Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais

ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 35167.001084/2006-84

Processo nº	35167.001084/2006-84
Recurso	Embargos
Acórdão nº	**2202-008.282 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de	12 de maio de 2021
Recorrente	FAZENDA NACIONAL
Interessado	ALBRAS ALUMINIO BRASILEIRO S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2005

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. ACOLHIMENTO.

Verificada a existência de omissão no voto condutor do acórdão embargado, devem ser acolhidos os embargos de declaração para sanar o vício apontado.

ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO LANÇAMENTO. NATUREZA DO VÍCIO. CONSTITUIÇÃO DE VÍCIO FORMAL.

O erro na fundamentação legal do lançamento, no qual constou fundamentos legais capitulados equivocados, enseja o reconhecimento de nulidade do lançamento por vício formal.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos de declaração para, sem lhes atribuir efeitos infringentes, sanar a omissão apontada no voto condutor da decisão embargada, reconhecendo que a natureza do vício do lançamento no levantamento PL1 é formal.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mario Hermes Soares Campos, Martin da Silva Gesto, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sonia de Queiroz Accioly, Leonam Rocha de Medeiros, Virgilio Cansino Gil (suplente convocado) e Ronnie Soares Anderson (Presidente)..

Relatório

Tratam-se de Embargos de Inominados opostos pelo Procurador da Fazenda Nacional em face do Acórdão nº 2202-004.829 (fls. 3645/3682), proferido por esta 2ª Turma Ordinária, em sessão plenária de 06 de novembro de 2018.

O Despacho de Admissibilidade de fls. 3799/3802 possui o seguinte teor:

> "Trata-se de Embargos de Declaração apresentados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) contra acórdão proferido pela 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara (*sic*) da 2ª Seção.
>
> **Do acórdão embargado**
>
> A 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção exarou o Acórdão nº 2202-004.829, em 6/11/18 (fls. 3.645 a 3.682), conforme ementas a seguir:
>
> *ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS*
>
> *Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2005*
>
> *PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE. STF.*
>
> *Prescreve a Súmula Vinculante n° 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência.*
>
> *APROPRIAÇÃO DE RECOLHIMENTO.*
>
> *Os recolhimentos efetuados por meio de Guias da Previdência Social-GPS são apropriados, sendo deduzidos do crédito previdenciário apurado obedecendo, para efeito de rateio entre as rubricas, a critério pré-estabelecido.*
>
> *RECOLHIMENTO VERIFICADO EM DATA POSTERIOR.*
>
> *Serão excluídos do débito valores recolhidos, constantes do conta-corrente da empresa, nele inseridos após o lançamento, mas recolhidos em data anterior a ciência da notificação.*
>
> *AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL. IMPROCEDÊNCIA.*
>
> *A indicação incorreta do fundamento de direito que autoriza a incidência da contribuição social sobre a remuneração paga ou creditada a contribuintes individuais, vicia o procedimento fiscal, impondo a sua improcedência.*
>
> *MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.*
>
> *RETROATIVIDADE BENIGNA. SUMULA CARF º 119.*
>
> *Nos termos da Súmula CARF nº 119, no caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória n° 449, de 2008, convertida na Lei n° 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei n° 9.430, de 1996.*
>
> *CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. ALIMENTAÇÃO. PAGAMENTO IN NATURA.*

Documento nato-digital

O pagamento in natura do auxílio alimentação, vale dizer, quando a própria alimentação é fornecida pela empresa, não sofre a incidência da contribuição previdenciária, por não possuir natureza salarial.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. PERIODICIDADE MÁXIMA. DESCUMPRIMENTO. NATUREZA REMUNERATÓRIA DE TODAS AS PARCELAS.

O descumprimento do §2° do art. 3o da Lei 10.101/2000 que descreve a vedação do pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a titulo de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil, implica incidência de contribuição previdenciária em relação a todos os pagamentos de PLR e não apenas em relação as parcelas excedentes.

PREVIDÊNCIA PRIVADA. INEXISTÊNCIA DE AMPLITUDE DE COBERTURA. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

Os valores pagos pela empresa a título de previdência privada enquadram-se no conceito de salário-de-contribuição previdenciária quando não extensíveis à totalidade dos segurados.

O lançamento deve ser revisto de ofício pela autoridade administrativa, na forma da Lei n° 9.784/99.

REEMBOLSO COM MEDICAMENTOS E APARELHOS CORRETIVOS.

Os valores reembolsados a título de medicamentos e aparelhos corretivos desde que oferecidos a todos segurados empregados e dirigentes da empresa não integram o salário-de-contribuição.

TAXA SELIC.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais, conforme Súmula CARF nº 04.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. SÚMULA CARF Nº 02.

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

A parte dispositiva foi assim registrada:

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício, e, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso voluntário para fins de excluir do lançamento os valores associados ao plano de previdência privada, vencidos os conselheiros Martin da Silva Gesto (relator) e Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, que deram provimento parcial ao recurso em maior extensão. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Andrea de Moraes Chieregatto.

Dos Embargos de Declaração

O processo foi encaminhado à PGFN em 12/9/19 (Despacho de encaminhamento fl. 3.683). De acordo com o disposto no Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF nº 343, Anexo II, art. 79, a intimação presumida da Fazenda Nacional ocorreria em 12/10/19 (sábado), iniciando-se em 14/10/19 – segunda-feira – o prazo para interposição dos embargos, encerrando-se em 18/10/19.

Documento nato-digital

Em 15/10/19, a PGFN apresentou os Embargos de Declaração de fls. 3.684 a 3.687, com fundamento no RICARF, Anexo II, art. 65, § 1º, inciso III, alegando a existência de omissão no acórdão quanto o tipo de vício que maculou o lançamento realizado no levantamento PL1 – Participação nos Resultados Diretores isto é, se nulidade por vício formal ou por vício material.

Da admissibilidade dos Embargos de Declaração

- Da tempestividade

Tendo em vista que ciência presumida da PGFN ocorreu em 12/10/2019 e os Embargos foram interpostos em 15/10/2019, conforme Despacho de encaminhamento (fl. 3.688), fica confirmada sua tempestividade, nos termos do RICARF, Anexo II, art. 65, § 1º.

- Da omissão alegada

A embargante alega que:

*No que nos importa para o presente recurso, a Turma manteve a decisão de primeira instância que, dentre outros**, anulou o lançamento fiscal no que toca ao levantamento PL1 – PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DIRETORES**.*

Todavia, a Turma deixou de se expressar qual é o tipo de vício que macula o lançamento, isto é, nulidade por vício formal ou por vício material.

Registre-se que tal distinção é de extrema relevância, pois os atos eivados de vício material não são passíveis de convalidação, i. e., não podem ser corrigidos, devendo ser obrigatoriamente anulados. Por sua vez, os atos com vício de forma, podem ser convalidados ou repetidos, dessa vez sem o defeito original.

Na seara tributária, então, tal distinção tem o condão de permitir o reinício do prazo decadencial para o lançamento, uma vez que o art. 173, II, do CTN, estabelece que o prazo de 5 (cinco) anos para constituição do crédito tributário será contado a partir da "data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado".

Pela leitura do acórdão da DRJ, adotado pelo i. Relator como razões de decidir, até entende-se que estaria presumido tratar-se de nulidade formal, pelo trecho a seguir:

Pelos motivos discorridos, voto no sentido de considerar o presente lançamento PROCEDENTE EM PARTE, devendo ser retificados os seguintes valores apurados:

. Improcedência do periodo de janeiro a julho/2001, em virtude da declaração de decadência;

. Retificação dos levantamentos GRA e ALI considerando a existência de sobras de recolhimento em determinadas competências verificadas no RADA e não aproveitadas pela Fiscalização, assim como os recolhimentos existentes no conta-corrente da empresa também não considerados;

. No que respeita à filial, retificação da rubrica Terceiros do levantamento GRA;

. Improcedência do levantamento PLI, ressalvando a possibilidade de constituir-se o crédito tributário na boa e devida forma, dentro do prazo decadencial, caso persista o fato gerador;

(...)

Assim, partindo da premissa de que houve nulidade, por erro de fundamentação legal, e a ressalva feita no acórdão da DRJ, acima destacado, a Fazenda Nacional

Documento nato-digital

entende que se trata de nulidade formal, além do seu fulcro estar centrado em fato procedimental.

No entanto, faz-se necessária, para que se espanquem tergiversações, a manifestação expressa dessa Colenda Câmara.

Patente, portanto, a necessidade do Colegiado se manifestar a fim de externar seu posicionamento acerca do tipo de vício que macula o "Levantamento PL1", isto é, N ***possui natureza formal ou material.***

Da leitura do inteiro teor do voto do conselheiro relator (vencedor quanto à negativa de provimento do recurso de ofício), verifica-se que assiste razão à embargante.

Ao analisar o erro na fundamentação do lançamento o acórdão, adota a fundamentação da DRJ como razões de decidir e conclui:

Portanto, havendo erro na fundamentação legal, haja vista que Fiscalização efetuou todo o lançamento do levantamento PL1 considerando os administradores como segurados empregados e não como contribuintes individuais conforme relatado no Relatório Fiscal, deve ser negado provimento ao recurso de ofício quanto a este tocante.

Todavia, deixou de se manifestar quanto à natureza do vício, o que, como demonstrado pela embargante, é fundamental para análise do encaminhamento que deve ser dado ao lançamento anulado.

Conclusão

Diante do exposto, acolho os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional, para que seja suprida a omissão apontada quanto ao tipo de vício que maculou o lançamento no tocante ao levantamento PL1 - PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DIRETORES.

Encaminhe-se ao conselheiro Martin da Silva Gesto, para inclusão em pauta de julgamento."

Diante do acolhimento dos embargos inominados pela Presidente da 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção do CARF, os autos vieram conclusos para julgamento.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Martin da Silva Gesto, Relator.

Os embargos de declaração foram apresentados dentro do prazo legal, reunindo, ainda, os demais requisitos de admissibilidade, devendo ser conhecidos.

A DRJ de origem entendeu pela improcedência do lançamento quanto a levantamento PL1, tendo este colenda Turma, por entender correta a decisão de piso que considerou erro na fundamentação legal no lançamento do levantamento PL1, tendo em vista que Fiscalização efetuou tal lançamento considerando os administradores como segurados empregados e não como contribuintes individuais, foi negado provimento ao recurso de ofício quanto a essa matéria.

Documento nato-digital

Transcrevo trecho do voto do acórdão embargado:

"I.3 Do Levantamento PL1 - PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DIRETORES

A DRJ entendeu que houve inobservância de atributos necessários para a validade do levantamento PL1 - PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DIRETORES resultando insustentável este lançamento fiscal, havendo que se decretar, de ofício, sua IMPROCEDÊNCIA, já que não se encontram revestidos de seus elementos essenciais. Entendo que não merece reparos o acórdão *a quo* neste tocante, conforme fundamentação abaixo, as quais adoto como razões de decidir:

"No mister do controle da legalidade do ato administrativo o lançamento deve ser confrontado às premissas ponderadas, sobretudo no que tange à ótica do atributo de certeza e liquidez e ao principio da ampla defesa e do contraditório.

No caso concreto, do exame dos autos emerge a constatação de que a descrição contida nos relatórios que integram o lançamento em causa não é capaz de transmitir certeza e liquidez ao feito, eis que se verifica uma contradição dos motivos, como a seguir discorrido.

Da leitura do item 2.3 do Relatório Fiscal (fls. 557/558), verifica-se que o presente levantamento é decorrente de valores pagos a título de Participação nos Resultados (PLR) aos administradores (diretores e conselheiros). **A Autoridade Fiscal ressalta ainda que tais administradores foram admitidos de acordo com as normas da Lei n° 6.404/76. Os diretores não empregados são classificados como contribuintes individuais na forma prevista no artigo 12, inciso V, alínea "f°, da Lei n° 8.212/1991. Sobre suas remunerações incidem as contribuições de 20% (art. 22. inciso Ill, da Lei n° 8.212/91) e de l 1% a titulo de retenção (art. 4°, da Lei n.° 10.666/2003).**

Consultando o Discríminativo Analítico de Débito-z DAD (fls. 140/141), verifica-se que a **Fiscalização efetuou todo o lançamento do levantamento PL1 considerando os administradores como segurados empregados e não como contribuintes individuais conforme relatado no Relatório Fiscal**. Assim, a infração tal qual descrita pela Autoridade Lançadora em seu Relatório Fiscal não se coaduna com os fundamentos legais capitulados para os segurados enquadrados como empregados.

Isto posto, o **erro na fundamentação legal** cerceou o direito de defesa da postulante, pois prejudicou o entendimento quanto à origem dos fatos geradores de contribuições, obrigando a autoridade julgadora a rever de oficio o lançamento assim efetuado. Preleciona a doutrina de Maria Sylvia Zanella di Pietro, em seu Direito Administrativo, Atlas, São Paulo, 2001, p. 225, que atos nulos são aqueles que transgridem gravemente a norma legal, violam regras fundamentais atinentes à manifestação de vontade, ao motivo, a finalidade ou à forma, havidas como de obediência indispensável pela sua natureza, pelo interesse público que as inspira ou por menção expressa da lei.

Ante todo o exposto, verifica-se a inobservância de atributos necessários para a validade do levantamento PL1 ¬ PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS DIRETORES resultando insustentável este lançamento fiscal, havendo que se decretar, de ofício, sua IMPROCEDÊNCIA, já que não se encontram revestidos de seus elementos essenciais." (grifou-se)

Portanto, havendo erro na fundamentação legal, haja vista que Fiscalização efetuou todo o lançamento do levantamento PL1 considerando os administradores como segurados empregados e não como contribuintes individuais conforme relatado no Relatório Fiscal, deve ser negado provimento ao recurso de ofício quanto a este tocante."

Documento nato-digital

Conforme se verifica, não houve manifestação quanto à natureza do vício, o que, como demonstrado pela embargante, é fundamental para análise do encaminhamento que deve ser dado ao lançamento anulado.

Desse modo, considerando haver, no levantamento PL1, erro na fundamentação legal do lançamento, que equivocadamente fez constar fundamentos legais capitulados para os segurados enquadrados como empregados, entendo que tal vício se trata de natureza formal, o que permitirá, conforme art. 173, II, do CTN, nova constituição do crédito tributário, contado a partir da "data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado".

Ocorre que o erro na fundamentação legal do lançamento quanto ao levantamento PL1, no qual constou fundamentos legais capitulados equivocados, enseja o reconhecimento de nulidade do lançamento por vício formal.

Assim, verificada a existência de omissão no voto condutor do acórdão embargado, devem ser acolhidos os embargos de declaração para sanar o vício apontado.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por acolher os embargos de declaração para, sem lhes atribuir efeitos infringentes, sanar a omissão apontada no voto condutor da decisão embargada, reconhecendo que a natureza do vício do lançamento no levantamento PL1 é formal.

(documento assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Relator

Documento nato-digital