



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

Processo nº 37299.005589/2002-14
Recurso nº 151.553 Voluntário
Acórdão nº 2301-001.954 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de abril de 2011
Matéria PREVIDENCIÁRIA
Recorrente DRJ - SÃO PAULO
Recorrida AÇOS VILLARES S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1992 a 30/12/1998

SALÁRIOS INDIRETOS E RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

LANÇAMENTO PARA PREVENÇÃO DE DECADÊNCIA. STF. INCONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS. LEI 8.212/91. DEPÓSITO JUDICIAL. NÃO INCIDÊNCIA DE MULTA E OS JUROS DE MORA.

O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

No presente caso, em razão do parcial recolhimento tributário, aplica-se a decadência quinquenal estabelecida no art. 150, §4º do CTN.

CIÊNCIA A TODOS OS SOLIDÁRIOS - INOCORRÊNCIA -NULIDADE

Em respeito ao contraditório e à ampla defesa, cópia do documento de constituição do crédito previdenciário e anexos deverão ser remetidos a todos os responsáveis solidários pelo pagamento do crédito.

Com o objetivo de preservar o sigilo fiscal, não é possível o encaminhamento de notificação que contenha lançamentos de contribuições de diversos prestadores em um mesmo documento.

AUXÍLIO CRECHE - NATUREZA INDENIZATÓRIA -

Conforme dispõe a Súmula nº 310 do STJ e o Parecer PGFN 2600/2008, o auxílio-creche não integra o salário de contribuição.

PRÊMIO - TEMPO DE SERVIÇO - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO

Incide contribuição previdenciária sobre o valor pago pela empresa aos segurados que lhe prestam serviços, a título de prêmio por tempo de serviço.

REMUNERAÇÃO - CONCEITO

Remuneração é o conjunto de prestações recebidas habitualmente pelo empregado pela prestação de serviços, seja em dinheiro ou em utilidades, provenientes do empregador ou de terceiros, decorrentes do contrato de trabalho.

HABITUALIDADE

O conhecimento prévio de que tal pagamento será realizado quando implementada a condição para seu recebimento retira-lhe o caráter da eventualidade, tornando-o habitual.

RO Negado e RV Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir – devido a regra decadencial do § 4º, Art. 150 do CTN – as contribuições apuradas até a competência 06/1997, anteriores a 07/1997, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Mauro José Silva que votaram em aplicar a regra decadencial expressa no Inciso I, Art. 173 do CTN; b) em reconhecer, nas preliminares, a existência de vício no levantamento SOL. Vencido o Conselheiro Mauro José Silva, que não reconhece a ocorrência de vício; c) em dar provimento ao recurso, no mérito, para excluir do lançamento as contribuições apuradas nos levantamentos PTS e PS, nos termos do voto do Redator Designado. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros; II) Por unanimidade: a) em negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto da Relatora; b) em reconhecer o vício no levantamento SOL como formal, nos termos do voto da Relatora; c) em dar provimento ao recurso, no levantamento AUX, nos termos do voto da Relatora; d) em negar provimento às demais alegações apresentadas pela Recorrente, nos termos do voto da Relatora.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente

(assinado digitalmente)

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes – Redator

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva – Declaração de Voto

Processo nº 37299.005589/2002-14
Acórdão n.º **2301-001.954**

S2-C3T1
Fl. 3

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

CÓPIA

Relatório

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

Conforme Relatório Fiscal (fls. 218 a 224), as contribuições lançadas se referem a: a) responsabilidade solidária, no período de 12/93 a 12/98; b) diferenças de recolhimento, verificadas no período de 09/93 a 11/96; c) prêmio por tempo de serviço, pagos pela notificada no período de 01/92 a 12/98; d) auxílio creche, concedido no período de 03/93 a 03/98 e e) ajuda de custos, pagas nas competências 01/92, 07/92 e 08/92.

A autoridade notificante lista os documentos examinados na ação fiscal, bem como relaciona as empresas contratadas pela Aços Villares para a prestação de serviços, transcrevendo a legislação sobre a matéria, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

A empresa notificada impugnou o débito via peça de fls. 2.649 a 2.696, juntando extensa documentação às fls. 1.698 a 7.482 e 7.590 a 7.642, inclusive por meio de aditamentos à defesa, na tentativa de demonstrar a improcedência da NFLD.

Da análise dos documentos anexados, o processo foi convertido em diligência, conforme despacho de fls. 7.484 e 7.584, resultando na Informação Fiscal de fls. 7.579 a 7.582 e 7.656 a 7.658, e na revisão do débito.

Cientificada das diligências fiscais, a notificada se manifestou, reiterando as razões da impugnação e requerendo, com base na documentação anexada aos autos, que sejam desconstituídos os lançamentos objeto da presente NFLD.

A Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 16-15.359 da 12ª Turma da DRJ/SPOI, (fls. 7.802 a 7.827), julgou o lançamento procedente em parte, e recorrendo de ofício da 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 1ª Turma Ordinária, da 4ª Câmara da Segunda Seção do CARF, por meio da Resolução 2401-00.028 (fls. 7.836), converteu o julgamento em diligência para que fosse dada ciência ao sujeito passivo do teor Acórdão 16-15.359 da 12ª Turma da DRJ/SPOI, (fls. 7.802 a 7.827), que julgou o lançamento procedente em parte, e aberto prazo para apresentação de recurso voluntário.

Cientificada da decisão de primeira instância, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 7.845 a 7.869) alegando, em síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega decadência de parte do débito, em observância ao disposto na Súmula Vinculante n. 8., do STF.

No mérito, reitera que, em harmonia com os comandos regulamentares, Pareceres da Consultoria Jurídica do MPAS e normativos do INSS, a GRPS específica deixou de ser a única forma de eliminação do mundo jurídico da cobrança por solidariedade, podendo

também os recolhimentos apropriados em conta-corrente, entre outras modalidades, inibir o lançamento por solidariedade.

Pretende que, a fim de deslindar a controvérsia, promova o INSS cruzamento de informações existentes em seus sistemas informatizados, conforme Circular 06/2002, para se evitar riscos de cobranças em duplicidade.

Assevera que a autoridade lançadora deixou de discriminar, de modo adequado, o fato gerador referente à cessão de mão de obra e que a contratante deveria ser chamada aos autos, em observância ao contraditório e ampla defesa.

Em relação aos prêmios, informa que eram concedidos para os funcionários que completassem 20 anos de casa, o que torna ausente, portanto, os requisitos da habitualidade e contraprestação pelos serviços prestados, e os enquadra na hipótese de isenção prevista no item 7, da alínea “e”, do § 9º, , art. 28, da Lei 8.212/91.

Quanto ao auxílio-creche, argumenta que o tema é objeto de Convenção Coletiva de Trabalho e que a verba em comento não corresponde à definição de remuneração, prevista no art. 28, caput, da Lei 8.212/91, sendo excluída da hipótese de incidência de Contribuição Previdenciária pela alínea “s”, do parágrafo 9º do mesmo artigo.

Relativamente à ajuda de custo, esclarece que é comum, dentro da atividade do contribuinte, que seus empregados tenham que se dirigir, com certa frequência, ao estabelecimento dos clientes, ocorrendo, por parte da recorrente, o reembolso das despesas do respectivo funcionário, dentro do mês que teve o deslocamento.

Defende que o custeio dos benefícios não pode tomar por base valores que, pela sua natureza essencialmente transitória, não se incorporam ao ganho do trabalhador, pois é a repercussão que os valores pagos ao trabalhador no seu futuro de seguridade social é que vai determinar a incidência de contribuição.

Sustenta que a quantia recebida pelos empregados a esse título não se incorpora ao patrimônio jurídico atual do trabalhador, por ser mero reembolso de gastos aptos a tornar possível o exercício do trabalho.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relator

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

Inicialmente, a 10ª Turma da DRJ/RJOI recorre de ofício a este Conselho da decisão que julgou procedente em parte a NFLD lançada contra a empresa AÇOS VILLARES S/a

De fato, da análise dos autos, verifica-se que a empresa recorrente apresentou guias que comprovam o pagamento de parte da contribuição devida pelos prestadores de serviços, se elidindo, dessa forma, da responsabilidade solidária em relação a esses valores.

Dessa forma, assiste razão à primeira instância administrativa ao julgar o lançamento improcedente em parte.

Assim, pelo motivo acima exposto, conheço do recurso de ofício e nego-lhe provimento.

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

Preliminarmente, a notificada alega decadência de parte do débito, requerendo a aplicação da súmula vinculante nº 8.

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, 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.

Em que pese o entendimento desta Relatora de que, no caso de contribuições lançadas incidentes sobre verbas que a empresa entendia como não integrantes da base de cálculo da contribuição se configura em lançamento de ofício, para o qual se aplica o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, é entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais e da maioria dos membros desta Turma de Julgamento que, para fins de aplicação das regras de decadência previstas no CTN, o pagamento de contribuição incidente sobre qualquer rubrica da folha de salário caracteriza a antecipação do tributo, aplicando-se o disposto no art. 150, § 4º, do CTN.

Portanto, no entendimento da maioria desse Colegiado, a decadência alcança os fatos geradores lançados até 06/1997, inclusive, conforme voto divergente vencedor, já que a ciência do MPF (fl. 213) e da NFLD (fl. 01) pelo sujeito passivo se deu em 01/04/2002 e 30/07/2002, respectivamente.

É oportuno observar que, para o levantamento relativo à responsabilidade solidária, foram apresentadas guias de recolhimento dos prestadores, mesmo que não específicas, comprovando o recolhimento antecipado da contribuição.

Assim, restaram para serem analisados os levantamentos PTS e PS (Prêmio por Tempo de Serviço), SOL (Solidariedade Serviços Terceiros) e AXC (Auxílio Creche).

LEVANTAMENTO SOL (Solidariedade Serviços Terceiros)

Em relação a esse levantamento, algumas inconsistências foram observadas.

Inicialmente, cabe ressaltar que a presente Notificação foi lavrada em desacordo com a Instrução Normativa INSS/DC nº 70/2002, vigente à época do lançamento.

A referida IN estabelecia, em seu art. 296, § 4º, que, no caso de levantamento de débito por responsabilidade solidária, deveriam ser enviadas as cópias do documento de constituição do crédito previdenciário e anexos a todos os responsáveis solidários pelo pagamento desse crédito.

E, para que fosse possível o cumprimento do citado normativo legal, teria que ter sido lavrada uma NFLD para cada prestador de serviços, tendo em vista a necessidade de se preservar o sigilo fiscal.

Verifica-se que a presente notificação foi lavrada em 25/07/2002, ou seja, em período posterior à vigência da IN 70, de 10/05/2002, e do Parecer da CJ nº 2.376/2000, que veio definir que a obrigação tributária é uma só, podendo o fisco cobrar o seu crédito tanto do contribuinte, quanto do responsável tributário.

Daí a necessidade de se encaminhar a NFLD aos demais responsáveis solidários.

Constata-se, no presente caso, que as cópias da NFLD e de seus anexos não foram encaminhadas aos demais sujeitos passivos da obrigação tributária, responsáveis solidários, contrariando os normativos legais que regem a matéria e ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Ora, como o fisco pode cobrar o crédito lançado tanto do contribuinte como do responsável tributário, entendo que os levantamentos decorrentes da retenção prevista no art. 31 da Lei 8.212/91, com alteração dada pela Lei 9.711/98, deveria ser objeto de outra NFLD.

A inobservância desses cuidados vicia a parte do débito que se refere ao levantamento por responsabilidade solidária, em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório, impondo sua nulidade por vício formal.

Outra inconsistência constatada se refere ao fato de a autoridade notificante ter deixado de apontar, no relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, o fundamento legal que permite à fiscalização levantar o débito com base no instituto da Responsabilidade Solidária, além de não ter feito constar, nos relatórios integrantes da Notificação, o fundamento legal que ampara o procedimento de arbitramento, adotado pela fiscalização.

Dessa forma, entendo que o levantamento SOL deve ser excluído do lançamento, por nulidade, tendo em vista a ocorrência de vício formal.

LEVANTAMENTO AXC (Auxílio Creche)

Relativamente ao Auxílio Creche, é oportuno informar que foi editada Súmula 310, do STJ, no sentido de que os valores pagos a título de auxílio creche não integram o salário de contribuição por possuir natureza indenizatória.

Nesse sentido, a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional se manifestou, por meio do Parecer PGFN nº 2600/2008, cujos trechos transcrevo a seguir:

o entendimento adotado no parecer elaborado pela, face ao entendimento pacificado na

“PGFN/CRJ/Nº 2600/2008 Tributário. Contribuição Previdenciária. Auxílio-Creche. Natureza indenizatória. Não incidência.

Jurisprudência pacífica do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Aplicação da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, e do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recursos e a desistir dos já interpostos.

I O escopo do presente Parecer é analisar a possibilidade de se promover, com base no inciso II do artigo 19 da Lei nº 10.522, de 19/07/2002, e no Decreto nº 2.346, de 10.10.1997, a dispensa

de interposição de recursos ou o requerimento de desistência dos já interpostos, com relação às decisões judiciais que fixam o entendimento de que não incide a contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio-creche, instituído em decorrência do dever do patrão a manter creche ou terceirização do serviço, conforme previsão do art. 389, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

2. Tal Parecer, em face da alteração trazida pela Lei nº 11.033, de 2004, à Lei nº 10.522/2002, terá também o condão de dispensar a apresentação de contestação pelos Procuradores da Fazenda Nacional, bem como de impedir que a Secretaria da Receita Federal do Brasil constitua o crédito tributário relativo à presente hipótese, obrigando-a a rever de ofício os lançamentos já efetuados, nos termos do citado artigo 19 da Lei nº 10.522/2002.

3. Este estudo é feito em razão da existência de decisões reiteradas de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça - STJ, no sentido de que não incide a contribuição-previdenciária sobre o auxílio-creche, porquanto essa verba não integra o salário de contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária..

II 4. Várias ações foram propostas pelos empregadores contra a União (INSS) com o objetivo de que o Poder Judiciário reconhecesse a impossibilidade do Fisco cobrar a contribuição previdenciária nos moldes acima mencionados.

5. A interpretação dada pela Fazenda Nacional é no sentido de que a verba relativa ao auxílio-creche não tem natureza indenizatória, mas sim salarial, motivo pelo qual deveria incidir a contribuição previdenciária quando do seu recebimento.

6. Ocorre que o Poder Judiciário entendeu diversamente, tendo sido pacificado no âmbito do STJ que o auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição, base de cálculo da contribuição previdenciária e constitui-se numa indenização pelo fato da empresa não manter em funcionamento uma creche em seu próprio estabelecimento. Ademais, o caráter salarial restaria descaracterizado pela cessação do recebimento do benefício quando o menor ultrapasse os seis anos de idade.

7. Vale lembrar que a controvérsia está superada pelo verbete sumular nº 310 do STJ. Verbis:

O Auxílio-creche não integra o salário-de-contribuição. (...)”

Portanto, as contribuições lançadas correspondentes ao auxílio creche devem ser excluídas do lançamento, por improcedência.

LEVANTAMENTOS PTS e PS (Prêmio por Tempo de Serviço).

A recorrente alega que os prêmios eram concedidos para os funcionários que completassem 20 anos de casa, o que torna ausente, portanto, os requisitos da habitualidade e contraprestação pelos serviços prestados, e os enquadra na hipótese de isenção prevista no item 7, da alínea “e”, do § 9º, art. 28, da Lei 8.212/91.

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 2004, art. 1º, § 1º, Lei nº 11.343/2006.

Autenticado digitalmente em 10/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 19/08/2013 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Assinado digitalmente em 10/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 11/07/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES

Impresso em 08/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Todavia, a Constituição Federal, preceitua, no § 4º do art. 201, renumerado para o § 11, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, o seguinte:

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüentemente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (grifei)

A Lei 8.212/91 consubstanciou o disposto na Constituição Federal, ao estabelecer, no inciso I, do art. 28 da Lei 8.212/91, que salário de contribuição é "...a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados **a qualquer título**, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, **os ganhos habituais sob a forma de utilidades...**" (grifei).

Restou claro, nos autos, que a concessão de prêmios aos segurados empregados da empresa notificada que atingissem 20 anos de serviço não é eventual e esporádica, e sim habitual.

Tais verbas possuem a natureza de prêmio. E, segundo Amauri Mascaro Nascimento: "A natureza jurídica do prêmio não sofre, praticamente, contestações. É uma forma de salário vinculado a um fator de ordem pessoal do empregado ou geral de muitos empregados, via de regra a sua produção. Daí falar-se, também, em salário por rendimento ou salário por produção. Caracteriza-se, também, pelo seu aspecto condicional. Uma vez verificada a condição de que resultam, devem ser pagos". (In "Teoria Jurídica do Salário", Editora LTR, 1994, pg. 256).

Assim, prêmio é remuneração. Esse também é o entendimento do TST:

"Prêmio é gratificação, e gratificação é salário, se ajustada expressa ou tacitamente, porque a CLT não exige o ajuste expresse" TST pleno E-RR 1943/82 - DJU 06/12/85 - pág. 22644".

Dessa forma, os valores referentes aos prêmios integram o salário de contribuição, conforme inciso III, art 28, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.876/99.

Ademais, é oportuno lembrar que, conforme art. 176 do CTN, "a isenção, ainda que prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão...".

No presente caso, não resta dúvida que os prêmios concedidos aos empregados que atingem 20 anos de serviços não estão incluídos nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no § 9º, art. 28, da Lei 8.212/91.

Nem toda utilidade fornecida ao trabalhador tem caráter contraprestacional, sendo necessário distinguir a utilidade fornecida como retribuição pelo trabalho, que se caracteriza "salário-utilidade" e que deve ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária, daquela fornecida como instrumento de trabalho, ou para o trabalho, que não se caracteriza salário-utilidade, eis que meramente instrumental para o desempenho das funções do trabalhador.

Na doutrina, há várias correntes; porém, a que tem maior aplicação determina que a regra geral é que, se o trabalhador paga pela utilidade, essa não constitui salário. Se, por outro lado, aumentar seu patrimônio ou for fornecida gratuitamente, então integrará o salário para todos os efeitos legais. A CF menciona “os ganhos habituais”, ou seja, todos os ganhos de cunho remuneratório, sejam eles em dinheiro ou utilidades.

É inegável, no caso presente, o acréscimo patrimonial do empregado ao receber as quantias correspondentes aos prêmios de incentivo.

Resta claro que o pagamento de tais quantias não se trata de fornecimento de meio para que os seus empregados possam exercer suas funções, e sim uma vantagem que representa um acréscimo indireto à sua remuneração.

Em que pese o esforço argumentativo da recorrente, verifica-se que os pagamentos em tela realmente se a amoldam ao figurino legal que delimita a base de cálculo da contribuição previdenciária, como bem entendeu a fiscalização e o relator do acórdão recorrido.

Cumprе esclarecer que a condição de se tratar ou não de salário não está vinculada ao interesse da fonte pagadora ou do empregador em, com aquele pagamento, assalariar ou não seu empregado. Ou seja, não é o nome do pagamento ou a vontade da empresa em si que vai determinar sua natureza jurídica.

O que irá afastar a verba paga da incidência tributária é a estreita observância à legislação específica que trata da matéria.

Dessa forma, os valores recebidos pelos empregados da recorrente, a título de prêmios, integram o salário de contribuição, conforme inciso I, art 28, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.596-14/1997, convertida na Lei 9.528/97.

Em relação aos argumentos de que a verba em comento não teria natureza salarial já que ausente de qualquer característica contraprestativa, cumpre observar que tais prêmios, oferecidos por mera liberalidade, ainda que de forma condicionada, pela empregadora a seus empregados, não nega sua característica remuneratória, já que é decorrência única e exclusiva do contrato existente entre ambos.

Da mesma forma, constata-se que não estamos diante de um pagamento eventual, como veementemente sustenta a recorrente, já que o ganho habitual passível de exação não é necessariamente aquele valor auferido mês a mês, trimestralmente ou mesmo bimestralmente etc. Há verbas pagas no decorrer do contrato de trabalho, ainda que não sejam auferidas nessas condições, e que não podem ser vistas como meramente eventuais.

Ademais, o conhecimento prévio de que tal pagamento será realizado quando implementada a condição para seu recebimento retira-lhe o caráter da eventualidade, tornando-o habitual.

Há, portanto, uma expectativa criada que se sobrepõe ao fato de não ser sequencial a continuidade a liberalidade; a continuidade existe por todo o tempo que perdurar o contrato, o recebimento é que depende acontecer a condição estabelecida pelo empregador. A expectativa criada, o costume e a certeza do benefício em se caracterizando a situação pré-definida pela empresa (empregadora) gera a habitualidade, afasta por completo a eventualidade que poderia enquadrar o pagamento no item 7 da letra “e” do § 9º da Lei 8.213/91.

Nesse sentido,

Considerando tudo mais que dos autos consta,

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, excluindo do débito os valores lançados entre 01/92 e 06/97, inclusive, por decadência, e as quantias lançadas por meio do levantamento SOL, por nulidade, tendo em vista a ocorrência de vício formal, bem como os valores referentes ao levantamento AUX, por improcedência.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2011

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

1. Sobre a decadência, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante 08, *verbis*:

“(...) Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.”

.....

“Súmula Vinculante 08:

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.”

2. Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentados pela Lei 11.417, de 19/12/2006, *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.”

3. Ainda sobre o assunto, a Lei 11.417, de 19 de dezembro de 2006, dispõe o que segue:

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 19/08/2013 por

MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Assinado di

gitalmente em 10/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 11/07/2013 por DAMIAO CORDEI

RO DE MORAES

Impresso em 08/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

“Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de 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 prevista nesta Lei.

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

4. Assim, como demonstrado, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Dessa forma, afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto.

5. Acerca das regras de verificação da decadência, frise-se, posto que importante, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou-se no seguinte sentido:

“(…) 1. Está assentado na jurisprudência desta Corte que, nos casos em que não tiver havido o pagamento antecipado de tributo sujeito a lançamento por homologação, é de se aplicar o art. 173, inc. I, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso porque a disciplina do art. 150, § 4º, do CTN estabelece a necessidade de antecipação do pagamento para fins de contagem do prazo decadencial. Precedente em recurso representativo de controvérsia (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 18.9.2009). [...] 3. Recurso especial parcialmente provido”. (REsp 1015907/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 10/09/2010)

“(…) 1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o primeiro dia do exercício seguinte

àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado' corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, 'Decadência e Prescrição no Direito Tributário', 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199)

(...)

5. In casu, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação ex lege de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo. 7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008". (REsp 973733/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 18/09/2009).

6. Compulsando os autos, depreende-se do Relatório de Documentos Apresentados – RDA, que foram analisadas folhas de pagamento, GFIP e GRPS (ff. 58 a 136). Além disso, consta do Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF, ff. 170 a 171, que a fiscalização examinou livro diário nº 24; folha de pagamento, GFIP, comprovante de recolhimento e outros. Assim, verifica-se que houve o recolhimento parcial das contribuições previdenciárias, considerando a totalidade das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamentos da empresa. Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

7. O CARF, por intermédio de uma de suas Câmaras Superiores, corroborou tal entendimento ao aplicar a regra do art. 150, "eis que restou comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, por tratar-se de salário indireto, tendo a contribuinte efetuado o recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre a remuneração reconhecida (salário normal)". (Processo nº 36918.002963/200575; Recurso nº 243.707 Especial do Procurador Acórdão nº 920201.418)

8. Dessa forma, tenho como certo que deva ser aplicada ao lançamento fiscal a regra constante do artigo 150, §4º, do CTN.

9. No mais, peço **venia** à douta Conselheira relatora para divergir do seu voto, pois entendo que o prêmio por tempo de serviço concedido pelo empregador a seus empregados ao completarem determinado tempo de serviço, precisamente 20 (vinte) anos, não tem natureza salarial, e, como tal, não incide contribuição previdenciária. (fl. 7.658)

10. Nos exatos termos do relatório, a fiscalização lançou o débito conforme destacado a seguir:

"Trata-se de valores pagos nas folhas de pagamento aos segurados empregados nos meses em que os mesmos completaram aniversário de serviço.

