

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

Processo nº 10980.009522/2007-19
Recurso nº 144.907 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.780 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 30 de janeiro de 2009
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PREMIAÇÃO INCENTIVO
Recorrente PARANÁ BANCOS S/A
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/1997 a 30/12/2005

REMUNERAÇÃO INDIRETA. UTILIDADES. PAGAMENTO DE PRÊMIO. PRODUTIVIDADE. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

Incide contribuição previdenciária sobre o prêmio fornecido pela empresa aos contribuintes individuais que lhe prestam serviços, a título de incentivo pelas vendas.

DECADÊNCIA

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

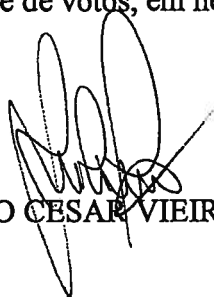
Impossibilidade de apreciação de inconstitucionalidade da lei no âmbito administrativo.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

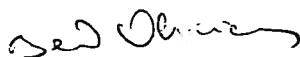
Crédito Tributário Mantido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, com fundamento no artigo 173, I do CTN, vencido o Conselheiro Edgar Silva Vidal que entendeu que deveria se aplicar o artigo 150, §4º CTN, em acatar a preliminar de decadência de parte do período a que se refere o lançamento, e no mérito, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Damião Cordeiro de Moraes, Edgar Silva Vidal (suplente), Maria Helena Lima dos Santos (suplente), Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

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

Consta do Relatório da NFLD (fls. 82/85) que o objeto do lançamento são as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados por meio de um sistema de premiação, que consiste ou no fornecimento de tíquetes ou de créditos nas contas dos cartões, fornecidos pela empresa administradora do programa INCENTIVE HOUSE S.A.

A autoridade lançadora informa que tais remunerações não transitam pela folha de pagamento e nem foram declarados em GFIP, sendo que parte dos valores relativos aos prêmios concedidos está registrada em contabilidade e consta de relatórios gerenciais que ratificam os lançamentos contábeis, detalhando os segurados que receberam os valores em cada competência.

Esclarece que outra parte não possui registro contábil detalhado por segurado beneficiado com a premiação e, como não foi possível identificar os segurados que a recebeu, a base de cálculo da contribuição foi calculada de forma globalizada, tendo sido aplicada a alíquota de 8% para cálculo das contribuições dos segurados.

A notificada impugnou o débito (fls. 400 a 440) e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 14.401.4/0023/2007, fls. 443 a 464, julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 471 a 495), reiterando, em preliminar, o entendimento de que parte do débito foi alcançada pela decadência.

No mérito, insiste em afirmar que os pagamentos de prêmios por meio de tíquetes e cartões fornecidos pela empresa Incentive House S/A não tinham como objetivo remunerar o trabalho prestado pelos segurados, constituindo, na verdade, prêmios por produtividade e desempenho, de caráter eventual e esporádico e que, como tais, não integram o salário de contribuição.

Reitera que os créditos sob a forma de tíquetes ou cartões têm a finalidade de incentivar e reconhecer o desempenho dos funcionários e demais prestadores de serviços da empresa notificada, consistindo em produtos de premiação, em ganhos eventuais totalmente desvinculados dos salário desses segurados.

Traz a doutrina e a jurisprudência para diferenciar conceitos de salário e prêmio e infere que o simples fato de o Paraná Banco ter realizado pagamentos aos segurados, empregados ou não, por meio de tíquetes ou cartões de premiação, não permite enquadrar tais valores como base de cálculo das contribuições previdenciárias, defendendo que é imperioso que haja a demonstração de que os pagamentos foram habituais e estavam vinculados ao salário dos beneficiários.

Sustenta que a natureza não salarial, não remuneratória de trabalho, dos pagamentos efetuados por meio dos tíquetes e cartões fornecidos pela empresa Incentive House S/A foi desconsiderada pela fiscalização, em flagrante desrespeito aos artigos 22, § 2º, e 28, § 9º, da Lei 8.212/91.

Insurge-se contra a cobrança de contribuição ao INCRA, ao fundamento de ser tal exação inconstitucional e ilegal e finaliza requerendo o processamento do presente recurso e julgado integralmente improcedente o lançamento.

É o relatório.

Voto

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos.

Preliminarmente, a recorrente alega decadência dos débitos lançados nas competências compreendidas entre 03/1997 a 11/2001, conforme estabelecido no artigo 150, § 4º, do CTN.

Verifica-se que a fiscalização lavrou a presente NFLD 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. 8.212/91,.

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"

Cumpre ressaltar que o art. 62, da Portaria 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais da Fazenda, 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"

Verifica-se, da análise dos autos, que o fato gerador que ensejou a lavratura da NFLD em tela é o pagamento de verbas que a empresa entendia como não integrante da base de cálculo da contribuição previdenciária.

Assim, no caso em comento, trata-se de lançamento de ofício onde não houve pagamento antecipado da contribuição, aplicando-se, portanto, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

Assim, aplica-se, ao caso em comento, o disposto no art. 173 do Código Tributário Nacional, transcrito a seguir:

Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva à decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

A cientificação da NFLD pelo contribuinte se deu em 24/11/2006, conforme folha 01, do processo, e o débito se refere às competências compreendidas entre 03/1997 a 12/2005.

Dessa forma, constata-se que já se operara a decadência do direito de constituição dos créditos ora lançados correspondentes às competências compreendidas entre 03/1997 a 11/2000. Para a competência 12/2000, o crédito poderia ter sido lançado em 01/2001, iniciando-se a contagem do prazo em 01/01/2002, que é o primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos termos do dispositivo legal transcrito acima.

Portanto, para as competências objeto da NFLD em comento, o Fisco se encontra ainda no direito de cobrar as contribuições devidas lançadas a partir da competência 12/2000, inclusive.

Nesse sentido, acolho parcialmente a preliminar de decadência.

No mérito, a recorrente não nega que tenha concedido, aos segurados que lhe prestam serviços, parcelas a título de prêmio. Ela apenas entende que tais valores não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária por não possuírem natureza remuneratória.

Contudo, o conceito de salário-de-contribuição expresso no art. 28 inciso I da Lei 8.212/91 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)

A própria 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)

Restou claro, nos autos, que a concessão de prêmio aos empregados em função de desempenho, não é eventual e esporádica, e sim habitual.

A própria recorrente afirma, em seu recurso (fl. 484), que o pagamento do prêmio estava condicionado ao cumprimento de determinadas metas de produtividade e eficiência.

Assim, 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.

Ademais, tais verbas, como a própria recorrente insiste em afirmar em sua defesa, 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).

Dessa forma, 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".

A fiscalização constatou, o que foi confirmado pela recorrente em sua peça recursal, que tais prêmios eram concedidos por meio de tíquetes ou de créditos nas contas dos cartões de premiação, fornecidos pela empresa administradora Incentive House S.A.

Nesse sentido, os valores referentes aos prêmios concedidos pela recorrente a seus empregados 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.

É oportuno lembrar, ainda, 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 por meio da empresa prestadora citada no Relatório Fiscal, 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.

Resta claro que o pagamento feito pela recorrente a título de programa de incentivo em favor dos seus empregados não se trata de fornecimento de meio para que esses trabalhadores possam exercer suas funções, e sim uma vantagem que representa um acréscimo indireto à remuneração, devendo, portanto, sofrer incidência de contribuição previdenciária.

A recorrente insurge-se ainda contra a cobrança de contribuição ao INCRA, ao argumento de ser tal exação inconstitucional e ilegal.

No entanto, cumpre salientar que a cobrança da contribuição ao INCRA encontra amparo na legislação assinalada no relatório Fundamento Legal do Débito, não cabendo o argumento de ilegalidade de sua cobrança.

E, embora tenha sido suscitado questionamento acerca da constitucionalidade do art. 9º, da Lei 7.689/1988, o Supremo Tribunal Federal não o inquinou de inconstitucional.

É oportuno lembrar que cabe ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição Federal, declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que um de seus dispositivos é inconstitucional, o STF é o órgão competente para tal declaração. Portanto, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo.

Ademais, o servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

Dessa forma, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo. Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *“o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”*

Ademais, o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, que aprovou o regimento interno do CARF, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria, por meio do Enunciado 02/2007, transcrito a seguir:

Enunciado nº 02:

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Nesse sentido e

Considerando tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso, reconhecer a decadência parcial para excluir do lançamento os valores correspondentes ao período de 03/1997 a 11/2000 e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 30 de novembro de 2009.



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora