



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

302

2.	PUBLICADO NO D. O. J.
C	De 06 / 08 / 1996
C	Rubrica

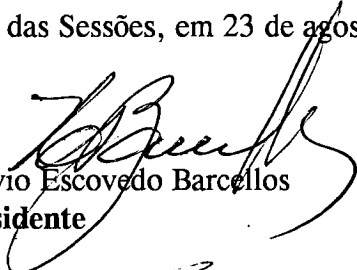
Processo nº : 10950.002422/93-99
Sessão de : 23 de agosto de 1995
Acórdão nº : 202-07.955
Recurso nº : 97.875
Recorrente : SUPERMERCADO MERCADORAMA LTDA.
Recorrida : DRF em Maringá-PR

SORTEIO - DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE PRÊMIOS - O direcionamento da promoção para apenas alguns produtos e não para todos os produtos comercializados pela empresa autorizada a distribuição gratuita de prêmios, conforme estabelecido no plano aprovado, configura desvirtuamento da finalidade da operação, suscetível à penalidade prevista no art. 13 da Lei nº 5.768/71, com a redação do art. 8º da Lei nº 7.690/88. Recurso provido, em parte, para reduzir a multa a 50%.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SUPERMERCADO MERCADORAMA LTDA.

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a multa para 50%.** O Conselheiro Daniel Corrêa Homem de Carvalho dava provimento integral, tendo se curvado ao entendimento da maioria.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 1995


Helvio Escovedo Barcellos
Presidente


Antônio Carlos Bueno Ribeiro
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elio Rothe, Oswaldo Tancredo de Oliveira, José de Almeida Coelho, Tarásio Campelo Borges e José Cabral Garofano.



Processo nº : 10950.002422/93-99
Acórdão nº : 202-07.955
Recurso nº : 97.875
Recorrente : SUPERMERCADO MERCADORAMA LTDA.

RELATÓRIO

Por bem descrever a matéria em exame neste processo, adoto e transcrevo, a seguir, o relatório que compõe a Decisão Recorrida de fls. 40/46:

1. “O presente processo iniciou-se com o Termo de Constatação (doc. fls. 01), onde o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional - à vista das irregularidades detectadas em concurso para distribuição gratuita de prêmios, mediante sorteio, a título de propaganda, realizada pela empresa acima identificada - lavrou o termo a seguir transcrito, com cópia ao contribuinte, cientificado em 27/12/93:

“No exercício das funções do cargo de Auditor Fiscal do Tesouro Nacional, compareci na empresa SUPERMERCADO MERCADORAMA LTDA., estabelecida com sede social no endereço acima, onde constatei que a empresa vinha desvirtuando o plano de Operação do sorteio originalmente aprovado, mediante no que se refere ao alijamento de concorrentes, infringindo assim o art. 11, inciso IV, do Decreto 70.951/72, visto que **concorria ao concurso somente quem adquirisse Panetone da marca Baudduco, Visconti e biscoitos da marca Baudduco**, porquanto que as condições da promoção seria para quem adquirisse qualquer mercadoria à venda no supermercado, pois o Decreto não permite a escolha de determinados produtos para a promoção...” (g.n.).

2. - Em decorrência do fato, foi lavrado o Auto de Infração de fls. 08, com o lançamento da multa de 11.521,96 UFIR, enquadrando o ilícito administrativo no art. 11, inciso IV, do Decreto 70.951, de 09/08/72, sujeitando-se o contribuinte à penalidade prevista no art. 13 da Lei 5.768/71, com a nova redação dada pelo art. 8º “caput” e § único da Lei 7.691/88.

3. - Consta às fls. 02 o Plano de Operação submetido à Secretaria da Receita Federal pela empresa impugnante, com a finalidade de instruir o processo de autorização para realizar o concurso, contendo os seguintes tópicos principais:



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10950.002422/93-99

Acórdão nº : 202-07.955

“DESCRIBÇÃO DA MECÂNICA - Durante o período da operação a Empresa fará promocionar suas vendas fazendo imprimir cupons de participação que serão distribuídos gratuitamente a todos os consumidores que adquirirem os produtos por ela comercializados (serão considerados válidos, para fins de participação, todos os produtos comercializados, exceto aqueles proibidos em lei).” (g.n.)

Os interessados em participar que se dirigirem às lojas credenciadas participantes e **adquirirem quaisquer dos produtos**, receberão cupons de participação, à razão de um cupom para cada compra realizada. Os cupons deverão ser preenchidos com os dados pessoais do participante...” (g.n.)

4. - A autorização foi concedida, conforme Certificado emitido pelo órgão (doc. fls. 37), com o seguinte teor:

“De acordo com o disposto na Lei 5.768, de 20 de dezembro de 1971, (...) exarei despacho autorizando a promoção requerida pela Solicitante acima identificada, **obedecido o plano aprovado**, conforme especificações abaixo.” (g.n.)

5. - Às fls. 07 consta Carta de Avaliação enviada pela Empresa SOMACO S/A - Comércio de Automóveis à Receita Federal, datada de 27/12/93, com informação sobre o preço de um veículo marca VOLKSWAGEN, Modelo Gol 1000, código 3120, 0Km, movido à gasolina, cujo valor de mercado foi fixado em Cr\$ 2.043.766,00.

Da defesa :

6. - A empresa autuada anexa às fls. 21/31 o Contrato Social e tempestivamente, vem por seus advogados, devidamente nomeados, conforme instrumento de Procuração às fls. 32, impugnar a ação fiscal (fls. 12/17), apresentando, as razões de defesa a seguir transcritas:



Processo n^o : 10950.002422/93-99

Acórdão n^o : 202-07.955

À Defendente, sociedade comercial com sólida representação no segmento em que atua, conduziu uma promoção voltada para o incremento das vendas de certos produtos que normalmente comercializa, no bojo do qual foi efetuada a entrega de um automóvel Volkswagen, Mod. Gol, zero quilômetro. Concorreram ao prêmio os portadores de cupons adquiridos mediante a compra dos produtos objeto da promoção em questão, **nos termos da autorização concedida.** (g.n.);

- os produtos, compreendidos na promoção, foram de natureza compatível com a recente estação natalina e com as festas de fim de ano;

- para realizar a mencionada promoção a Defendente solicitou ao Ministério da Fazenda a autorização prévia competente, na forma determinada pelo artigo 1^o da lei n^o 5.768, de 20 de dezembro de 1971, solicitação esta que deu origem ao processo administrativo n^o 10980.011309/93-74, o qual culminou com a emissão, pelo Superintendente da Receita Federal da 9^a RF, do Certificado de Autorização n^o 01/09/003/93;

- surpreendeu-se a Defendente ao receber a visita, em 29 de dezembro de 1993, em suas instalações, de Agente Fiscal do Departamento da Receita Federal, que lavrou o auto de infração ora incluso, enquadrando a conduta da Defendente na contrariedade do disposto no art. 11, inciso IV, do Decreto n^o 70.951, de 09 de agosto de 1972, consistente em alijamento de concorrentes, em função do que aplicou à Defendente a penalidade prevista no art. 13 da Lei n^o 5.768/71, com a nova redação dada pelo artigo 8^o "caput" e parágrafo da Lei n^o 7.691/88, ou seja a multa de 100 % do valor do prêmio em questão, e, ademais, suspendendo o sorteio da promoção respectiva;

- sobreveio a cassação da autorização concedida, através ao Ato Declaratório n^o 1, de 06 de janeiro de 1994, publicado no DOU de 18/01/94, sustada por medida liminar deferida pelo Exmo. Sr. Juiz Federal da Vara Única da Seção Judiciária de Maringá, realizando-se o sorteio na data aprazada, ou seja, 14/01/94;

- subsiste, no entanto, a aplicação da penalidade. A autuação foi ilegal, consistindo em uma afronta ao direito líquido e certo da Defendente, direito este solidamente alicerçado na Constituição Federal, e que promana da Lei 5.768, de 20 de dezembro de 1971;



Processo n^o : 10950.002422/93-99

Acórdão n^o : 202-07.955

- a penalidade aplicada pelo Sr. Agente Fiscal não corresponde à infração imputada, porquanto a aplicação da multa de 100% prevista no inciso III do art. 13 da Lei 5.768/71, com a nova redação dada pelo artigo 8^o., "caput" e parágrafo único da Lei 7.691/88 é aplicável, segundo o próprio teor daquele mesmo dispositivo, à condução de promoção em desacordo com o plano de operações aprovado, quando do exame do processo pela autoridade administrativa que emite o certificado de autorização para o respectivo evento.

- de outra parte, o comando contido no inciso IV do artigo 11 do Decreto 70.951/72, de per si, não autoriza o agente administrativo, no exercício de sua atividade vinculada, a aplicar qualquer penalidade, que não a negativa de emissão da autorização para que a promoção seja conduzida, nunca a multa de 100% do valor do prêmio, porque esta penalidade é específica para a conduta particularizada no próprio comando penalizador;

- nesta circunstância, à luz do mandamento objeto do artigo 10, inciso IV, do Decreto n^o 70.235, de 06 de março de 1972, e em face do descompasso e da incoerência entre a infração imputada e a aplicação de penalidade grave e pertinente à conduta diversa daquela imputada à Defendente, requer a decretação da nulidade do Auto de Infração e a conseqüente nulidade do lançamento do crédito tributário nele consubstanciado;

- no mérito, a infração imputada à Defendente não tem fundamento legal. Cumpre ressaltar que o enquadramento no artigo 11, inciso IV do Decreto n^o 70.951/72, pertine ao exame do plano de operações apresentado pela Defendente ao Ministério da Fazenda, no bojo do processo administrativo, visando única e exclusivamente a obtenção de autorização para realizar a promoção;

- este Juízo -- sobre se a promoção intentada importa em distorção de mercado ou mesmo traz em si o objetivo velado de alijamento de empresas concorrentes -- é de se presumir, foi devidamente exercido na época apropriada, qual seja, aquela determinada no próprio dispositivo invocado, quando apreciado o plano de operações em função do qual a autorização foi concedida. Esta oportunidade teve o impetrado, na ocasião apropriada, quando efetivamente exerceu aquele juízo, e na época oportuna concluiu não existir tal distorção, nem haver intuito, por parte da Defendente de alijar a concorrência. Verifica-se, pois, que o dispositivo em apreço, que se ocupa única e exclusivamente da questão sobre os critérios que devem nortear a



Processo n° : 10950.002422/93-99

Acórdão n° : 202-07.955

análise, pela Administração Tributária, do pedido de autorização para a realização de promoções, não é aplicável para, neste momento, após exercida tal análise, ser utilizado para suspender-se a fruição, pela Defendente, do direito que lhe assiste por força do certificado emitido pela própria Administração Tributária;

- demonstrará a inexistência do alijamento à concorrência, o qual pressupõe um procedimento do ente voltado a um público-alvo determinado. No caso específico, a promoção em questão compreendeu uma pluralidade de produtos, de diversas naturezas, como derivados de carne suína, panetone, peru, e outros produtos compreendidos na promoção;

- o estímulo à compra de determinados produtos, traduzido pela atribuição de prêmio, por sorteio, embora possa constituir vantagem especial de comercialização, não configura isoladamente, um alijamento de concorrência;

- ademais, o estímulo à compra de determinados produtos, traduzido pela atribuição de prêmio, por sorteio, embora possa constituir vantagem de comercialização, não configura, isoladamente, um alijamento de concorrência;

- de acordo com a doutrina a promoção de vendas não constitui abuso do poder econômico. O alijamento de concorrência pressupõe uma atividade permanente, constante e não um fato isolado, de curta e determinada duração, como se apresentou a promoção em apreço;

- ressalte-se, ainda, que tendo a Defendente exposto, em suas prateleiras, produtos concorrentes àqueles objetos da promoção, aliás como ocorre normalmente, quando não são conduzidas quaisquer promoções, não há falar em alijamento de concorrência, porquanto os produtos concorrentes encontravam-se lá à disposição dos consumidores;

- cumpre esclarecer, inclusive, que os produtos objeto da promoção de que ora se cuida estavam com seus preços nos mesmos patamares que estariam se não tivesse a promoção em questão sido implementada. Saliente-se que em alguns casos o que ocorreu foi uma diminuição do preço de alguns dos produtos concorrentes, porquanto seus fabricantes, aparentemente, pretendiam oferecer um atrativo diferente que chamaria maior atenção sobre seu produto, de forma a contrabalançar o



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10950.002422/93-99

Acórdão nº : 202-07.955

estímulo da promoção em torno dos produtos competidores, numa autêntica e transparente demonstração de que a concorrência estava ali presente e se fazia notar, em contraposição ao alijamento indevidamente imputado pela D. Autoridade autuante à Defendente;

- salta à evidência que a promoção realizada pela Defendente não consubstanciou a infração objeto do inciso IV do artigo 11 do Decreto nº 70.951/72, porquanto não conduziu à “distorção de mercado”, com o objeto de “alijamento de empresas concorrentes”.

A Autoridade singular, mediante a dita decisão, julgou procedente o lançamento em foco, sob a seguinte fundamentação, *verbis*:

“7. A empresa autuada obteve autorização para promocionar suas vendas fazendo imprimir cupons a serem distribuídos gratuitamente a TODOS os consumidores que adquirissem os produtos por ela comercializados, para concorrer ao sorteio de um automóvel VW/Gol, zero quilômetro.

8. O Certificado de Autorização nº 01/09/003/93 - DRF/Maringá (doc. fls. 37) foi fornecido após aprovação do Plano de Operação, conforme textualmente declara “autorizando a promoção requerida pela solicitante acima identificada, obedecido o plano aprovado...” (g.n)

9. Houve, entretanto, desvirtuamento do Plano de Operação do sorteio, conforme provas trazidas aos autos pela Autoridade preparadora (Termo de Constatação - fls. 01), quanto pela própria defendente, que em inúmeras ocasiões, em sua defesa, confessa que selecionara alguns produtos para fazer parte da promoção; contrariando o plano submetido e aprovado pela Secretaria da Receita Federal (doc. fls. 24/28), segundo o qual participariam da promoção TODOS os produtos comercializados pela empresa, exceto aqueles proibidos em lei.

10. Ao direcionar apenas a alguns produtos o concurso, a impugnante alijou empresa concorrentes da promoção, desrespeitando os termos da autorização, adotando, outrossim, o procedimento vedado no art. 11, inciso IV do Decreto nº 70.951/72, que regulamenta a Lei nº 5.768, de 20 de dezembro de 1971, que reza:



Processo nº : 10950.002422/93-99

Acórdão nº : 202-07.955

Art. 11 - Não serão autorizados os planos que:

I - ...omissis.

II

.....

III

.....

.....

IV - importem em distorção do mercado, objetivando, através da promoção o alijamento de empresas concorrentes.

11. O art. 13 da Lei 5.768/71, alterado pelo art. 8º da Lei 7.691/88 prevê para a empresa que infringe as disposições estabelecidas para a distribuição gratuita de prêmios, a título de propaganda, as sanções a seguir, *in verbis*:

art. 13 - A empresa autorizada a realizar operações previstas no artigo 1º, que não cumprir o plano de distribuição de prêmios ou desvirtuar a finalidade da operação, fica sujeita, cumulativamente, às seguintes penalidades:

I - cassação da autorização;

II - proibição de realizar nova operação pelo prazo de cinco (5) anos;

III - perda dos bens prometidos em prêmio, se estes ainda que (sic) tiverem sido entregues, ou multa igual ao valor desses prêmios, não inferior a cinquenta (50) vezes o maior salário mínimo vigente no País, se os mesmos já tiverem sido entregues ou não forem encontrados.”

“Lei 7.691/88 - art. 8º - Os artigos 12, 13 e 14 da Lei 5.768, de 20 de dezembro de 1971, passam a vigorar com a seguinte redação:

.....

III - multa de até 100% (cem por cento) da soma dos valores dos bens prometidos como prêmio.

12. Apesar de argumentar que a concorrência não foi prejudicada, visto que as demais empresas não contempladas na promoção se adequaram, reduzindo os preços de seus produtos, de forma a continuar atraentes aos



Processo nº : 10950.002422/93-99

Acórdão nº : 202-07.955

consumidores, isto não justifica a ação da impugnante, pois aquelas empresas tinham direito à igualdade de tratamento, nos termos do plano submetido e autorizado.

13. Se era sua intenção incentivar, de maneira especial a venda de alguns produtos, de determinadas marcas, não contemplando a participação de todos os clientes que adquirissem qualquer produto por ela legalmente comercializado, a autorização deveria ter sido requerida nesses termos e não alterar o Plano de Operações, por conta própria, sem a devida aprovação da autoridade competente, desprezando os termos da autorização recebida, pois não tinha essa faculdade.

14. A impugnante discorda, também, da penalidade sofrida, por entendê-la somente aplicável, segundo o teor do art. 13 da Lei 5.768/71, com a nova redação dada pelo art. 8º, “caput” e parágrafo único da Lei 7.691/88, quando a promoção é conduzida em desacordo com o plano de operação aprovado.

- O entendimento da impugnante é absolutamente correto. Basta, então, que a mesma examine o Plano de Operações e a forma como vinha conduzindo a promoção e concluirá que a condução desta estava em desacordo ao plano de operações aprovado”.

Tempestivamente, a recorrente interpôs o Recurso de fls. 54/62, onde, em síntese, aduz que:

- nunca ocorreu o desvirtuamento do Plano de Operações, que não visava, claramente, a efetiva inclusão, na promoção, de todos os produtos comercializados, mas buscava a possibilidade, a faculdade, para a recorrente, de incluir os produtos que pretendesse, entre todos aqueles que, à época, comercializava, exceto aqueles proibidos em lei;

- não restringia a promoção em questão aos produtos apontados pelo Sr. Agente Fiscal, mas, sim, privilegiou artigos típicos natalinos e de consumo em festas de fim de ano;

- o comando contido no art. 11 da Lei nº 5.768/71 visa prevenir a distorção do mercado provocada pelo contribuinte que se utilize de promoção objetivando alijar destas empresas suas concorrentes, e não terceiras empresas entre si. (g/o);

- tampouco, sob a ótica do ramo especializado do direito pertinente à eliminação da concorrência propriamente dita - o Direito Econômico - a simples promoção de



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10950.002422/93-99

Acórdão nº : 202-07.955

determinados produtos entre outros ofertados ao público jamais configurou alijamento, conforme pronunciamentos doutrinários que transcreve;

- a interpretação deturpada do artigo 11 supra-aludido impõe a aplicação do comando contido no art. 112 do CTN no sentido de interpretá-lo mais favoravelmente à recorrente, afastando desta a imputação do alegado alijamento de concorrência;

- caso não seja anulado o lançamento em questão, requer seja a referida multa, senão, pelas mesmas razões, relevada totalmente, ou, ainda, em última hipótese, que esta seja ao menos drasticamente reduzida, vez que o Sr. Agente Fiscal aplicou o percentual máximo admitido, qual seja, de 100% do valor do bem atribuído como prêmio.

É o relatório.



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo nº : 10950.002422/93-99

Acórdão nº : 202-07.955

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR ANTONIO CARLOS BUENO RIBEIRO

A solução da presente lide consiste no reconhecimento ou não de ter havido desvirtuamento da finalidade da operação de distribuição gratuita de prêmios a título de propaganda a que a recorrente foi autorizada através do Certificado nº 01/09/003/93 (fls. 37).

Uma vez que no item 06 do Plano de Operação aprovado (fls.02) está expreso que "... (serão considerados válidos, para fins de participação, todos os produtos comercializados, exceto aqueles proibidos em lei)." (g/n) e a recorrente não contesta que direcionou a promoção para apenas alguns dos produtos que comercializa, entendo que ocorreu a prática sancionada pelo art. 13 da Lei nº 5.768/71, com a redação dada pelo art. 8º da Lei nº 7.01/88, de desvirtuar a finalidade da operação.

Ademais, o reconhecimento de ter havido desvirtuamento da finalidade da operação em si acarreta a imposição das penalidades previstas no dispositivo acima mencionado, o que tornam despicieudas as considerações em torno dela - ter provocado distorções no mercado objetivando o alijamento de empresas concorrentes.

Observa-se, ainda, que essa circunstância, prevista no art. 11, inciso IV, do Deceto nº 70.951/72, nada mais é do que uma condicionante a ser considerada pela autoridade competente no exame dos planos de distribuição gratuita de prêmios a ela submetidos.

Por último, em razão de critério consagrado por este Colegiado, no que tange à aplicação da multa prevista para o caso, quando não existam circunstâncias agravantes e nem atenuantes, sou pela sua fixação em 50 % (cinquenta por cento).

Assim sendo, dou provimento parcial ao recurso, para reduzir a penalidade como acima exposto.

Sala das Sessões, em 23 de agosto de 1995


ANTONIO CARLOS BUENO RIBEIRO