



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

Processo nº 10410.003640/2007-88
Recurso nº 160.277 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.022 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CIA. ALAGOANA DE REFRIGERANTES
Recorrida DRJ-RECIFE/PE

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/04/2005 a 31/01/2006

OMISSÃO DE FATOS GERADORES NA
DECLARAÇÃO DE GFIP DESCUMPRIMENTO
DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

Constitui infração a apresentação de GFIP com dados não correspondentes a todos os fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme artigo 32, Inciso IV e §5º, da Lei nº 8.212/91, acrescido pela Lei nº 9.528/1997, combinado com o art. 225, IV e §4º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

NULIDADE Imprecisões nas bases de cálculo. Conexão com NFLD anulada.
PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de voto, em acolher a preliminar de nulidade por vício formal.

CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente

IVACIR JULIO DE SOUZA – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio De Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado) e Ewan Teles Aguiar (Convocado).



Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia Regional de Julgamentos de Recife-DRJ/PE da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRFBJ), fls. 43 a 56, que julgou procedente o lançamento, oriundo de descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 62 A 71, correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, contrariando desta forma o que dispõe o art. 32, inciso IV da Lei 8.212, combinado com art. 225 IV, §4º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº3.048, de 06/05/1999.

A penalidade aplicada assumiu o valor de R\$ 483.902,29 (quatrocentos e oitenta e três mil e novecentos e dois reais e vinte e nove centavos).

Nos termos do Relatório Fiscal da Infração, fl. 04, durante ação fiscal desenvolvida no contribuinte acima identificado foi constatado que não foram declaradas na GFIP as remunerações repassadas a segurados a seu serviço constantes das seguintes contas contábeis:

a) 201.01.03.02.7000 — INCENTIVE HOUSE S/A (para o estabelecimento CNPJ n.º 08.627.986/0001-36), e

b) 201.01.05.02.5000 - INCENTIVE HOUSE S/A (para o estabelecimento CNPJ n.º 08.627.986/0004-89).

O mesmo relatório indica que o ANEXO 1, fl. 06/10, relaciona, por competência e estabelecimento, as bases de cálculo e alíquota utilizadas para obtenção da contribuição não declarada.

Por sua vez, o RELATÓRIO FISCAL DA APLICAÇÃO DA MULTA, fls 05, apresenta os critérios para fixação da multa aplicada, bem como, a fundamentação legal que lhe dá suporte.

A demonstração da penalidade aplicada encontra-se no documento denominado ANEXO II, fls. 11/12, onde estão destacados as bases de cálculo e os valores relativos a cada uma das competências em que foi constatada a infração.

DA IMPUGNAÇÃO

Cientificado do lançamento por via postal com aviso de recebimento - AR, fl.21, o sujeito passivo apresentou impugnação, fls.43/57, na qual alega em síntese que os pagamentos indicados pelo fisco não constituem fatos geradores de contribuições previdenciárias, por isso não haveria a obrigação de declará-los em GFIP.

Assevera que os mesmos argumentos apresentados no bojo da defesa relativa à NFLD nº 37.003.242-0, emitida na mesma ação fiscal, devem ser considerados no sentido de demonstrar a inoccorrência da infração objeto da autuação sob cuidado.

Nesse sentido, passa a transcrever parte dos argumentos utilizados na impugnação apresentada contra a citada notificação de débito, os quais podem ser resumidos nos seguintes pontos:

a) os prêmios eventualmente pagos aos seus empregados, através da empresa INCENTIVE HOUSE S/A, não constituem em verbas sujeitas à incidência de contribuições previdenciárias, posto que excluídas do conceito de salário-de-contribuição, nos termos do art. 28, § 9.º, alínea "e", item 7, da Lei n.º 8.212/91.

b) somente podem ser considerados remuneração e, portanto, sujeitos A tributação previdenciária, os dispêndios enquadrados pelo art. 457, "capta" e parágrafos, e art. 458, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho;

c) as quantias pagas eventualmente pela empresa aos seus empregados não podem sofrer incidência de contribuições sociais, posto que não incluídas no conceito de remuneração da lei trabalhista consolidada;

d) as verbas pagas mediante cartão de premiação têm origem em campanha promocional de tempo determinado e somente foram disponibilizadas aos trabalhadores que aderiram ao programa de incentivo e, ainda, caso as metas estipuladas fossem cumpridas. Assim, embora tenha sido detectada a distribuição rotineira dos bônus, os mesmos não foram distribuídos para todos os empregados, fato que afasta a sua natureza salarial;

e) para corroborar a sua tese, apresenta recente julgado do TST que afasta a incorporação de abonos ao salário, desde que estes assumam caráter esporádico e eventual;

f) Assevera, ainda, que considerando a eventualidade e extra-contratualidade trabalhistas dos prêmios disponibilizados, não ha de incidir sobre os mesmos as contribuições ora lançadas;

g) Advoga que mesmo que fosse obrigatória a declaração dos mencionados fatos geradores em GFIP a multa não poderia ser aplicada em valores tidos excessivos, sendo, portanto, necessária à retificação do valor da penalidade imposta.

h) Alega que não foi observado o limite da multa fixado no art. 32, § 5.º, da Lei 8.212/1991 e art. 284, II, do RPS.

Após análise, a DELEGACIA REGIONAL DA RECEITA FEDERAL DE JULGAMENTO, EM RECIFE/PE emitiu Decisão Notificação (DN), fls. 62 a 73, julgando a autuação procedente.

DO RECURSO

Inconformada com a DN emitida, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 78 a 98.

a) Preliminarmente, a recorrente alega, que a autuação deve ser anulada, devido os motivos que originaram a nulidade da NFLD 37.003.242-0 da mesma ação fiscal ; e

b) Em síntese, reitera as mesmas alegações supra descritas, que fizera quando da impugnação e que não obtivera êxito, razão pela qual recorre.

Por fim, a recorrente pede e espera que o recurso seja acolhido e que se julgue a autuação improcedente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl.108. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

NULIDADE

Muito embora a ementa da DRJ/PE às folhas 62 tenha informado que o período de apuração ocorreu entre 01/04/2005 a 31/01/2006, o relatório fiscal do AI em tela, conforme ANEXO II juntado às folhas 11, registra que o lançamento ora em questão, reporta-se às competências de 01/2000 – 03 a 05/2000 - 09/2000 a 06/2001- 09/2001 - 02/2002 - 11/2002 - 05/2003 a 01/2004; e de 03/2005 a 12/2006.

PRELIMINARMENTE, é imperioso registrar que contra o contribuinte acima qualificado foi, também, na mesma ação fiscal, conforme TEAF de folhas.19, para as mesmas competências e sobre os mesmos fatos geradores, consolidada Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD n.º 37.003.242-0, cujo montante composto por valor principal e acréscimos legais assumiu a quantia de R\$ 996.026,01 (novecentos e noventa e seis mil e vinte e seis reais um centavo), com data de consolidação em 26/04/2007.

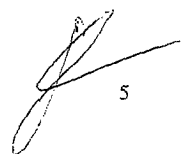
De acordo com o relatório fiscal daquela NFLD, o período levantado, reporta-se às mesmas bases de cálculo e competências de 01/2000, 03 a 05/2000, 09/2000 a 06/2001, 09/2001, 02/2002, 11/2002, 05/2003 a 01/2004 e de 03/2005 a 12/2006, estando nelas consignado as contribuições sociais dos segurados e as contribuições patronais para a Seguridade Social, para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e destinadas à outras entidades e fundos (terceiros).

Conforme transcrição abaixo de parte do Acórdão nº 11-20.282, prolatado pela 6 Turma da DRJ/REC a NFLD supra, foi ANULADA na forma dos argumentos a seguir:

“A base de cálculo utilizada na apuração das contribuições devidas foi obtida pela aplicação do percentual de 95,24% sobre os valores repassados à INCENTIVE HOUSE.

Este procedimento, inquestionavelmente, caracteriza-se como lançamento por arbitramento mediante aferição da matéria tributável.

Uma leitura do contrato de prestação de serviço não deixa margem para dúvidas.



5

Perceba-se que, dentre as obrigações do cliente, está previsto, no subitem 3.1.2.1, fl. 59, o pagamento pela contratante dos seguintes custos: emissão, reemissão, entrega, reentrega e substituição de cartões de bônus, além de emissão de senhas e cancelamento de pedidos.

A tabela de preços correspondente encontra-se discriminada no anexo I, fl. 62. Já o item 4 do mesmo contrato prevê o pagamento de comissão de serviço, incidente sobre os valores creditados nos cartões, em percentual de cinco por cento.

Fácil, então, se concluir que, apesar da comissão de serviços ser um percentual fixo sobre o valor dos bônus, havia outros custos operacionais envolvidos no ajuste que, em tese, seriam variáveis.

Assim, os valores extraídos diretamente das contas contábeis, mesmo com a exclusão da comissão de serviço, poderiam não representar fielmente as quantias distribuídas aos empregados, posto que não se pode descartar a possibilidade de haver outros custos embutidos nos pagamentos à empresa fornecedora dos cartões.

Por outro lado, a fixação da contribuição dos empregados utilizando-se a alíquota de 8% sobre as remunerações obtidas a partir dos lançamentos contábeis, sem levar em consideração, como bem observou a impugnante, o limite máximo do salário-de-contribuição, também revela que as contribuições presentes na NFLD em tela foram obtidas por arbitramento. (grifos de minha autoria)

Esta constatação leva-nos inexoravelmente à tarefa de verificar se os pressupostos que autorizam a utilização da aferição indireta da base de cálculo estão presentes no caso que nos é posto a julgamento.

O lançamento por arbitramento é uma faculdade legal posta à disposição do fisco para ser utilizada quando o contribuinte, mediante sonegação de elementos indispensáveis ao desenvolvimento do trabalho de fiscalização, ou mesmo pela apresentação de dados que não mereçam fé, por não refletirem a sua situação econômico-financeira, prejudica o bom andamento da atividade fiscal.

Nestas situações excepcionais, o legislador autorizou os agentes tributários a lançarem os tributos utilizando-se de meios não convencionais, cabendo ao contribuinte o encargo de comprovar a incorreção dos valores apurados.

No âmbito das contribuições previdenciárias este permissivo legal encontra-se albergado na Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, nestes termos:

Art. 33. (...)

§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

(...)

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração



dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

(...)

Os dispositivos acima deixam transparecer que o lançamento por arbitramento é um procedimento a ser utilizado apenas em situações excepcionais, sendo que, sob pena de caracterização de cerceamento do direito de defesa, a auditoria fiscal tem o dever de expor pormenorizadamente a fundamentação legal e motivos que lhe autorizaram a lançar mão do procedimento de aferição indireta da base de cálculo na constituição do crédito tributário.

Ocorre que não vislumbramos nem no anexo Fundamentos Legais do Débito – FLD, fls. 38/41, tampouco no relatório fiscal a citação das normas que dão guarida ao arbitramento e, pior ainda, o agente fiscal não expôs a justificativa da aferição, com caracterização da não exibição dos elementos solicitados, da insuficiência ou da não aceitação dos documentos apresentados, deixando de trazer aos autos os motivos que o levaram a adotar o método indireto de apuração da matéria tributável.

Parece-nos estranho o auditor notificante haver juntado cópias de demonstrativos de pagamentos de bônus onde constam os beneficiários e os valores envolvidos e não haver utilizado tais dados na apuração da base de cálculo.

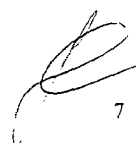
A falta de justificativa para este procedimento acarreta, sem dúvida, em prejuízo para o direito de defesa.

Diante das inconsistências verificadas na constituição do presente crédito previdenciário, entendemos que foi ferido o tão caro princípio do devido processo legal, posto que a confecção do lançamento desviou-se das normas que regem tal procedimento, mormente o art. 661 da Instrução Normativa nº 03/2005, *in verbis*: (grifos de minha Autoria)

Art. 661. O relatório fiscal objetiva a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada análise do crédito e a ensejar ao crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal.

Conforme assinalamos acima, o relatório fiscal não está em conformidade com o preceptivo citado, pois, ao deixar apresentar as justificativas e os fundamentos jurídicos para o arbitramento das contribuições, prejudica sobremaneira o direito de defesa do contribuinte.

É bom que se diga que, vigorando no processo fiscal o princípio da legalidade objetiva, segundo o qual, consoante ensinamento do Prof. HELY LOPES MEIRELLES, “*exige que o processo administrativo seja instaurado com base e para preservação da lei ... sob pena de invalidade*”, (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 12ª ed., p. 585), a conclusão a que se chega deve ser pela nulidade do lançamento em razão das omissões já apontadas.



7

Neste sentido entendo que o princípio da autotutela da administração, consubstanciado no art. 53 da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, também autoriza a declaração de nulidade do ato administrativo sob enfoque. Eis o dispositivo invocado:

Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.

Relativamente à omissão na fundamentação jurídica observa-se ainda um agravante, o sistema informatizado da Receita não permite a inclusão ou alteração dos fundamentos legais após o lançamento e, sendo assim, mesmo que se pudesse informar ao sujeito passivo, mediante relatório complementar, o correto fundamento legal, essa correção não seria feita no sistema, o que impossibilitaria a emissão sem vício da Certidão de Dívida Ativa (CDA).

Há de se convir ainda que, relativamente aos fatos geradores ora examinados, não ocorreu a perda do direito da Fazenda Pública de constituir o respectivo crédito por decurso de tempo, portanto, o lançamento pode perfeitamente ser refeito com observância às normas de regência, evitando-se assim prejuízo ao patrimônio da Seguridade Social.

Deixando, em respeito à economia processual, de analisar os demais argumentos da defesa, VOTO pela declaração de nulidade da NFLD n.º 37.003.242-0.

Recife, 18 de setembro de 2007.

Kleber Ferreira de Araújo

Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil

Relator - Matr. SIAPE 1.257.082 ”

De fato o pagamento de prêmios aos empregados por parte da empresa é considerado salário utilidade e constitui base de cálculo para a contribuição previdenciária, uma vez que não guarda correspondência com nenhuma das hipóteses previstas no § 9º do art. 28 da lei nº 8212/91, sobretudo com as parcelas in natura que a lei considera como não integrantes do salário-de-contribuição, desde que pagas sob determinadas condições.

Portanto, não há como afastar a incidência da contribuição previdenciária sobre os valores das prêmios fornecidos.

A não habitualidade no pagamento de tais prêmios alegado pela recorrente é irrelevante para excluir tais valores da incidência de contribuição previdenciária, sendo irrelevante necessidade de se discriminar nominalmente os empregados favorecidos.

Entretanto, como se observou na transcrição do voto acima, a Regional de Julgamentos Recife/PE colocou em dúvida as bases de cálculo daquele levantamento e o anulou por cerceamento de defesa.

Ocorre que as mesmas bases e as mesmas competências que foram tomadas para caracterizar a infração imputada ao recorrente por intermédio da Notificação Fiscal de Levantamento de Débito – NFLD n.º 37.003.242-0 - anulada - foram utilizadas, também, para sustentar os lançamentos do presente Auto de Infração.

Então, por coerência, se aqueles elementos basilares e principais foram entendidos como nulos, o Auto de Infração por descumprimento da obrigação acessória, uma vez vinculado às mesmas bases de cálculo anuladas lançadas para idênticas competências, ficou maculado pelas mesmas imprecisões que culminaram com a nulidade da referida NFLD.

Em resumo, se as bases em questão não foram corretamente dimensionadas para efeito de lançamento da NFLD, também não se prestam para cálculo do Auto de infração em razão de o valor da contribuições não declaradas apontadas no Relatório Fiscal, Anexo II, às folhas 11/12 sofrerem multa de 100% na forma do previsto na Lei 8.212/91, artigo 32,IV, § 5 :

“§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997).” (grifos de minha autoria)

Neste sentido entendo que o princípio da autotutela da administração, consubstanciado no art. 53 da Lei n.º 9.784, de 29/01/1999, também deveria ter sido aplicado em primeira instância declarando a nulidade do ato administrativo sob enfoque. Eis o dispositivo invocado:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Dessa forma, por tudo que foi exposto, outro não poderia ser meu entendimento senão pela NULIDADE do presente Auto de Infração.

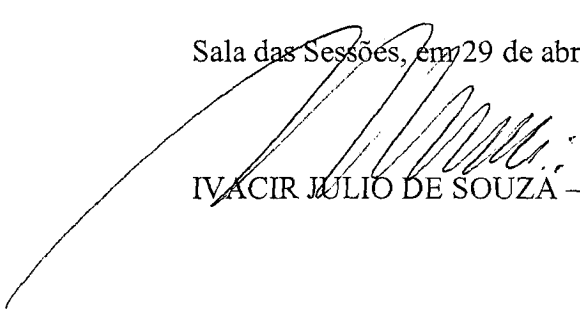
Poderia pelo princípio da economia processual deixo de enfrentar demais alegações.

CONCLUSÃO:

Por tudo que foi exposto, voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, acatando preliminar de nulidade por vício formal, para no, mérito, dar provimento.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de abril de 2010


IVACIR JULIO DE SOUZA – Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

-Processo nº: 10410.003640/2007-88

Recurso nº: 160.277

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2403-00.022.

Brasília, 14 de junho de 2010

ELIAS SAMPAIO FREIRE
Presidente da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional