



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

Processo nº 35464.000295/2006-45
Recurso nº 253.077 De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2301-01.548 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de julho de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS
Recorrentes BANKAMÉRICA COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES S/A
 DELEGACIA DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO DE SÃO
 PAULO I/SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1995 a 28/02/2004

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

A renúncia à utilização da via administrativa para discussão da pretensão ou por desistência é razão para não conhecimento do recurso interposto.

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.

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

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.

Considera-se antecipação de pagamento o recolhimento de contribuição incidente sobre qualquer verba remuneratória.

Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício e acolher a preliminar de decadência para dar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do(a) relator(a).


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Edgar Silva Vidal (suplente), Damiano Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente). Estiveram presentes ao julgamento a Procuradora da Fazenda Nacional Dra. Isadora Guimarães e a advogada da recorrente Dra. Alessandra Clér, OAB/SP 127566.

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondente à parte da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Consta do Relatório Fiscal da NFLD (fls. 44) que o fato gerador das contribuições lançadas foi o pagamento, aos empregados, de “Participação nos Lucros e Resultados – PLR”, em desacordo com a legislação específica.

O agente notificante informa que foram constatados, nas folhas de pagamentos e nos registros contábeis, rubricas intituladas PLR, pagos pela empresa em desacordo com o art. 2º, da Lei 10.101/00, pois não foi objeto de negociação entre a empresa e seus empregados.

Relata, ainda, que a empresa apresentou à fiscalização um acordo firmado entre o Banco e os seus empregados, representados por uma comissão escolhida, contudo, sem a assinatura do representante sindical, que se recusou a participar da negociação, tendo como consequência o não arquivamento do acordo na entidade sindical dos trabalhadores.

A empresa notificada apresentou defesa e, de sua análise, o processo foi convertido em diligência, nos termos do despacho de fls 210, resultando na informação fiscal de fls. 224, e na retificação do débito.

Cientificada do resultado da diligência fiscal, a notificada se manifestou (fl. 257) ratificando e reiterando todos os termos da impugnação e salientando que o resultado da diligência comprovou a falta de liquidez e certeza dos créditos previdenciários que se pretende exigir, eivando de nulidade os lançamentos efetuados.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 16-14.916 da 12ª Turma da DRJ/SPOI, (fls. 269), julgou o lançamento procedente em parte, acatando o parecer retificador da fiscalização, e recorrendo de ofício dessa decisão ao Segundo Conselho de Contribuintes, na forma do art. 1º, inciso I, da Portaria MPS nº 158, de 11/04/2007.

Tendo sido constatado que a empresa não foi oportunizada a apresentar recurso voluntário em relação à parte remanescente do débito, a Quinta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes devolveu os autos à Delegacia de Julgamento, solicitando que o interessado fosse cientificado da decisão e que fosse aberto prazo para apresentação de recurso voluntário.

Cientificada da decisão de primeira instância, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 306 e seguintes) alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega decadência de parte do débito, em face da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, alega que a r. decisão recorrida está equivocada em seu entendimento, pois a Recorrente adotou todas as providências que estavam ao seu alcance objetivando cumprir a Lei nº 10.101/2000, não podendo ser exigido dela que obrigasse, primeiro, o Sindicato a nomear representante e, segundo, o representante do Sindicato a comparecer à Reunião.

Entende que, tendo a empresa cumprido todas as suas obrigações no caso concreto, não é possível que seus empregados sejam prejudicados com a impossibilidade de se lhes atribuir participação nos lucros porque o Sindicato contesta a legitimidade da lei neste ponto ou porque descurou de suas obrigações.

Esclarece que, objetivando atribuir maior participação nos lucros do que aquela prevista nas Convenções e não podendo unilateralmente alterá-las, a recorrente buscou viabilizar tal pretensão por meio de Acordo com Comissão de Empregados, o que demonstra que agiu fundada em expressa previsão legal, contida nos artigos 1º e 2º da Lei nº 10.101/2000, de modo que seu procedimento encontra-se plenamente conformado ao ordenamento jurídico vigente e ao fim social do benefício.

Informa que encaminhou correspondência ao Sindicato dos Bancários de São Paulo solicitando a indicação de representante para integrar a Comissão escolhida nos termos do aviso e na forma da lei, e informando que a reunião da Comissão estava agendada para 12.02.2001 e, como o sindicato deixou de indicar participante e de comparecer à reunião, esta se realizou sem a presença de representante do Sindicato, conforme demonstram os documentos juntados na impugnação.

Sustenta que o Sindicato assim procedeu em razão de contestar a própria Lei 10.101/2000, entendendo-a inconstitucional, motivo pelo qual não compareceu às reuniões, mesmo sendo oficialmente solicitada sua presença.

Defende que, se o Sindicato não concorda com o disposto na Lei 10.101/2000, deveria adotar providências para discutir em Juízo a sua constitucionalidade, jamais podendo simplesmente deixar de cumprir suas determinações, pois enquanto não declarada sua inconstitucionalidade a lei é válida e vigente, não podendo a empresa ser penalizada negando-se valor ao Acordo, como reconhece a r. decisão recorrida, pela ausência do representante do Sindicato, porque nada mais seria possível dela exigir para que este fosse indicado e comparecesse à reunião agendada.

Observa que, no caso concreto, o Acordo foi aprovado por unanimidade dos integrantes da Comissão de empregados, porque estes entenderam que a proposta atendia o

interesse dos empregados e, ainda que houvesse a presença de um representante do sindicato e este viesse eventualmente a discordar da proposta, restaria vencido pela maioria.

Assinala que, diversamente do que entendeu a r. decisão recorrida, a Comissão de Empregados e a Recorrente tomaram todas as providências que lhe cabiam para arquivar o Acordo junto àquela entidade, enviando uma cópia do Acordo para este fim como comprova a correspondência de 19.02.2001, recebida em 12.03.2001 (doc. 11 da impugnação).

Assevera que, ao contrário que entendeu a r. decisão recorrida, o Acordo foi arquivado na entidade sindical dos trabalhadores, o que demonstra que a Recorrente e seus empregados cumpriram todas as exigências legais existentes para que validamente pudessem firmar Acordo de participação nos Lucros da empresa, não podendo ser penalizados porque o sindicato da categoria entende inconstitucional a lei na parte em que permitiu este procedimento, omitindo-se em participar da comissão e das reuniões agendadas como seu dever.

Discorre sobre o instituto da participação nos lucros, citando a legislação que trata da matéria para concluir que tal verba não se confunde com a remuneração e não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Alega, ainda, inconstitucionalidade do adicional de 2,5% e da exigência de contribuição ao INCRA e impossibilidade de se computar juros de mora com base na taxa SELIC.

É o relatório.

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

Os recursos são tempestivos e não há óbice para seu conhecimento.

Inicialmente, a 12^a Turma da DRJ/SPOI recorre de ofício a este Conselho da decisão que julgou procedente em parte a NFLD lançada contra a empresa BANKAMÉRICA COMERCIAL E PARTICIPAÇÕES S/A

De fato, da análise dos autos, verifica-se que a empresa recorrente apresentou Convenções Coletivas de Trabalho de 1995 a 2004, demonstrando que os valores pagos pela recorrente de 1995 a 1999 não superaram o valor acordado por meio dos CCTs, sendo excluídos do débito.

Já no período de 2000 a 2004, foram excluídos do débito apenas os valores que superou o fixado em CCT.

A quantia remanescente se refere ao valor fixado em acordo firmado por meio de comissão de empregados, sem a participação do sindicato.

Dessa forma, assiste razão à primeira instância administrativa em excluir tais valores do débito lançado, motivo pelo qual conheço do recurso de ofício e nego-lhe provimento.

Em relação ao recurso voluntário interposto pela recorrente, registro o que se segue.

A recorrente alega, preliminarmente, decadência de parte do débito, em face da Súmula Vinculante nº 8, do Supremo Tribunal Federal.

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, 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, depois de 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 conseqüência, 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 à 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 fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de verba que a empresa entendia como de natureza não remuneratória e, portanto, não integrante da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Assim, no caso em comento, trata-se de lançamento de ofício onde não houve pagamento antecipado da contribuição, aplicando-se, portanto, 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.

Verifica-se que a ciência da NFLD pelo sujeito passivo se deu em 26/12/2005, e o débito se refere às competências compreendidas entre 10/1995 a 02/2004.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito apenas para as competências entre 10/95 e 11/99. Para a competência 12/1999, o lançamento poderia ter sido lançado em 01/2000, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2001, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Assim, acato parcialmente a preliminar de decadência.

Com relação às competências não atingidas pela decadência, verifica-se que a recorrente apresentou petição, protocolada em 01/03/2010, desistindo parcialmente do recurso, ficando o objeto do presente processo restrito aos débitos relativos aos fatos geradores de 10/95 a 11/99, todos alcançados pela decadência, ainda que aplicada à regra do art. 173, I, do CTN.

Dessa forma, não conheço do recurso em relação ao débito lançado a partir de 12/1999, inclusive, tendo em vista a perda de objeto por desistência.

Nesse sentido,

CONSIDERANDO que a recorrente apresentou pedido de desistência parcial do recurso,

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta;

Voto no sentido de CONHECER DO RECURSO apenas em relação ao período 10/1995 a 11/1999, e dar provimento à parte conhecida do recurso, por decadência.

É como voto.


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relatora