



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

Processo nº 35415.000153/2007-44
Recurso nº Voluntário
Resolução nº **2201-000.331 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 04 de dezembro de 2018
Assunto CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente C & A MODAS LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento em diligência para que a unidade responsável pela administração do tributo apresente relatório circunstanciado acerca da situação dos débitos objeto da desistência manifestada pelo contribuinte em razão de sua inclusão no parcelamento de que trata da Lei 11.941/2009.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiya, Debora Fofano, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

RELATÓRIO

1- Adoto como relatório o da decisão recorrida às fls. 1.064/1.095 do E-FLS, por bem relatar os fatos ora questionados:

Trata-se de crédito lançado contra o contribuinte identificado em epígrafe, NFLD nº 37.017.996-0, no montante de R\$ 38.479.602,74 (trinta e oito milhões quatrocentos e setenta e nove mil seiscentos e dois reais e setenta e quatro centavos) relativo ao período de 12/1997 a 02/2005, compreendendo as contribuições da empresa (artigo 22, incisos I e II da Lei nº 8.212/91), contribuições da parte dos segurados empregados descontadas de suas remunerações (art. 20 da Lei nº 8.212/91), contribuições destinadas a terceiros (Salário Educação, Sesc, Senac, Incra, Sebrae), conforme consta do relatório fiscal, fls. 126/132.

Constitui fato gerador das contribuições lançadas a remuneração dos segurados empregados, lançadas na contabilidade, nas contas contábeis, sob o título de "Assistência Médica".

Segundo a fiscalização a empresa deixou de incluir valores pagos com habitualidade aos empregados a título de Assistência Médica como salário-de-contribuição nas folhas de pagamento, o que foi verificado na análise dos Livros Contábeis nas contas referentes aos pagamentos de Convênios de Planos de Saúde e Reembolso de despesas médicas/Auto Gestão.

Constatou-se que a empresa possui plano de benefícios de assistência médica abrangendo dois tipos de assistência: uma através de convênio com empresas de assistência médica e hospitalar oferecido aos empregados com carência de seis meses e outra mediante plano de saúde de auto gestão, modalidade livre escolha com reembolso das despesas oferecido a empregados diretores, gerentes e supervisores.

Conclui a fiscalização que a empresa pagou referido benefício em desacordo com a legislação previdenciária, e por consequência, os valores pagos foram considerados base de cálculo de contribuições previdenciárias pois:

(...) com a carência de seis meses, foram formados dois grupos de trabalhadores:

um que tem direito ao benefício por ter mais de 6 meses de vínculo com a empresa e um outro que não possui o direito por terem sido contratados a menos de 6 meses.

Considerando a empresa como um todo, resulta que, o plano de cobertura médica não é extensivo a todos os funcionários. Além disso, o Plano de Cobertura Médica "Auto Gestão/Livre Escolha" é um privilégio destinado, apenas, a um pequeno grupo de trabalhadores "mais graduados", não sendo, portanto, extensível a todos os trabalhadores.

Tomou-se como base de cálculo para o presente levantamento, os valores pagos com assistência médica, os quais foram obtidas dos Livros Razão do período 12/1997 a 02/05, constantes das Contas Contábeis 4131100 Assistência Médica, 4131101 Assistência Médica Funcionários, 411302 Assistência Médica, 421102 Assistência Médica, e 421252 Assistência Médica.

Destaca ainda que a contribuição do segurado empregado foi apurada mediante a aplicação da alíquota mínima de 8%, tendo em vista que os lançamentos contábeis em que apuradas as despesas de assistência médica não discriminam individualmente os funcionários, somente as Notas Fiscais e valores dos Planos de Saúde e/ou de reembolso, impossibilitando a identificação individual de cada funcionário.

Integram o Relatório Fiscal os seguintes anexos:

- Anexo 1: cópia de parte do "Manual de Integração" da C&A, fls. 133/135;*
- Anexo 2: cópia do documento "Políticas C&A Brasil" da Divisão de Recursos Humanos — Benefícios, fls. 136/137;*
- Anexo 3: amostra das planilhas de Adesão/Inscrição em planos de saúde, fls. 138/149;*
- Anexo 4: relação dos funcionários com menos de 6 meses de admissão, fls. 150/188;*
- Anexo 5: Protocolo de entrega e planilha resumo com os valores mensais de despesas com Assistência Médica, fls. 189/190;*
- Anexo 6: Planilha com a relação dos Co-responsáveis e qualificações, fls. 191.*

Foram lavrados ainda na mesma ação fiscal, os seguintes autos de infração por descumprimento de obrigações acessórias: auto de infração Debcad nº 37.066.532-5, por ter a empresa apresentado GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias (ref. a Assist. Méd, Autônomos, Cooperativas, Prêmios, Vales Transporte, Veículos); e Auto de Infração Debcad nº 37.066.533-3, por ter deixado de prestar ao INSS todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse do mesmo.

Em virtude da constatação, em tese, de crime de sonegação de contribuição previdenciária foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais/RFFP.

Da Impugnação Após ciência pessoal da autuação em 29/12/2006, o contribuinte apresenta defesa, fls. 227/259, alegando o que segue em síntese.

Da Decadência Sustenta a decadência do direito de lançar os créditos referentes ao período de 12/1997 a 12/2001, uma vez que a NFLD foi lavrada em 29/12/2006, decorrido mais de cinco anos da ocorrência dos fatos geradores, aplicando-se a regra do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional/CTN, sendo evidente a inexistência de dolo, fraude ou simulação, não descritos pela fiscalização.

Da Base de Cálculo das Contribuições Previdenciárias e de Terceiros Alega que o benefício de assistência médica pago aos empregados não pode ser considerado base de cálculo das contribuições previdenciárias uma vez que não se configura ganho habitual do empregado, tampouco se constitui em salário ou remuneração.

Da Natureza Não Salarial da Verba em Questão Esclarece que o benefício assistencial é custeado de forma compartilhada pela impugnante e os segurados empregados, não podendo ser considerado salário como bem examinado pela Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social no Parecer MPS/CJ nº 107 de 14/09/1992, que considera tal verba como de natureza assistencial alheia ao conceito de salário, assim como neste sentido a jurisprudência do TST e as alterações do artigo 458 da CLT, concluindo pela não incidência de contribuição previdenciária sobre os pagamentos efetuados a título de assistência médica e hospitalar, devendo o auto de infração ser cancelado.

Da Previsão do Artigo 197 da Constituição Federal Acrescenta que as empresas que fornecem aos empregados benefício de assistência a saúde estão contribuindo com o dever do Estado em fornecer esta assistência e não deveriam ser tributadas em evidente desestímulo em prol da sua atuação, ainda porque a assistência médica é custeada também pelo empregado, não podendo ser considerada salário por lhe faltar a característica da contraprestação e da habitualidade, conforme jurisprudência que colaciona.

Do Tratamento destas Verbas pela Legislação Trabalhista e Previdenciária Assevera que o disposto na parte final da alínea “q” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91 é incompatível com os artigos 194 e 197 da Constituição Federal, tanto que a nova redação do § 2º do artigo 457 da CLT expressamente exclui o benefício assistencial à saúde do trabalhador do conceito de salário, sendo indevida a exigência fiscal no presente auto.

Da Incompatibilidade dessa Exigência com a Natureza das Coisas Esclarece que a estipulação de carência de 6 meses para a extensão do benefício de saúde não exclui os trabalhadores ao acesso ao plano, sendo regra necessária diante da alta rotatividade dos funcionários neste período, além de que a existência de dois tipos de plano de saúde não descaracteriza a natureza assistencial desta rubrica pois os planos são oferecidos conforme a disponibilidade econômica dos beneficiados, pois os custos são compartilhados, sendo os valores pagos em benefício dos empregados excluídos do campo de incidência das contribuições previdenciárias.

Da Extinção da Contribuição ao INCRA Sustenta que a contribuição ao INCRA foi extinta a partir de 01/09/1989 com o advento da Lei nº 7.787/89 que suprimiu as contribuições sobre a folha de salários destinadas ao PRORURAL e conseqüentemente ao INCRA e ao FUNRURAL, conforme entendimento do STJ neste sentido, sendo desprovida a exigência de contribuição ao INCRA.

Da Nulidade do Lançamento Efetuado Quanto à Contribuição Dos Segurados Empregados Aduz a nulidade da autuação em relação a parcela dos segurados empregados, pois está sendo exigida contribuição dos segurados a alíquota de 8% sem que a fiscalização demonstrasse que os recolhimentos não excederam o teto do salário de contribuição para cada empregado, considerando ainda a existência de outras autuações na presente ação fiscal (NFLD Debcad nº

37.017.997-8, Debcad nº 37.017.999-4, Debcad nº 37.017.998-6), o que constitui afronta ao § 5º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91.

Da Impossibilidade de se computar juros de mora com base na taxa Selic Insurge-se contra a cobrança de juros a taxa Selic pois fixada pelo poder executivo e em afronta ao percentual previsto no artigo 161 do Código Tributário Nacional/CTN.

Da ausência de co-responsabilidade do sócios pelos débitos previdenciários lançados Refuta a responsabilização dos sócios pois não demonstrado o excesso de poder ou infração a Lei ou contrato, devendo ser cancelada a autuação.

Requeru ao final o cancelamento da NFLD ou sua nulidade, pleiteando ainda que as intimações sejam endereçadas ao patrono da causa.

Juntou documentos de fls. 260/284: Procuração, Atos Constitutivos e Substabelecimento.

Em 05/04/2007, a então Seção de Contencioso Administrativo da Delegacia de Osasco, diante dos argumentos da defesa, converteu o julgamento em diligência, solicitando esclarecimentos quanto a utilização da alíquota mínima no cálculo da contribuição do segurado empregado, tendo a fiscalização se manifestado em 28/09/2007, às fls. 288/289, nestes termos:

A defesa em questão contesta a utilização de alíquota mínima de oito por cento para o cálculo da contribuição dos segurados, alegando que deveria ter sido respeitado o teto máximo de contribuição (considerados os valores já recolhidos à época) bem como considerados os valores já levantados em outras NFLDs: Debcad No. 37.017.997-8.

Debcad No. 37 017.999-4 e Debcad No. 37.017.998-6.

Primeiramente queremos salientar que a NFLD Debcad n- 37.017.997-8 trata de contribuição ao INCRA (terceiros) e, portanto não contém desconto de segurados empregados em seu levantamento, nem tão pouco na NFLD Debcad n. 37.017.998-6 pois a mesma trata-se de débitos apurados de contribuintes individuais autônomos.

Durante a ação fiscal que culminou com o presente levantamento, a empresa não apresentou os salários de contribuição individualizados de cada funcionário mês a mês beneficiários das verbas objeto desta NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito Debcad n. 37.017.996- 0, e das verbas objeto da NFLD Debcad n. 37.017 999-4 e respectivos salários de contribuição e contribuições descontadas à época em folha de pagamento, bem como as respectivas contribuições previdenciárias desses funcionários referentes a essas verbas, já consideradas as contribuições descontadas à época em folha de pagamento, para que se pudesse respeitar as respectivas faixas salariais bem como o limite teto máximo de contribuição, na apuração das contribuições previdenciárias devidas dos segurados empregados, o que motivou a utilização da alíquota mínima de 8% (prevista no artigo 599 da IN MPS/SRP Nº 3 de 14/07/05).

