazido aos autos demonstra que os aportes realizados pela empresa ao plano de previdência privada em verdade referem-se a pagamento de bônus, mesmo diante da ausência de vedação legal específica.

Por óbvio que a conclusão do relator diz respeito a todos os aportes em previdência privada (se aos ordinários, mais ainda aos extraordinários), não se verificando a omissão nos termos almejados pela embargante.

Obscuridade e contradição sobre a regularidade dos aportes realizados em contas de previdência privada complementar

[...]

Neste ponto, cabe destacar que não se verifica contradição no acórdão, tampouco obscuridade quanto às suas conclusões, isto porque, conforme ressaltado tanto no voto vencido quanto no vencedor, a própria contribuinte por vezes alegou que os pagamentos referiam-se a PLR, em determinados momentos a planos de previdência complementar, inclusive trazendo todas essas considerações para seu recurso voluntário.

[...]

Quanto às conclusões, a incidência de contribuição previdenciária ficou reconhecida sobre as duas vertentes: pagamento de PLR e de previdência complementar em desconformidade com a legislação.

Sem razão à Embargante.

Omissão em relação a todos os fundamentos para afastar a multa qualificada

[...]

Da leitura do voto vencedor, constata-se que não há omissão quanto à existência de conduta dolosa pela Embargante, ao contrário, o Conselheiro Redator designado consiga, expressamente, a comprovação de condutas que deram azo à qualificação da multa aplicada, *verbis*:

[...]

Já com relação a ausência de manifestação quanto ao argumento de que a multa aplicada representaria confisco, assiste razão à Embargante.

Inovação nos fundamentos para a manutenção do lançamento

[...]

Não assiste razão à Embargante.

O voto vencedor não altera a fundamentação para a manutenção do lançamento, apenas expõe seu posicionamento acerca do PLR apresentado pela empresa, concluindo que não restou demonstrado, pela empresa, o cumprimento do requisito de existência de regras claras e objetivas nos acordos de PLR apresentados.

[...]

Pelo exposto, com fundamento no art. 65, Anexo II, do RICARF, admito parcialmente os embargos de declaração, para que seja sanada a omissão quanto ao alegado caráter confiscatório da multa aplicada.

(Destques no original)

É o relatório.

Fl. 7 do Acórdão n.º 2402-010.565 - 2ª Sejul/4ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 19515.720261/2015-62

Voto

Conselheiro Francisco Ibiapino Luz, Relator.

Admissibilidade

Ditos embargos foram opostos tempestivamente, mas restou admitida apenas a omissão atinente ao suposto caráter confiscatório da multa qualificada. Logo, embora atendidos os demais pressupostos de admissibilidade previstos no § 1º do art. 65 do Anexo II do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, dele conheço parcialmente, apreciando-se apenas a matéria acolhida no reportado Despacho de Admissibilidade.

Escopo do julgamento

O voto condutor da decisão embargada deu parcial provimento ao recurso interposto pela Recorrente, mas permaneceu silente quanto às alegações de que a multa qualificada se revestia de aspectos confiscatórios vedados constitucionalmente. Portanto, o deslinde da controvérsia está em confirmar ou refutar o alegado **caráter confiscatório** da multa aplicada.

Princípios constitucionais

Ditos princípios caracterizam-se preceitos programáticos frente às demais normas e extensivos limitadores de conduta, motivo por que têm apreciação reservada ao legislativo e ao judiciário respectivamente. O primeiro, deve considerá-los, preventivamente, por ocasião da construção legal; o segundo, posteriormente, quando do controle de constitucionalidade. À vista disso, resta inócua e incabível qualquer discussão acerca do assunto na esfera administrativa, sob o pressuposto de se vê tipificada a invasão de competência vedada no art. 2º da Constituição Federal de 1988.

Nessa perspectiva, conforme se discorrerá na sequência, o princípio da legalidade traduz adequação da lei tributária vigente aos preceitos constitucionais a ela aplicáveis, eis que regularmente aprovada em processo legislativo próprio e ratificada tacitamente pela suposta inércia do judiciário. Por conseguinte, já que de atividade estritamente vinculada à lei, não cabe à autoridade tributária sequer ponderar sobre a conveniência da aplicação de outro princípio, ainda que constitucional, em prejuízo do desígnio legal a que está submetida.

Por oportuno, o lançamento é ato privativo da autoridade administrativa, pelo qual se verifica e registra a ocorrência do fato gerador, a fim de apurar o quantum devido pelo sujeito passivo da obrigação tributária prevista no artigo 113 da Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN). Portanto, à luz do art. 142, § único, do mesmo Código, trata-se de atividade legalmente vinculada, razão por que a fiscalização está impedida de fazer juízo valorativo acerca da oportunidade e conveniência da aplicação de suposto princípio constitucional, enquanto não traduzido em norma proibitiva ou obrigacional da respectiva conduta, *verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Diante do exposto, concernente aos argumentos recursais de que tais comandos foram agredidos, **supostamente em face do caráter confiscatório da multa qualificada**, manifesta-se não caber ao CARF apreciar questão de feição constitucional. Nestes termos, a Medida Provisória n.º 449, de 3 de dezembro de 2008, convertida na Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009, acrescentou o art. 26-A no Decreto n.º 70.235, de 1972, o qual 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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

[...]

II – que fundamente crédito tributário objeto de: (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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; (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Ademais, trata-se de matéria já pacificada perante este Conselho, conforme Enunciado nº 2 de súmula da sua jurisprudência, transcrito na sequência:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Do exposto, improcede a argumentação da Recorrente, porquanto sem fundamento legal razoável.

Conclusão

Ante o exposto, acolho os embargos admitidos, sanando a omissão apontada no seu Despacho de Admissibilidade, para integrar a decisão embargada, sem efeitos infringentes, nos termos do presente voto.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Francisco Ibiapino Luz