Tal parcela, por não se encontrar elencada dentre as hipóteses de não incidência prevista no §9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, é considerada como salário contribuição.” (fl. 223)

[...]

“b) Prêmio por Tempo de Serviço

A empresa alega que os valores são pagos como prêmio para os empregados que completam determinado tempo de serviço, precisamente 20 (vinte) anos, acostando aos autos cópias de fichas de registro de empregados e cópias de fichas financeira (fls. 4987/5042)

Anexa também às fls. 4973/4986, cópias do Manual de Normas emitido em 25/07/97 e tendo como início de vigência a mesma data, ou seja, 25/07/97.

Por sua vez, o relatório fiscal às fls. 223 relata que os mesmos completaram aniversário de serviço, e o lançamento compreende o período de janeiro/1992 a dezembro/1998.” (fl. 7.658)

11. Sendo assim, a fiscalização notificou o contribuinte sob a alegação de que os valores pagos a título de prêmio não constam nas hipóteses legais de exclusão do crédito previdenciário; e, portanto, tal parcela deveria integrar o salário de contribuição.

12. Mais adiante, a 12ª Turma da DRJ/SPOI prolatou o acórdão nº 16-15.359 (fls. 7.802/ 7.827) o qual manteve a decisão monocrática no sentido de que o pagamento dos prêmios por tempo de serviço se revestem do caráter de habitualidade, tendo em vista que o empregado conhecia previamente que tal pagamento seria realizado quando implementada a condição para seu recebimento, não configurando, assim, a eventualidade.

13. Pois bem, analisando os autos, e não obstante o bom arrazoadado trazido pelo fisco, perfilho posicionamento contrário. No meu entender, o prêmio ofertado pela recorrente aos segurados empregados em uma única parcela não integra o salário de contribuição tendo em vista a ausência da habitualidade no pagamento e, como tal, não incide contribuição previdenciária.

14. Segundo a norma celetista sabe-se que, em regra, o pagamento em dinheiro ou não pela empresa é considerado salário desde que fornecido habitualmente ao empregado, **verbis**:

*“Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer **habitualmente** ao empregado. (...)”*

15. Nesse sentido, resta claro que o elemento ‘habitualidade’ é imprescindível para a caracterização da natureza salarial dos valores pagos ao segurado empregado. Caso não haja uma continuidade no pagamento destes valores por parte do empregador face a contratação por prazo determinado, por exemplo, não haveria que se falar em incidência de contribuição previdenciária por não integrar o salário contribuição.

16. No âmbito previdenciário, a Lei de Custeio da Seguridade Social - lei 8.212/91 – com redação alterada pela Lei nº 9.711/98, fez constar expressamente a ressalva de que importâncias recebidas a título de ganhos eventuais não integram o salário de contribuição. Eis o teor do dispositivo legal:

“Art. 28 Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

e) as importâncias:

(...)

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998).” (g.n.)

17. Nessa esteira, segundo o Decreto 3.048/99, que regulamenta a Previdência Social:

“Art. 214.

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

j) ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei; (g.n.)”)

18. É dizer: ganho eventual é qualquer prestação proporcionada ao empregado de forma esporádica, em que o valor pago não vislumbra exatamente retribuir o trabalho, haja vista sua desvinculação ao salário, bem como ausência de habitualidade quando do fornecimento do benefício.

19. Perfilhando esse entendimento, pode-se destacar, por exemplo, o fato de o abono do Programa de Integração Social-PIS, também chamado de abono salarial do PIS, não resultar em incidência de contribuição previdenciária conforme artigo 28, §9ª, alínea ‘I’, da lei 8.212/91. O referido abono consiste no pagamento de um salário mínimo anual aos trabalhadores que preenchem os requisitos estabelecidos na Lei 7.998/90; sendo assim, o benefício concedido uma única vez ao ano não implica em recolhimento de tributo.

20. É por isso que o abono salarial do PIS resgatado anualmente nada mais é que um ganho eventual, desvinculado do salário, logo, não integra a remuneração do empregado para os efeitos da previdência social.

13. E, no presente caso, não merece prosperar a pretensão fiscalista ao afirmar que o conhecimento prévio de que tal pagamento será realizado quando implementada a condição para o seu recebimento, qual seja o tempo de serviço, retira-lhe o caráter de eventualidade. (fl. 7.814)

21. Ora, o fato de o segurado empregado conhecer uma regra estabelecida pela empresa não tem o condão de macular a real natureza do benefício concedido, o que

importa pela legislação é considerar a eventualidade do pagamento. Nessa esteira, vale a pena destacar decisão da Sexta Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Salvador que entendeu, ao examinar a rubrica prêmio de aposentadoria, a não incidência de contribuição conforme disposto a seguir:

“EMENTA: ABONOS. GANHOS EVENTUAIS. Não integram o salário-de-contribuição as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei. As parcelas referidas no § 9º do art. 214 do RPS, quando pagas ou creditadas em desacordo com a legislação pertinente, integram o salário-de-contribuição para todos os fins e efeitos, sem prejuízo da aplicação das cominações legais cabíveis. PRÊMIO APOSENTADORIA. O art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212, de 1991, e o art. 214, §9º, do RPS são taxativos acerca dos valores que não integram o salário-de-contribuição. Se a Lei Orgânica da Seguridade Social não exclui o pagamento de determinada parcela remuneratória, esta não deve ser excluída da base de cálculo da contribuição.

Período de apuração: : 01/12/2003 a 31/12/2004”

(Acórdão nº 15-18424 de 17 de Fevereiro de 2009)

22. O Tribunal Superior de Trabalho, no âmbito da Primeira Turma, afirma ainda que a jurisprudência sobre a matéria é pacífica no sentido de atribuir natureza salarial aos prêmios desde que presente e devidamente caracterizada a habitualidade no seu pagamento, aliada à periodicidade e uniformidade, conforme disposto a seguir:

“PRÊMIOS E REFLEXOS. NATUREZA JURÍDICA. A colenda Subseção 1 Especializada em Dissídios Individuais deste Tribunal Superior firmou jurisprudência sobre o tema, **no sentido de atribuir natureza salarial aos prêmios desde que caracterizada a habitualidade no seu pagamento, característica aliada à periodicidade e uniformidade** - das gratificações a que alude o § 1º do artigo 457 Consolidado. [...]

(TST-RR-646.029/2000.4, 1ª Turma, Rel. Min. Lelio Bentes Corrêa, DJ - 22/09/2006)”

23. Tomando por base essas considerações, conclui-se que, no caso concreto, os valores pagos a título de prêmio não constituem fato gerador de incidência de tributo haja vista ausência de natureza remuneratória, caracterizando-se como ganho eventual na forma acima alinhavada.

24. No que tange a rubrica ‘auxílio creche’, concordo com o posicionamento da Relatora ao afastá-la do lançamento fiscal tendo em vista a não incidência de contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de auxílio creche conforme Parecer PGFN nº 2600/2008 e Súmula nº 310 do STJ.

25. Em relação ao levantamento ‘SOL’, entendo da mesma maneira da Ilustre Conselheira ao pugnar pela exclusão do referido débito do lançamento fiscal haja vista a presença de vício formal caracterizado pela falta de intimação dos demais sujeitos passivos da obrigação tributária face o instituto da solidariedade.

CONCLUSÃO

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 10/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 19/08/2013 por

MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 22/07/2013 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Assinado di

gitalmente em 10/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 11/07/2013 por DAMIAO CORDEI

RO DE MORAES

Impresso em 08/10/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

26. Ante ao exposto, acompanho a relatora ao negar provimento ao recurso de ofício. No entanto, quanto ao recurso voluntário, dou provimento para afastar do lançamento fiscal a rubrica prêmio por tempo de serviço. Em relação aos demais levantamentos, posiciono-me na mesma linha do voto da Conselheira.

(assinado digitalmente)

Damiano Cordeiro de Moraes - Conselheiro

Declaração de Voto

Conselheiro Mauro José Silva:

O nosso pedido de vistas diz respeito ao prêmio por tempo de serviço e ao levantamento “SOL”, após conhecermos o voto do eminente Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes.

O voto divergente apresentado argumentou que o prêmio por tempo de serviço concedido pelo empregador a seus empregados ao completarem determinado tempo de serviço, precisamente 20 (vinte) anos, não tem natureza salarial, e, como tal, não incide contribuição previdenciária.

Acompanho o voto divergente nessa parte pelas razões a seguir apresentadas.

De maneira similar ao Conselheiro Damião, entendo que o prêmio por tempo de serviço ao completar vinte anos tem caráter eventual e desfruta da isenção do art. 28, §9º alínea “e”, item 7.

Já nos manifestamos no sentido de que interpretamos o vocábulo eventual em oposição a habitual, contínuo, pois assim a CLT o fez no *caput* do seu art. 3º, ao estabelecer os requisitos necessários ao empregado. Não desconhecemos que o vocábulo “eventual” é tratado pelo dicionário Michaelis com três significados: (i) dependente de acontecimento incerto; (ii) casual, fortuito; (iii) variável. Isso permitiria, passando pela interpretação gramatical, assumirmos, como o fez a ilustre relatora, a oposição de eventualidade com imprevisibilidade, incerteza. Mas entendemos, considerando o conteúdo do *caput* do art. 3º da CLT e mesmo das muitas referências a “eventuais” contidas na Lei 8.212/91, que estaríamos negando a harmonia sistemática das normas se interpretássemos ganho eventual como sinônimo de ganho imprevisível. Interpretaremos, portanto, ganho eventual, em oposição a ganho repetido, habitual. Sabendo da dificuldade de conceituarmos o que é habitual, adotaremos, como primeiro critério, a habitualidade como a qualidade daquilo que é freqüente, que é repetido muitas vezes, o que implica tomarmos como habitual aquilo que é, ou poderá ser, repetido mais de três vezes durante a duração do contrato de trabalho. No caso em destaque, os pagamentos só podiam ocorrer uma vez durante todo o contrato de trabalho, sendo, portanto, ganhos eventuais que estão incluídos na norma isentiva da primeira parte do item 7 do §9º do art. 28 da Lei 8.212/91.

Quanto ao levantamento “SOL”, não concordamos com a posição da ilustre relatora acompanhada pelo voto divergente.

Considerando o aspecto temporal dos fatos geradores objetos do lançamento, devemos observar que a Lei nº 9.711/98 em seu artigo 23 alterou a redação do artigo 31 da Lei nº 8.212/91, estabelecendo uma nova modalidade de substituição tributária, ao determinar que os tomadores de serviço efetuem a retenção de 11% (onze por cento) sobre o valor bruto do pagamento referente à prestação de serviço efetuado com cessão de mão-de-obra. Assim, a partir de 1º de fevereiro de 1999, com a nova redação do art. 31 da Lei nº 8.212/91, alterou-se a natureza jurídica da relação entre fisco e a empresa tomadora de serviços com cessão de mão-

de-obra, deixando de existir a solidariedade e criando-se a substituição tributária estribada no art. 128 do CTN. No entanto, os fatos geradores em discussão são do período de 12/1993 a 12/1998, sendo que estes remanescem mesmo após a exclusão dos períodos atingidos pela decadência(até 12/1996). Nesse contexto, as conclusões do Parecer 2.376/200 seriam aplicáveis. No entanto, o referido Parecer não conclui pela nulidade do lançamento no caso de não haver a intimação de todos os devedores solidários, mas sugere que tal procedimento seria recomendado para atender ao princípio da eficiência e da indisponibilidade do bem público, in verbis:

25. Considerando o princípio da eficiência e da indisponibilidade do bem público, bem como objetivando a otimização na arrecadação, temos que a Arrecadação e a Procuradoria devem se orientar no sentido de fazer constar todos os responsáveis solidários na Certidão da Dívida Ativa e no Termo de Dívida Ativa; e ainda, fazer constar o nome de todos estes no CADIN, bem como negar a expedição da CND em relação a todos os co-responsáveis solidários.

Trata-se de recomendação que, obviamente, não derroga as determinações do CTN quanto à responsabilidade solidária. Como sabemos, a solidariedade não comporta benefício de ordem, ou seja, o credor pode escolher um devedor solidário e cobrar dele todo o débito.

No caso em análise, a Fazenda Nacional escolheu cobrar da Recorrente todo o débito sem que os demais devedores fossem intimados a participar da discussão jurídica. Ao assim proceder, a Fazenda Nacional aplicou corretamente o instituto da solidariedade, não havendo que falarmos em nulidade formal ou material no caso.

Como aqui tratamos de solidariedade e não de responsabilidade exclusiva da tomadora, como seria o caso se os fatos geradores tratassem de período posterior a 01/1999, poderíamos considerar que a recomendação do Parecer 2.376/2000 opera em favor dos interesses da Fazenda Nacional, na medida em que tenta evitar que seja feito uma cobrança de dívida já paga, o que acarretaria futuro ônus sucumbencial para a União em ação executiva. Assim, embora a prova de que já houve recolhimentos pelas prestadoras seja da Recorrente, poderíamos cogitar da conversão do presente julgamento em diligência para que todas as prestadoras fossem intimadas a comprovar que os trabalhadores utilizados nas prestações de serviço para a Recorrente tiveram suas remunerações oportunamente submetidas à tributação da contribuição previdenciária. No entanto, já foram realizadas duas diligências e os documentos fiscais das prestadoras já foram analisados pela fiscalização, o que resultou na proposta de redução do crédito tributário de R\$ 5.395.105,03 para R\$ 3.660.915,48 advinda do Acórdão *a quo*, fls. 7.827.

Dessa forma, firmamos nossa posição de que o levantamento “SOL” não deve ser afastado, pois inexistente a nulidade apontada pela relatora e acompanhada pelo voto divergente.

Ante ao exposto, acompanhamos a relatora ao negar provimento ao recurso de ofício. No entanto, quanto ao recurso voluntário, seguimos o voto divergente para afastar do lançamento fiscal a rubrica prêmio por tempo de serviço, mas afastamos a nulidade quanto ao

Processo nº 37299.005589/2002-14
Acórdão n.º **2301-001.954**

S2-C3T1
Fl. 13

levantamento SOL. Em relação aos demais levantamentos, seguimos a mesma linha do voto da relatora.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva - Conselheiro