Em cumprimento ao item 1 do despacho de folhas 283 do processo de defesa acima, efetuamos diligência a empresa supra citada a fim de obter os dados necessários que possibilitassem a apuração das contribuições devidas dos segurados de acordo com as respectivas faixas salariais, e respeitando o teto máximo de contribuição em atendimento do item VIII folhas 29 e 30 de sua defesa folhas 252 e 253 do processo.

Em 27/08/07 emitimos um TIAD - Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (em anexo), solicitando à empresa em questão a apresentar (a partir do dia 04/09/07) os salários de contribuição individualizados de cada funcionário mês a mês (inclusive com resumo mensal) beneficiários das verbas objeto da NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito Debcad n. 37.017.996-0, e das verbas objeto da NFLD Debcad n. 37.017.999-4, e respectivos salários de contribuição e contribuições descontadas à época em folha de pagamento, bem como as respectivas contribuições previdenciárias desses funcionários referentes a essas verbas, já consideradas as contribuições descontadas à época em folha de pagamento, respeitando as respectivas faixas salariais bem como o limite de teto máximo de contribuição, para que se pudesse atender ao contido nas defesas feitas por esta empresa às NFLDs supracitadas, referente ao levantamento de contribuições previdenciárias dos segurados empregados, com a utilização da alíquota mínima de 8 %.

Tendo retornado à empresa em 13/09/07 a mesma não apresentou nenhum dos documentos solicitados, motivo pelo qual lavrei o Auto de Infração Debcad n 37.066.538-4.

Face à não apresentação dos documentos solicitados, continuamos impossibilitados de aplicar as alíquotas variadas de contribuição dos segurados, segundo as faixas salariais, e de tão pouco identificar as verbas que porventura ultrapassem o limite máximo de contribuição; ficando, portanto inalterados os valores e alíquotas utilizadas no presente levantamento.

Com o advento da Lei nº 11.457/2007 que instituiu a Secretaria da Receita Federal do Brasil, os autos foram encaminhados para a Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri, fls. 290.

Em 06/11/2007, conforme petição de fls. 292/298, o contribuinte pleiteia a juntada de documentos solicitados durante a diligência fiscal e apresenta justificativa para sua entrega a destempo, informando que havia solicitado prorrogação de prazo diante do volume de documentos solicitados mas que não foi atendido e além disto foi surpreendido com a lavratura do auto de infração Debcad nº 37.066.538-4. Reitera o pedido de cancelamento do auto de infração.

Com a juntada dos documentos de fls. 311, em mídia digital, retornaram os autos para a fiscalização que se manifestou em 29/02/2008, às fls. 317/318, nos seguintes termos:

Considerando que a empresa em questão, durante a fiscalização que culminou com as NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito supra citadas, não apresentou os dados necessários para que se pudesse utilizar as alíquotas variáveis de acordo com as respectivas

faixas salariais bem como respeitar o limite de teto máximo de contribuição, na apuração das contribuições previdenciárias devidas dos segurados empregados, o que motivou a utilização da alíquota mínima de 8 %.

Considerando que a empresa entrou com sua defesa em 16/01/2007, onde contesta a utilização da alíquota mínima de 8% para o cálculo das contribuições devidas dos segurados empregados.

Considerando o tempo decorrido entre a sua defesa, 16/01/07 e a entrega do TIAD — Termo de Intimação para Apresentação de Documentos 27/08/07 (mais de 7 meses).

Considerando o tempo decorrido entre a entrega da TIAD, 27/08/07 e o meu retorno a empresa em 13/09/07 (mais 17 dias).

Entendemos que a empresa teve um tempo muitas vezes maior do que o solicitado, para elaborar e/ou juntar os documentos solicitados, os quais ela sempre soube serem necessários para que se pudesse ser feitos os cálculos das contribuições dos segurados através das faixas salariais (alíquota variável) e respeitado o limite máximo de contribuição.

Face ao acima exposto foi mantido o prazo constante da TIAD entregue em 27/08/07.

O meu pronunciamento foi feito por escrito e entregue a chefia imediata em 17/09/07 para prosseguimento (anexo às fls. 310), bem como informei verbalmente a funcionária da C & A, Maria José Viana (do setor de recursos humanos), quem atendeu a fiscalização.

A empresa em seu requerimento de juntada aos autos em meio magnético (formato Excel) nas folhas 292 e 293 cita que (e como podemos constatar) tal arquivo contém as informações dos funcionários da empresa mês a mês do período de 01/98 a 02/2005 com os dados dos seus funcionários (total da empresa). Dados estes que aparentemente constam das suas folhas de pagamento apresentados à época da fiscalização, acrescentando apenas as colunas da base de cálculo até o limite e acima do limite.

Atentar que, a empresa apresentou aparentemente a totalidade de seus funcionários e respectivos salários mês a mês, sem sequer discriminar quais teriam a assistência médica (visto que não são todos que recebem esse benefício) e nem em qual modalidade, uma vez que são dois tipos, Plano de Saúde e Auto Gestão, e muito menos discriminou os valores dessas verbas individualizadas, além de outros elementos solicitados no TIAD.

*Ocorre que sem os dados solicitados no TIAD (fls 296) é impossível o enquadramento **individualizado** dos descontos dos funcionários com as alíquotas variáveis de 8% a 11 % bem como ater-se ao limite máximo de contribuição.*

*Ressalte-se que a própria **empresa declara** (fls 293) que: "Desde logo, porém, esclarece **que não possui nem tem condições de elaborar documento onde sejam demonstradas**"as respectivas contribuições*

*previdenciárias desses funcionários referentes a essas verbas, já consideradas as contribuições descontadas à época em folha de pagamento, **respeitando as respectivas faixas salariais bem como o limite de teto máximo de contribuição, ...**". "Para atender essa exigência a Requerente precisaria recalculas as contribuições de todos os seus empregados, a partir de **dados que não são individualizados por empregado** (faturas e notas fiscais de pagamento de assistência médica por exemplo) além disso, implicaria recalculas e reprocessar as folhas de pagamento de inúmeras filiais durante o prazo de dez anos".*

Ora a própria empresa, como se pode ver acima, a qual utilizando parte do texto do termo de intimação de apresentação de documentos TIAD emitido pela fiscalização, declara que não possui e nem tem condições de apresentar os dados para que se respeitem as faixas salariais bem como o limite de teto máximo de contribuição, fica claramente confirmado o não cumprimento ao TIAD e conseqüentemente a manutenção do auto de infração, bem como a explicação do uso da alíquota mínima de 8% para o cálculo das contribuições previdenciárias dos segurados empregados aplicada pela fiscalização, conforme prevê a legislação. Comprova-se também que não é uma questão de prorrogação de prazo para a apresentação de documentos, o que leva-nos a pensar que tal atitude seja apenas protelatória. (grifos no original)

Em sessão de 15/10/2008, a então 8ª turma da Delegacia de Julgamento em Campinas, mediante o Acórdão nº 23.799, fls 356/373, julgou procedente em parte o lançamento, conforme ementa que reproduzo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/12/1997 a 01/02/2005 DECADÊNCIA - STF - SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SÚMULA - EFEITO VINCULANTE - Prescreve a Súmula Vinculante nº 8, do STF, que são inconstitucionais os artigos 45 e 46, da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência, razão pela qual, em se tratando de lançamento de ofício, deve-se aplicar o prazo decadencial de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido de acordo com o que preconiza o Código Tributário Nacional.

ASSISTÊNCIA MÉDICA - O oferecimento de planos de saúde com benefícios diferenciados entre as categorias profissionais de uma mesma empresa fere cabalmente direitos constitucionais e o disposto no art. 28, § 9º alínea "q" da Lei nº 8.212/91.

SELIC - A utilização da SELIC na atualização do crédito previdenciário reveste-se de constitucionalidade, conforme precedente do STF.

INCRA - A Lei 7.787/89 apenas suprimiu a parcela de custeio do PRORURAL. A contribuição para o INCRA não foi extinta pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91.

CO-REPONSAVEIS - A Relação de Co- Responsáveis - CORESP, se presta apenas a listar as pessoas físicas e jurídicas representantes

legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação.

DA APLICAÇÃO DA ALÍQUOTA MÍNIMA PARA O CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO EMPREGADO - Devem ser excluídos do lançamento os valores lançados àquele título por falta de motivação, fática e legal.

Houve retificação do débito, conforme Discriminativo Analítico do Débito Retificado, fls. 326/355.

Às fls. 385/436, o contribuinte apresenta recurso ao Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda reiterando os argumentos já apresentados quando da defesa inicial e acrescentando em síntese o que segue.

Insurge-se contra a forma de aplicação do prazo decadencial na decisão recorrida pois não comprovado dolo, fraude ou simulação, ressaltando que mera divergência de interpretação da legislação como ocorrido não permite o afastamento da regra decadencial da contagem a partir do fato gerador do tributo, pleiteando a aplicação do artigo 150, § 4º do Código Tributário Nacional/CTN por ter havido pagamento antecipado conforme comprovantes que junta, e a declaração da decadência dos fatos ocorridos entre 12/2000 a 12/2001.

Acrescenta que, caso mantida a exigência de contribuição previdenciária sobre valores pagos a título de assistência médica, somente os valores que excederem ao valor pago a cada segurado pelo plano básico devem ser tributados, cobrando-se somente os excessos.

Juntou documentos de fls. 440/549, dentre estes guias da previdência social código de pagamento 2119 recolhidas a destempo com acréscimos legais, sem autenticação bancária referindo-se a denúncia espontânea, guias de recolhimento ao FNDE, INCRA, depósito judicial.

Em petição dirigida ao Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais datada de 26/02/2010, fls. 817/820, o contribuinte pleiteia desistência parcial do recurso interposto nos autos do presente processo, em relação ao débito apurado nas competências de 12/2000 a 02/2005 levantamentos AA2 e AP2, para efeito do que dispõe a Lei nº 11.941/2009.

Às fls. 856 despacho do Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Barueri informando da desistência do contribuinte do recurso voluntário interposto para inclusão do saldo do processo no parcelamento especial da Lei 11.941/09, ressaltando contudo que:

o Processo está na fase Aguardando Homologação do Recurso de Ofício e, o sistema Dataprev não permite a alteração da fase para Processamento do desmembramento dos valores, para inclusão no parcelamento especial da Lei 11.941/09.

Desta forma, entendemos que o recurso de ofício deva ser objeto de análise pelo CARF, para ratificação da decisão de primeira instância, para que a cobrança do processo possa ter prosseguimento.

Em Sessão de 17/10/2012, exarado Acórdão 2301003.146 da 1ª Turma da 3ª Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, fls. 858/864, anulando a decisão de primeira instância, conforme ementa que transcrevo:

CERCEAMENTO DE DEFESA. ÚLTIMA MANIFESTAÇÃO RELEVANTE ANTES DA EMISSÃO DE DECISÃO DAQUELE QUE ACUSA. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO.

Ao contribuinte deve ser assegurado o direito à última manifestação sobre questões relevantes na lide antes da emissão da decisão de primeira instância.

Ausente tal manifestação, deve ser declarada a nulidade do Acórdão a quo.

Anulada decisão de Primeira Instância.

Às fls. 873, Intimação DRF/BRE/SECAT nº 1.072, de 03/09/2013, dando ciência do Acórdão CARF supracitado e informação fiscal de fls.317/318 (fls. 311/312 da numeração original antes da digitalização).

Conforme despacho de fls. 876, o contribuinte tomou conhecimento do teor dos documentos relacionados acima em 04/09/2013, “pela abertura dos arquivos correspondentes no link Processo Digital, no Centro Virtual de Atendimento ao Contribuinte (Portal e-CAC) através da opção Consulta Comunicados/Intimações”, sendo confirmada a ciência mediante o Despacho de fl. 888.

Às fls. 878/884, o contribuinte interpôs recurso de embargos de declaração em face do Acórdão CARF 2301003.146 para que seja reconhecida, no caso concreto, a aplicação do § 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, dando efeito infringente ao embargo.

Da Impugnação após a nulidade da Decisão de 1ª Instância Na seqüência, em petição protocolada em 04/10/2013, fls. 891/929, o contribuinte apresenta nova impugnação ao crédito remanescente nos autos, reiterando os argumentos já apresentados quando da interposição da impugnação inicial, acrescentando o que segue.

Informa que apresentou desistência do recurso voluntário quanto aos débitos relativos ao Levantamento AA2, período de 12/2000 a 02/2005 e Levantamento AP2 período de 02/2001 a 02/2005, relativamente às rubricas empresa, SAT/RAT e terceiros, mantendo seu interesse recursal quanto a rubrica segurados a alíquota de 8%, pois demonstrada em razões recursais a existência de vício material por ausência de elementos da regra matriz de incidência.

Argumenta que apresentou embargos de declaração ao CARF insurgindo-se quanto a omissão na aplicação do § 3º do artigo 59 do Decreto 70.235/72, demonstrando ainda que não tinha qualquer interesse em recorrer quanto à nulidade do levantamento segurados,

pois a decisão de 1ª instância acatou os argumentos do contribuinte e anulou parcialmente o lançamento para excluir a rubrica segurados dos levantamentos AA2 e AP2, carecendo a Fazenda Pública de interesse em contestar decisão exarada pela própria administração.

Ressalta que apesar de entender que, diante da interposição dos embargos de declaração, houve a suspensão do prazo para interposição de qualquer recurso por aplicação subsidiária do artigo 538 do CPC, por cautela, apresenta nova impugnação limitada aos montantes não incluídos na anistia da Lei nº 11.941/2009, quais sejam, débitos relativos aos fatos geradores do período de 12/1997 a 12/2001 com relação a todas as rubricas e ainda os valores exigidos em todo o período relativo aos segurados empregados (12/97 a 02/2005).

Da Decadência – Inquestionável acerto da Decisão de 1ª Instância Pleiteia a aplicação do prazo decadencial a contar do fato gerador, como dispõe o artigo 150, § 4º do CTN, em decorrência da antecipação do pagamento em relação as demais rubricas, e ainda considerando o Parecer PGFN/CAT 1.617/2008, concluindo que as obrigações tributárias do período de 12/1997 a 11/2001 já se encontram extintas pela decadência, colacionando jurisprudência dos tribunais administrativos a respeito.

Reitera os argumentos apresentados nos seguintes itens da defesa inicial:

“Da Base de Cálculo das Contribuições Previdenciárias e de Terceiros” “Da Natureza Não Salarial da Verba em Questão” “Do Tratamento destas Verbas pela Legislação Trabalhista e Previdenciária” “Da Incompatibilidade dessa Exigência com a Natureza das Coisas” Acrescenta em relação a este último item, precedente do STJ quanto a não incidência de contribuição previdenciária quando estipulada carência para gozo do benefício auxílio saúde e, ainda, jurisprudência do CARF no sentido da não incidência de contribuição previdenciária na existência de planos distintos de saúde aos funcionários da empresa.

Ainda que se Mantenha a Premissa da NFLD os Valores Eventualmente Devidos não são Aqueles Lançados Argumenta que ainda que se mantenha a NFLD devido a existência de planos diferenciados de saúde em função da graduação dos funcionários, os valores eventualmente devidos não são aqueles lançados, uma vez que os valores oferecidos como plano básico a todo e qualquer funcionário não poderiam ser exigidos, devendo ser tributado apenas o excesso em relação ao plano pago aos dirigentes, garantindo a aplicação da norma que reconhece não ter natureza salarial o valor mínimo de plano de saúde pago de modo geral a todos os empregados.

Da nulidade do lançamento efetuado quanto a contribuição dos segurados empregados Reitera a nulidade do lançamento quanto a contribuição dos segurados empregados em razão da aplicação da alíquota mínima de 8% sem considerar a possibilidade de recolhimento pelo teto e ainda sem considerar os valores exigidos nas NFLD lavradas na mesma ação fiscal (Debcad nº 37.017.997-8, Decad nº 37.017.999-4 Decad nº 37.017.998-6), acrescentando tratar-se de vício de nulidade material por não observância dos requisitos do artigo

142 do CTN, quanto a definição da base de cálculo do tributo, conforme destaca na jurisprudência do CARF e como acertadamente decidido pela 8ª Turma de Julgamento.

A nulidade foi reconhecida pela decisão proferida pela 1ª instância Repisa os motivos da decisão de 1ª instância quanto a nulidade na aplicação da alíquota de 8% no lançamento relativo as contribuições da parte dos segurados empregados, a demonstrar as falhas no lançamento, ainda que posteriormente referida decisão tenha sido anulada pelo CARF, sendo evidente o vício material a anular o lançamento.

Suposta não apresentação de documentos solicitados pelo fisco quanto aos segurados empregados - manifestação fiscal de fls. 311/312 Com respeito a manifestação fiscal de fls. 311/312, sustenta que não pode ser prejudicada por eventuais documentos não entregues ao fisco, esclarecendo que após a interposição da defesa inicial foi intimada em diligência a apresentar documentos em exíguo prazo, tendo solicitado prorrogação de prazo por no mínimo 60 dias em razão do grande volume de documentos solicitados e que se encontravam em arquivo morto terceirizado, porém foi surpreendida com a lavratura do auto de infração Debcad nº 37.066.538-4 em que se exige multa agravada por suposta ausência de prestação de informações.

Diante da absurda autuação esclarece que apresentou impugnação naqueles autos, demonstrando que não deixou de atender a intimação passando a expor os motivos alegados na referida impugnação.

Informa que apresentou documentos em formato eletrônico com informações dos funcionários da empresa e esclareceu que não possuía nem tinha condições de elaborar documento onde fossem demonstradas as contribuições individualizadas por funcionário, já consideradas as contribuições já descontadas em folha de pagamento, conforme solicitado, pois precisaria recalcular todas as contribuições dos segurados com base em notas fiscais de pagamento de assistência médica o que implicaria em reprocessar as folhas de pagamento de inúmeras filiais num prazo de 10 anos.

Apesar destes esclarecimentos a fiscalização se manifestou às fls. 311/312, cujo teor não foi intimado para se manifestar, confirmando o não atendimento à solicitação e mantendo a autuação, o que não pode concordar pelas justificativas já expostas acima, acrescentando que caberia à fiscalização comprovar a correta base de cálculo sob pena de nulidade por falta de liquidez e certeza na sua apuração, conforme iterativa jurisprudência do CARF que transcreve, concluindo que o próprio fiscal reconheceu o erro ao solicitar documentos para apuração da correta base de cálculo quanto aos segurados empregados.

Pedido Requeriu ao final o reconhecimento da decadência em relação aos fatos ocorridos no período de 12/1997 a 11/2001, a insubsistência da autuação diante da improcedência da exigência e a nulidade material da NFLD em relação a contribuição dos segurados empregados.

Às fls. 942/944, despacho da 1ª Turma da 3ª Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais rejeitando os embargos de declaração interpostos.

Às fls. 950/963, o contribuinte apresenta recurso especial ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais tendo em vista que o Acórdão recorrido divergiu do critério de julgamento adotado nos acórdãos que cita, ao decidir pela não decretação de nulidade de ato administrativo, em contrariedade ao disposto no § 3º do artigo 59 do Decreto nº 70.235/72, pleiteando o provimento do recurso para que o caso concreto tenha a mesma solução adotada nos acórdãos paradigmas citados.

À fl. 997, petição do contribuinte ratificando todos os termos da defesa apresentada em 04/10/2013 quando da ciência do acórdão embargado, pleiteando o regular prosseguimento do feito com a remessa dos autos ao CARF para julgamento do recurso especial interposto.

Às fls 1001/1004, Despacho 2300-303/2014 do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais negando seguimento ao Recurso Especial interposto, com fundamento no § 2º do artigo 67 do Regimento Interno do CARF.

À fl. 1005, Despacho do Presidente do CARF mantendo decisão do presidente da Câmara que negou seguimento ao Recurso Especial.

2 – Com isso houve uma nova análise do caso pela DRJ que julgou procedente em parte a impugnação do contribuinte, conforme decisão assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/12/1997 a 28/02/2005 DECADÊNCIA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. APLICAÇÃO DAS DISPOSIÇÕES DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

Não comprovada a existência de recolhimentos quanto ao crédito tributário lançado de ofício, aplica-se o artigo 173, inciso I, do Código Tributário Nacional, para fins de contagem do prazo inicial de decadência.

LANÇAMENTO FISCAL. PLANO DE SAÚDE. CUSTEIO SEM ATENDIMENTO AOS PRESSUPOSTOS DA LEI. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

Integra o salário-de-contribuição o valor pago pela pessoa jurídica relativo a plano de saúde quando não custeado à totalidade de seus empregados e dirigentes.

DESPESAS COM ASSISTÊNCIA MÉDICA Insere-se no conceito de salário-utilidade o custeio pelo empregador das despesas com assistência médica dos empregados, pois permite a estes usufruírem do plano sem ter de arcar mensalmente com os respectivos custos, o que demonstra o caráter de habitualidade do benefício proporcionado pelo empregador.

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

Apresentando o lançamento adequada motivação fática e jurídica, bem como os pressupostos de liquidez e certeza, não há que se falar em sua nulidade.

ÔNUS DA PROVA.

Ao contestar situações apuradas pela fiscalização em documentos apresentados pelo próprio contribuinte, cabe a este último o ônus da prova de suas alegações, nos termos do Código de Processo Civil.

INCRA. PLENA EXIGIBILIDADE.

As contribuições destinadas ao INCRA foram recepcionadas pela Constituição Federal, não sendo extintas pela Lei nº 7.787/89, nem pela Lei nº 8.212/91.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. LEGALIDADE.

O recolhimento de contribuições previdenciárias feito em atraso sujeita-se à incidência de juros calculados com base na taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, nos termos da legislação de regência.

INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. ARGÜIÇÃO.

A instância administrativa é incompetente para se manifestar sobre inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo.

RELATÓRIO DE CO-RESPONSÁVEIS.

O Relatório de co-responsáveis é parte integrante da notificação, tendo por finalidade indicar as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, não atribuindo responsabilidade tributária nos moldes do CTN às pessoas ali indicadas.

