



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

Processo nº 35138.000055/2007-23
Recurso nº 147.718 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.531 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de maio de 2013
Matéria Salário Indireto: Participação nos Lucros e Resultados
Recorrente SANKYU S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/12/2005

AUTO DE INFRAÇÃO - APRESENTAÇÃO DE GFIP/GRFP COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS .

Toda empresa está obrigada a informar, por intermédio de GFIP/GRFP, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária.

SALÁRIO INDIRETO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

Para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deverá observar a legislação específica sobre a matéria.

Ao ocorrer o descumprimento da Lei 10.101/2000, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passa a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.

O PLR pago em desacordo com o mencionado diploma legal integra o salário de contribuição.

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103^A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Para os lançamentos de ofício, como é o caso do Auto de Infração, aplica-se, a regra contida no art. 173 do Código Tributário Nacional.

MULTA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

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 devido a regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, os fatos geradores ensejadores da multa, até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, nos termos do voto da Relatora; II) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao recurso, no mérito, nos termos do voto do Relator “*ad hoc*”. Vencidos os Conselheiros Manoel Coelho Arruda Júnior, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento ao recurso; III) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para aplicar ao cálculo da multa o art. 32-A, I, da Lei 8.212/91, caso este seja mais benéfico à RecorRente, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para 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. Redator: Manoel Coelho Arruda Júnior.

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA – Presidente e Relator “*ad hoc*”

(assinado digitalmente)

Manoel Coelho Arruda Júnior- Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Lopes.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 26/09/2006, por ter a empresa acima identificada apresentado GFIP/GRFP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, infringindo, dessa forma, o inciso IV, § 5º, do art. 32, da Lei 8.212/91, c/c o art. 225, IV e § 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Conforme consta do Relatório Fiscal da Infração (fls 08), a recorrente deixou de informar, por meio de GFIP, os pagamentos efetuados a segurados a seu serviço, a título de PLR, no período de 01/99 a 12/05.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão-Notificação nº 11.401.4/0149/2007 (fls. 460), julgou a autuação procedente

Inconformada com a decisão da autarquia previdenciária, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls.472), alegando, em síntese, o que se segue.

Inicialmente, requer a reunião dos autos dos processos correspondentes à NFLD nº 37.026.097-0 (obrig. principal), AI no. 37.026.098-8 e AI nº. 37.026.099-6 (obrig. acessórias), com vistas a promover a economia processual e a celeridade de tramitação, bem como a unicidade de decisões dos recursos.

Entende que não merece prosperar o crédito tributário decorrente da autuação em tela, uma vez que pautado em premissa de direito equivocada, especificamente em relação à indevida inclusão, na base de cálculo das contribuições previdenciárias e a terceiros, das parcelas destinadas pela Impugnante aos seus empregados a título de participação nos lucros ("PLR"), o que não constitui fato gerador da contribuição previdenciária.

Discorre sobre a PLR tentando demonstrar que a incidência de contribuições previdenciárias sobre a participação nos lucros paga aos empregados entre janeiro de 1996 a dezembro de 2005, quando já existente a MP nº. 794/94 (assim como a própria Lei nº. 10.101/00), é indevida.

Afirma que tanto a matriz quanto as filiais atenderam as condicionantes da lei, já que não só previram como estabeleceram critérios de viabilização dos pagamentos de PLR e o montante devido a cada um dos funcionários ali lotados.

Observa que não há na Lei nº. 10.101/00 proibição de que o PLR seja pago em bases fixas, tal como ocorrido em oportunidades em certas filiais da Impugnante, o que apenas vem a demonstrar integral cumprimento ao disposto no art. 2º do referido normativo.

Em contra-razões, a SRP manteve a decisão recorrida.

Por meio da Resolução nº 2301-00.092, de 24/09/2010 (fls. 533), esta 1ª Turma decidiu, por unanimidade, converter o julgamento em diligência, para que fossem juntadas aos autos cópias do Relatório Fiscal e do recurso apresentado pela empresa no

processo que discute a Notificação 37.026.097-0, que lançou as contribuições incidentes sobre as remunerações cuja omissão em GFIP ensejou a lavratura do AI em tela.

Em resposta à solicitação feita pelo CARF, a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Belo Horizonte informa que o processo nº 35138.000056/2007-78, que discute a NFLD 37.026.097-0, encontra-se neste CARF, conforme sistema COMPROT.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Oliveira, Relator “*ad hoc*”

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue.

Inicialmente, impõe suscitar questão relativa ao prazo decadencial, não trazida pela contribuinte no recurso tempestivo, mas que, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida de ofício.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a NFLD discutida com amparo na Lei 8.212/91 que, em seu art. 45, dispõe que o direito da Seguridade Social apurar e constituir seus créditos extingue-se após 10 (dez) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o crédito poderia ter sido constituído.

No entanto, o Supremo Tribunal Federal, entendendo que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, ‘b’ da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91,.

Na oportunidade, foi editada a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, publicada em 20/06/2008, transcrita abaixo:

Súmula Vinculante 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”

Cumprе ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Fazenda, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade. Porém, determina, no inciso I do § único, que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, restaram extintos os créditos cujo lançamento tenha ocorrido após o prazo decadencial e prescricional previsto nos artigos 173 e 150 do Código Tributário Nacional.

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, conforme se depreende do art. 103-A e parágrafos da Constituição Federal, que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.

§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso (g.n.)."

Da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, as autoridades administrativas devem se adequar ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal"

O STJ pacificou o entendimento de que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

Entretanto, o caso em tela se trata de Auto de Infração, ou seja, de lançamento de ofício, para o qual se aplica o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

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.

O Auto de Infração foi lavrado em 26/09/2006, e sua cientificação ao sujeito passivo se deu em 29/09/2006, conforme AR de fls. 24.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências até 11/2000, inclusive.

Para a competência 12/2000, a GFIP poderia ter sido apresentada em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Nesse sentido, reconheço a decadência parcial do débito.

Verifica-se, dos documentos juntados aos autos, que a recorrente solicitou parcelamento da parte do débito não atingida pela decadência prevista no art. 150, § 4º, do CTN (fls. 1.094).

Todavia, conforme exposto acima, aplica-se ao caso presente a regra decadencial contida no art. 173, I, do CTN.

Portanto, restaram no AI as competências compreendidas entre 12/2000 a 08/2001, que não foram atingidas pela decadência e nem foram objeto de parcelamento especial.

Dessa forma, passo a análise das demais alegações trazidas pela recorrente em seu recurso.

Preliminarmente, a autuada requer a reunião dos autos dos processos correspondentes à NFLD nº 37.026.097-0 (obrig. principal), AI no. 37.026.098-8 e AI nº. 37.026.099-6.

De fato, verifica-se que as contribuições cuja omissão em GFIP ensejou a lavratura do AI em tela, foram lançadas por meio da NFLD citada.

Porém, em consulta aos sistemas informatizados do CARF, constata-se que a referida NFLD já foi objeto de julgamento por esta Turma, que decidiu, por voto de qualidade, dar parcial provimento ao recurso interposto, para excluir, do débito, por decadência, os valores lançados até a competência 12/2000 e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Portanto, o julgamento do recurso interposto contra a decisão que manteve o AI lavrado por descumprimento da obrigação acessória está sendo julgado após o julgamento da NFLD que lançou a obrigação principal, não havendo prejuízo de qualquer natureza ao contribuinte.

Assim, a matéria ora tratada, qual seja, o PLR pago pela empresa, já foi objeto de análise por esta Câmara, tendo esta Relatora sido designada redatora do voto vencedor.

Reproduzo, a seguir, a ementa e a conclusão do voto vencedor, no processo 35138.000056/2007-78, que discute a NFLD 37.026.097-0:

Ementa: SALÁRIO INDIRETO – PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

Para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deverá observar a legislação específica sobre a matéria.

Ao ocorrer o descumprimento da Lei 10.101/2000, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passa a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.

O PRL pago em desacordo com o mencionado diploma legal integra o salário de contribuição.

DECADÊNCIA PARCIAL

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO – AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

No caso em que o lançamento é de ofício, para o qual não houve pagamento antecipado do tributo, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Crédito Tributário Mantido em Parte.

CONCLUSÃO:

Por tudo que foi exposto acima, concluo que a verba intitulada Participação nos Resultados foi paga em desconformidade com a legislação que rege a matéria. E, como a alínea “j”, do § 9º, do art. 28 da Lei 8.212/91, isenta de contribuição previdenciária apenas a participação nos lucros ou resultados da empresa quando paga ou creditada de acordo com a lei específica, no caso a Lei nº 10.101/99, a referida verba, paga pela notificada em desacordo com o mencionado diploma legal, integra o salário de contribuição.

Nesse sentido,

Voto por CONHECER do recurso, e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que se exclua do débito, por decadência, os valores lançados nas competências compreendidas entre 01/1996 a 12/2000, inclusive.

É como voto.

Assim, a matéria já foi apreciada por este Colegiado, que decidiu que o PLR pago pela recorrente possui natureza remuneratória.

Nesse sentido, conforme exposto acima, houve infração à legislação previdenciária e, como não é facultado ao servidor público eximir-se de aplicar uma lei, a Autoridade Fiscal, ao constatar o descumprimento de obrigação acessória, lavrou corretamente o presente auto, em observância ao art. 33 da Lei 8212/99 e art. 293 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes.

Contudo, não obstante a correção do auditor fiscal em proceder ao lançamento nos termos dos normativos vigentes à época da lavratura do AI, foi editada a Medida Provisória MP 449/08, que revogou o art. 32, § 6º, da Lei 8.212/91.

E, conforme disposto no art. 106, inciso II, alínea “c”:

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.

Portanto, tratando-se o presente lançamento de ato ainda não julgado quando da edição da MP 449/08, conclui-se que os critérios por ela estabelecidos, caso sejam mais benéficos ao contribuinte, se aplicam ao AI em tela,.

Dessa forma, caso se constate, no recálculo da multa com a observância do disposto no artigo 35 A, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/09, que o novo valor da penalidade aplicada é mais benéfico ao contribuinte, não há como se ignorar o disposto no art. 106, II, “c”, do CTN, privando a empresa do benefício legal.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta;

Voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO** e, no mérito, **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para que se exclua do cálculo da multa aplicada, por decadência, as competências compreendidas entre 01/99 a 11/2000, inclusive, e para que se aplique, caso seja mais benéfico para o contribuinte, o artigo 35 A, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/09.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira

Presidente e Relator “*ad hoc*”

Voto Vencedor

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior, Redator designado

Peço vênia para divergir dos ilustres pares quanto à retroatividade da multa.

No tocante à GFIP segundo as novas disposições legais, a multa prevista no artigo 32, § 6º da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, qual seja, aquela aplicada em razão de erro no preenchimento nos dados não relacionados aos fatos geradores, a qual culminava com determinado valor por campo inexato, omissos ou incompletos, passou a ser prevista no artigo 32-A, cujo inciso I, limita o valor a R\$20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas.

Incabível a multa prevista no artigo 35-A da Lei 8.212/91, uma vez que este dispositivo, ao fazer referência ao artigo 44 da Lei 9.430/61, restringe sua aplicação ao lançamento de créditos relativos às contribuições previdenciárias e não o descumprimento de obrigação acessória.

Tanto isso é verdade que o novel artigo 35-A acima mencionado faz referência “às contribuições referidas no art. 35 desta Lei”. Seguindo essa linha vemos que o artigo 35, ao tratar das contribuições faz nova remissão, agora às alíneas “a”, “b” e “c” do parágrafo único do artigo 11 da Lei 8.212/91, o qual dispõe que constituem contribuições sociais as das empresas, as dos empregadores domésticos e as dos trabalhadores. Não há, portanto, permissão para que a multa do artigo 35-A seja lançada em decorrência do descumprimento de dever instrumental.

Incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991.

Ante o exposto, VOTO no sentido de CONHECER o recurso voluntário e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que a multa seja calculada nos termos do artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, se mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Manoel Coelho Arruda Júnior - Redator

CÓPIA