3 – Seguiu-se recurso voluntário do contribuinte às fls. 1101/1152 com documentos às fls. 1.154/1.255. É o relatório do necessário.

VOTO

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

4 – O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, portanto o conheço.

5 - Considerando as razões indicadas no item I do Recurso Voluntário do contribuinte alicerçado com a documentação juntada às fls. 1.154/1.255 entendo por bem converter o presente julgamento em diligência, senão vejamos.

6 - Diz o contribuinte em seu item I abaixo reproduzido:

Em razão da adesão à anistia estabelecida pela Lei 11.941/09, em 26/02/2010 a Recorrente apresentou nos presentes autos petição (fls. 775/778 do processo físico) pela qual desistiu parcialmente do recurso então interposto, renunciando às alegações de direito sobre as quais se fundamentava o referido recurso relativamente aos seguintes débitos expressamente indicados:

(i) Levantamento AA2 (Assistência Médica Auto Gestão): **débitos do período de 12/2000 a 02/2005, relativos às rubricas empresa, SAT/RAT e Terceiros.**

(ii) Levantamento AP2 (Assistência Médica Plano de Saúde): **débitos do período de 12/2000 a 02/2005, relativos às rubricas empresa, SAT/RAT e Terceiros.**

Portanto, não foram objeto de desistência/renúncia os valores apurados pela fiscalização e relativos ao período de 12/1997 a 11/2000 no tocante às rubricas empresa, SAT/RAT e Terceiros, bem como os valores relativos a todo o período autuado (12/1997 a 02/2005) no tocante à rubrica segurados empregados, tendo a Recorrente pleiteado naquela mesma petição o regular prosseguimento do feito quanto à parte remanescente em discussão.

A r. decisão proferida pela DRJ/RPO, por sua vez, não considerou o pedido de desistência/renúncia formulado, tendo assim decidido, “verbis”:

“Matéria não impugnada - Parcelamento

Para se delimitar a matéria posta em litígio importante destacar que apesar de o impugnante ter informado adesão ao parcelamento da Lei nº 11.941/2009, em petição dirigida ao Presidente do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais datada de 26/02/2010, fls. 817/820, e desistência parcial do recurso interposto nos autos do presente processo, em relação ao débito apurado nas competências de 12/2000 a 02/2005 levantamentos AA2 e AP2, não há notícias nos autos de inclusão de parcelas deste no aludido parcelamento, havendo consulta extrato de pagamento negativa para este processo conforme tela à f. 1025.

A impugnação de fls. 891/929, apresentada após a decretação de nulidade da decisão de 1ª instância, informa da contestação apenas quanto aos montantes não incluídos no parcelamento, quais sejam, os débitos relativos

aos fatos geradores do período de 12/1997 a 12/2001 com relação a todas as rubricas e ainda os valores exigidos em todo o período relativo aos segurados empregados (12/97 a 02/2005).

De toda forma, com a nulidade da decisão de primeira instância e saneado o feito com a ciência do resultado da diligência fiscal de fls. 317/318 (fls. 311/312 da numeração original em meio papel), devolve-se a matéria por completo a esta turma de julgamento, devendo ser analisada na íntegra as impugnações de fls. 227/259 e de fls. 891/929.

Passo a decidir. (..)"

Ocorre que diversamente do que entendeu a r. decisão recorrida os débitos apontados na petição de fls. 775/778 (processo físico) foram **sim incluídos no parcelamento de que trata a Lei nº 11.941/2009**, só não tendo sido localizadas as informações pertinentes no sistema da Receita Federal provavelmente porque, enquanto não julgado o recurso de ofício para homologação da parcela exonerada pelas decisões de primeira instância (no caso, em 15/10/2008 havia sido proferida decisão pela DRJ (fls. 333/341 do processo físico), posteriormente anulada em 17/10/2012 por este E. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (fls. 801/807 do processo físico)), tais valores não estavam disponíveis para serem relacionados no "site" da Receita Federal para inclusão no parcelamento, conforme esclarecido pela própria Receita no Processo Administrativo nº 13896.721357/2011-09, relativo a "Pedido de Revisão do Parcelamento da Lei nº 11.941/2009" (doc. j.).

De fato, tendo a Recorrente aderido ao programa de pagamento/parcelamento instituído pela Lei nº 11.941/2009, em cumprimento ao disposto nas Portaria Conjuntas PGFN/RFB nºs 03 e 11 de 2010 manifestou sua opção pela inclusão parcial de seus débitos no programa e apresentou às autoridades administrativas a relação desses débitos, constando da referida relação os valores relativos ao presente processo que a Recorrente pretendeu quitar com os benefícios da lei, conforme se verifica do doc. 05 da petição protocolada nos autos do Processo Administrativo nº 13896.721357/2011-09 (doc. j.), que corresponde ao Anexo IV da Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 03/2010 (seu protocolo deu origem ao Processo Administrativo nº 13896.001874/2010-79).

Por ocasião da prestação das informações necessárias à consolidação dos débitos na anistia prevista pela Lei nº 11.941/2009, porém, como diversos deles não constavam da listagem disponibilizada no "site" da Receita Federal, o que a impossibilitava de prestar todas as informações via "internet", a Recorrente prestou manualmente as informações necessárias à consolidação desses débitos.

Assim, conforme lhe foi orientado à época pela própria Receita, protocolou em 30/06/2011 petição nesse sentido e esclareceu que os débitos objeto do presente processo seriam pagos em 60 prestações mensais e sucessivas, dando origem ao Processo Administrativo nº 13896.721357/2011-09 (doc. j.).

Nos autos do mencionado Processo Administrativo nº 13896.721357/2011-09 foi proferido às fls. 158/159 do processo digital o seguinte despacho, "verbis":

"Trata o presente de pedido de revisão do parcelamento da lei nº 11.941/2009, protocolado em 30/06/2011, com alegação de que vários débitos parceláveis não constam no sítio da PGFN/RFB ou constam com incorreções. Requer a inclusão dos débitos no parcelamento da Lei nº 11.941/2009.

Dentre outros documentos, faz juntada de cópias de planilhas e anexos instituídos pela Portaria Conjunta PGFN/RFB nº 03/2010.

A presente análise restringir-se-á aos débitos previdenciários administrados pela RFB.

As alegações do contribuinte sobre os demais débitos administrativos pela RFB vinculados a depósitos judiciais serão objeto de análise em apartado.

Anexamos ao presente extratos do sistema de cobrança relativos à opção de parcelamento, extratos de pagamentos e situação de processo.

Da análise do pedido

Em consulta aos dados do contribuinte constantes do sistema de cobrança, bem como das informações prestadas pelo contribuinte no processo 13896.001874/2010-79 (ANEXO IV), constata-se que:

a) o contribuinte possui opção para parcelamento na forma da Lei nº 11.941/2009 para os débitos previdenciários não parcelados anteriormente, administrados pela RFB, que encontra-se liquidado.

b) constam para o período de 30/11/2009 a 30/09/2011 e 31/01/2012 recolhimentos das parcelas efetuadas no código de receita 1233, específico para o pagamento das parcelas relativas à modalidade RFB/Prev/Art. 1º.

b) foram indicados no Anexo IV os seguintes processos previdenciários não inscritos em dívida ativa para inclusão no parcelamento da Lei nº 11.941/2009: 35415.000153/2007-44, 13896.002537/2007-01, 35415.000151/2007-55 e 13896.002267/2007-21, relativos aos lançamentos das contribuições sociais apurados nos autos de infração nºs 37.017.996-0, 37.017.999-4, 37.066.532-5 e 37.066.538-4, respectivamente, cujos períodos de apuração são compatíveis com o período permitido para parcelamento através da Lei nº 11941/2009.

Com relação aos processos acima discriminados constata-se que o auto de infração de nº 37.066.538-4 (processo nº 13896.002267/2007-21) já se encontra consolidado no parcelamento da lei nº 11.941/2009 na modalidade de débitos previdenciários administrados pela RFB - Art. 1º.

Os autos de infração de nºs 37.017.996-0, 37.017.999-4 e 37.066.532-5 encontram-se pendentes de julgamento de recurso de ofício para homologação da parcela exonerada nas decisões de primeira instância, motivo pelo qual os mesmos não se encontram disponíveis até o presente momento para inclusão no parcelamento da Lei nº 11.941/2009.

A inclusão dos citados autos de infração no parcelamento da Lei nº 11.941/2009 somente ocorrerá após a conclusão do julgamento do recurso de ofício pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, bem como após a abertura da etapa de manutenção do parcelamento, ainda sem data definida.

Observamos, também que na abertura do processo de revisão do parcelamento da Lei nº 11.941/2009, a modalidade de parcelamento RFB/Prev/Art. 1º, que hoje encontra-se liquidada, será reativada para inclusão dos autos de infração de nºs 37.017.996-0, 37.017.999-4 e 37.066.532-5, sendo que nessa ocasião as parcelas serão alteradas retroativamente ao mês da consolidação do parcelamento, podendo ocorrer resíduos nos valores das prestações pagas a partir de junho/2011.

CONCLUSÃO

Do exposto, constatado o cumprimento de todos os requisitos necessários para a consolidação do parcelamento dos débitos de nºs 37.017.996-0, 37.017.999-4 e 37.066.532-5, proponho o deferimento do pedido de revisão do parcelamento da Lei nº 11.941/2009." (grifos nossos)

7 - De fato existe documento às fls. 1.211 relacionando diversos débitos com o mesmo número do processo deste PAF que está sendo julgado, contudo, não é possível identificar com total certeza e sem dúvidas de que tais valores indicados nas rubricas AA2 e AP2 referente à cota da empresa e terceiros e SAT/RAT pelo contribuinte foram realmente objeto de parcelamento a fim de evitarmos o enfrentamento de temas no recurso voluntário que foram objeto de desistência e evitarmos maiores celeumas processuais até aqui ocorrido na visão desse relator.

8 - A presente diligência se reveste simplesmente de caráter saneador de eventuais e futuros questionamentos e nulidades processuais que podem ser arguidas pelas partes.

9 - Por isso proponho a conversão do julgamento em diligência a fim de que seja informado pela autoridade preparadora de forma objetiva, e, se o caso, com relatório circunstanciado com dados sobre os débitos unicamente objeto do presente PAF e indicados pelo contribuinte no parcelamento da Lei 11.941/09, com base nas informações do item 1 do Recurso Voluntário na e-fls. 1.106/1.110 e documentos de fls. 1.154/1.255, informar se os débitos dos levantamentos AA2 (Assistência Médica Auto Gestão) e AP2 (Assistência Médica Plano de Saúde) do período de 12/2000 a 02/2005 relativo a parte da empresa, SAT/RAT e Terceiros foram realmente objeto do pedido de parcelamento e se encontram com sua exigibilidade suspensa em razão do mesmo parcelamento da Lei 11.941/09 e respectiva renúncia quanto a defesa/recurso administrativo.

10 - Após a vinda das informações seja intimado o contribuinte para querendo manifestar-se de forma conclusiva quanto ao resultado da diligência no prazo de 30 (trinta dias).

Conclusão

11 - Diante do exposto, converto o julgamento em diligência na forma proposta acima.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso