



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

Processo nº 11831.002814/2007-05
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.700 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de agosto de 2013
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PREMIAÇÃO INCENTIVO
Recorrente UNILEVER BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/11/2005

Ementa:: DECADÊNCIA PARCIAL

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

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

ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Havendo recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

LANÇAMENTO DE OFÍCIO - AUSÊNCIA DE ANTECIPAÇÃO DO TRIBUTO.

Nas competências em que não houve recolhimento antecipado da contribuição previdenciária devida incidente sobre a remuneração paga pela empresa aos segurados a seu serviço, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 173, do CTN, pois trata-se de lançamento de ofício.

CONEXÃO.

Não há que se falar em conexão entre lançamentos de obrigação principal.

O julgamento do processo cujo objeto é o lançamento da contribuição devida ao SAT independe da análise de mérito dos processos que discutem a contribuição devida à Previdência Social, relativa à parte dos segurados e da empresa.

SALÁRIO INDIRETO - PRÊMIO - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO

O prêmio fornecido pela empresa a seus empregados a título de incentivo pelas vendas, integra o salário de contribuição por possuir natureza salarial.

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.

PARCELAMENTO DE PARTE DO DÉBITO - DESISTÊNCIA PARCIAL DO RECURSO

O pedido de desistência formulado pelo contribuinte é direito potestativo, contra o qual não cabe oposição pelo julgador, sobretudo quando é condição imposta pela Lei 11.941/2009 para adesão ao parcelamento dos créditos tributários.

A renúncia à utilização da via administrativa por desistência, para inclusão de parte do débito lançado em parcelamento, ou para discussão judicial, é razão para não conhecimento do recurso interposto relativamente à essa parte, objeto da desistência ou da ação judicial.

MATÉRIA *SUB JUDICE* - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FISCAL - RENÚNCIA

Em razão da decisão judicial se sobrepor à decisão administrativa, a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial implica renúncia ao contencioso administrativo fiscal relativamente à matéria submetida ao Poder Judiciário.

MULTA

Como ocorre no presente caso, há de se reconhecer o direito do contribuinte à redução da multa incidente pelo não recolhimento da contribuição previdenciária para 20%, sendo a mesma aplicável a todos os períodos, uma vez que as multas aplicadas por infrações administrativas tributárias, devem seguir o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte, com previsão legal no artigo 106, inciso II, "c" do CTN, reduzindo-se o valor da multa aplicada para o percentual de 20%, por aplicação retroativa da Lei nº 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado I) Por voto de qualidade: a) em dar provimento parcial ao recurso, nas preliminares, para excluir do lançamento, devido à regra decadencial expressa no I, Art. 173 do CTN, as contribuições apuradas até a competência 11/2000, anteriores a 12/2000, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Wilson Antônio de Souza Correa e Léo Meireles do Amaral, que votaram em dar provimento parcial ao Recurso, pela aplicação da regra expressa no § 4º, Art. 150 do CTN; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito,

para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; III) Por unanimidade de votos: a) em conhecer parcialmente do recurso, devido a desistência e concomitância com ação judicial, nos termos do voto da Relatora; b) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a)

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete De Oliveira Barros - Relator.

Wilson Antônio de Souza Correa - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio de Souza Correa, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leo Meirelles do Amaral

Relatório

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

Consta do Relatório da NFLD (fls. 68) que o objeto do lançamento são as contribuições sociais incidentes sobre a remuneração paga aos segurados por meio de um sistema de premiação, que consiste no fornecimento de cartões de premiação, denominados FLEXCARD e TOP PREMIUM, fornecidos pela empresa administradora do programa INCENTIVE HOUSE S/A.

A autoridade lançadora esclarece que os salários de contribuição foram apurados a partir das notas fiscais emitidas pela empresa administradora do programa, registradas nos livros contábeis da notificada, e que, apesar de solicitado por meio de TIAD, a empresa não apresentou a relação de todos os beneficiários do programa e nem os contratos com a Incentive House.

Informa ainda que a falta da declaração em GFIP dos pagamentos realizados através de cartões eletrônicos, em tese, configura o CRIME DE SONEGAÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, previsto no artigo 337-A, inciso I, do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.983/2000, e que este fato será objeto de REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS, com comunicação à autoridade competente para providências cabíveis.

Segundo ainda relato fiscal, o contribuinte ajuizou ação ordinária com o objetivo de obter a autorização para apurar o SAT de acordo com o efetivo grau de risco de cada um dos seus estabelecimentos, tendo sido deferida decisão por Tutela Antecipada, e que a empresa, para os estabelecimentos objeto desta notificação, com amparo na referida ação judicial, recolhia apenas 1% para o SAT.

Explica que é objeto do presente lançamento o levantamento EI1, relativo à diferença de 2% ao SAT para aqueles estabelecimentos que vinham recolhendo à alíquota de 1%, e que é objeto de uma outra NFLD, a de Debcad.37.046.231-9-5, o levantamento ST2, correspondente à contribuição de 1% ao SAT incidente sobre a mesma rubrica, prêmio incentivo.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da Decisão Notificação nº 21.003/0193/2007 (fls. 154), julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 182), alegando, em apertada síntese, o que se segue.

Preliminarmente, alega decadência dos créditos constituídos anteriormente a 29/11/2001, pela regra do 150, §4º, do CTN, e cerceamento de defesa pelo prazo exíguo para apresentação de defesa.

Insiste na conexão entre a presente NFLD com as de DEBCAD nºs 37.021.461-7, 37.021.462-5, 37.021.463-3, 37.046.232-7 e 37.046.231-9, entendendo que todas

devem ser juntadas para julgamento único, asseverando que, mesmo que fosse reconhecida a contribuição ora exigida, a mesma estaria vinculada à decisão de inclusão ou não das rubricas na base de cálculo, estando, portanto, suspensa a exigibilidade das contribuições objeto da presente NFLD, uma vez que depende de decisão final administrativa validando, ou não, a referida cobrança.

No mérito, reafirma a não incidência de contribuição sobre os prêmios concedidos de forma não habitual aos funcionários de empresas terceirizadas que prestam serviços à recorrente, bem como a seus próprios funcionários, por meio dos cartões de premiação "FLEXCARD" e "PREMIUM CARD" fornecidos pela empresa Incentive House S/A,

Frisa que a grande maioria dos valores pagos pela Recorrente à empresa Incentive House S/A são para que ela abasteça os cartões de premiações "FLEXCARD" e "TOP PREMIUM" de funcionários de empresas terceirizadas que prestam serviços à Recorrente e não para premiações de seus próprios empregados, (exceto os relacionados ao CNPJ nº 61.068.276/0295-01).

Assevera que o órgão julgador de 1ª Instância não compreendeu a expressão "terceirizada" e enquadrou os funcionários de empresas que distribuem os produtos da Recorrente como sendo contribuintes individuais que lhe prestam serviços, defendendo que jamais competiria à Recorrente recolher os valores devidos à Previdência Social, e sim às empresas terceirizadas que prestam serviços a ela, uma vez que a Recorrente não é a empregadora desses funcionários com os quais ela não tem e, em momento algum manteve qualquer vínculo empregatício.

Ressalta que a Recorrente jamais efetuou pagamento aos empregados de sua matriz, tendo havido somente a distribuição de prêmios, e de forma esporádica, não habitual, a alguns funcionários que trabalham na filial /0295-01, o que afasta a incidência de contribuições previdenciárias.

Afirma que a Agente fiscal ignorou a natureza das verbas, incluindo no salário-de-contribuição diversos valores correspondentes a pagamentos realizados à Incentive House S/A correspondente a sua prestação de serviço de desenvolvimento de programas e campanhas, e que parte do crédito previdenciário ora lançado foi extraído de lançamentos feitos em diversas contas contábeis que não tem qualquer relação com o programa de premiação através de cartões "FLEXCARD" e "PREMIUM CARD".

Reitera os argumentos apresentados na impugnação para tentar demonstrar que está correta a alíquota do SAT utilizada pela recorrente para os estabelecimentos apontados nos relatórios de notificação.

Finaliza requerendo a extinção de parte do crédito pela decadência e o cancelamento integral do débito.

Em contra-razões, a Secretaria da Receita Federal do Brasil manteve a decisão recorrida.

Em 23/02/2010, a recorrente apresentou REQUERIMENTO DE DESISTÊNCIA OU IMPUGNAÇÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO, requerendo a desistência parcial do recurso, declarando a renúncia a quaisquer alegações de direito sobre as

quais se fundam a impugnação e o recurso em relação aos créditos lançados nas competências 11/01, 12/01, 11/02, 09/05 e 11/05.

É o relatório.

CÓPIA

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

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

Da análise do recurso apresentado, registro o que se segue

A recorrente alega, preliminarmente, decadência de parte do débito, requerendo a aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN.

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.

Entretanto, no caso em tela o fato gerador é o pagamento de parcela que a empresa entendia como não integrante da base de cálculo da contribuição, tratando-se, portanto, de lançamento de ofício, para o qual não houve adiantamento do tributo, caso em que, no entendimento desta Relatora, se aplica o disposto no art. 173, do CTN, transcrito a seguir:

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

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

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

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

Verifica-se, da análise dos autos, que a ciência da NFLD pelo contribuinte se deu em 30/11/2006, conforme folha 01 do processo, e o débito se refere às competências compreendidas no período de 01/1999 a 11/2005.

Dessa forma, considerando o exposto acima, constata-se que se operara a decadência do direito de constituição do crédito para as competências compreendidas entre 01/1999 a 11/2000, inclusive.

Cumprе esclarecer que, para a competência 12/2000, o crédito tributário 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 citado acima (art. 173, I, CTN).

Portanto, acato parcialmente a preliminar de decadência.

Com relação às competências não atingidas pela decadência, verifica-se que a recorrente apresentou petição, protocolada em 23/02/2010, desistindo parcialmente do recurso, ficando o objeto do presente processo restrito aos débitos relativos aos fatos geradores ocorridos anteriores a 11/2001.

Dessa forma, não conheço do recurso em relação ao débito lançado a partir de 11/2001, inclusive, tendo em vista a perda de objeto por desistência.

Em relação à parte do recurso relativo às competências não atingidas pela decadência e que não foram objeto de parcelamento, registro o que se segue.

Preliminarmente, a notificada alega cerceamento de defesa pelo prazo exíguo para apresentação de defesa.

O prazo concedido foi o previsto nas normas legais vigentes à época do lançamento, não havendo, nos normativos que tratam do processo administrativo fiscal, previsão legal para prorrogação do prazo de apresentação de defesa.

Ademais, verifica-se dos autos que a notificação se deu em 29/11/2006 e a cientificação da DN em 05/06/2007. Ou seja, ao contrário do que alega, a recorrente teve mais seis meses para a juntada de elementos que comprovariam suas alegações. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa.

Constata-se que a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem o AI, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura do Auto e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à autuada.

A notificada alega existência de conexão entre a presente NFLD com as de DEBCAD n°s 37.021.461-7, 37.021.462-5, 37.021.463-3, 37.046.232-7 e 37.046.231-9, entendendo que todas devem ser juntadas para julgamento único, e que deveria ser suspensa a exigibilidade das contribuições objeto da presente NFLD até a decisão final administrativa validando, ou não, a referida cobrança das contribuições sobre a rubrica em tela.

Contudo, entendo que, no caso presente, não há que se falar em conexão, sendo que o julgamento desse recurso independe da análise de mérito dos processos que discutem a contribuição relativa à parte dos segurados, da empresa, e aquela devida às Terceiras Entidades.

De fato, poderão haver decisões conflitantes, mas tal fato não justifica a conexão de todos os processos que discutem lançamentos de obrigações principais lavrados contra uma mesma empresa.

Entendo que a conexão caberia nos casos de AIs lavrados por descumprimento de obrigação acessória, como, por exemplo, omissão de fato gerador em GFIPs, folhas ou contabilidade, e os lançamentos das contribuições decorrentes desses fatos geradores omissos.

Isso porque, em diversos casos, as empresas deixam de informar remunerações em GFIP, folhas ou em títulos próprios da contabilidade por entender que tais valores não integram o salário de contribuição, mas a fiscalização, entendendo que as verbas pagas a outros títulos constituem remuneração indireta, lança a contribuição incidente sobre tais valores em instrumento próprio, quais sejam, NFLD/AIOP, e autua a empresa pelo descumprimento da obrigação acessória.

Porém, muitas vezes, nos autos das NFLDs/AIOP, dependendo dos elementos de prova existentes, os julgadores, tanto de primeira ou os de segunda instância, chegam à conclusão de que as verbas não são remuneração, não integrando, portanto, o salário de contribuição, não existindo, dessa forma, a obrigatoriedade de informá-las em GFIP/folhas, ou de registrá-las em título próprio da contabilidade.

Daí a necessidade de que, nos casos dos processos que discutem a obrigação acessória, os Autos de Infração sejam considerados conexos com os lançamentos da obrigação principal decorrente, e convertidos em diligência para o julgamento concomitante de todos os lançamentos correlatos.

Tal fato se deve à existência de uma nítida conexão entre os dois instrumentos de constituição de crédito, uma vez que, estabelecida a obrigação tributária principal, por força do levantamento dos fatos geradores e lançamento das respectivas contribuições previdenciárias, deparou-se a fiscalização com a obrigação descumprida, caracterizada por deixar de declarar os respectivos valores em GFIP/folhas/contabilidade.

Contudo, esse não é o caso do processo ora discutido, que trata de lançamento de obrigação principal, motivo pelo qual rejeito a preliminar de conexão entre os instrumentos de constituição de crédito.

No mérito, a recorrente tenta demonstrar que não incide contribuição sobre os prêmios concedidos de forma não habitual aos funcionários de empresas terceirizadas que prestam serviços à recorrente, bem como a seus próprios funcionários, por meio dos cartões de premiação "FLEXCARD" e "PREMIUM CARD" fornecidos pela empresa Incentive House S/A,

Contudo, 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,..." (grifei).

Restou claro, nos autos, que os pagamentos em tela não são eventuais e esporádicas, e sim habituais.

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".

E a CLT discrimina as parcelas que compõem a remuneração do empregado, conforme seu art. 457:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.

Dessa forma, as gratificações, que podem ser eventuais, integram a remuneração do empregado por expressa previsão legal.

A fiscalização constatou que tais valores são pagos por meio de empresa interposta para premiar alguns de seus empregados.

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.

Resta claro que o pagamento feito pela recorrente a título de programa de incentivo em favor dos segurados que lhe prestam serviços 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 sua remuneração, devendo, portanto, sofrer incidência de contribuição previdenciária.

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

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 julgador de primeira instância.

Cumpra 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 a que trata da matéria.

Dessa forma, os valores recebidos pelos empregados da recorrente a título de prêmio 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.

A recorrente traz um extenso arrazoado para tentar demonstrar que os pagamentos eventuais, sem habitualidade, não integram o salário de contribuição.

Cumpra observar ainda que, no caso presente, não estamos diante de pagamentos eventuais, pois observa-se que, em vários anos, os pagamentos foram realizados por vários meses.

Dessa forma, não vislumbro a eventualidade em tais pagamentos.

Ademais, 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.

E 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 seqüencial 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, que concede o prêmio.

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 na hipótese de isenção prevista no § 9º da Lei 8.212/91.

A recorrente insiste em afirmar que parte desses valores foram pagos à empresas terceirizadas, e que jamais efetuou pagamento aos empregados de sua matriz, e ainda que a Agente fiscal ignorou a natureza das verbas, incluindo no salário-de-contribuição diversos valores correspondentes a pagamentos correspondente à prestação de serviço de desenvolvimento de programas e campanhas, e que parte do crédito previdenciário ora lançado foi extraído de lançamentos feitos em diversas contas contábeis que não tem qualquer relação com o programa de premiação através de cartões "FLEXCARD" e "PREMIUM CARD".

Contudo, não comprova o alegado. A recorrente não trouxe, aos autos, documentos que comprovassem suas afirmações.

Ademais, a recorrente deixou de apresentar a documentação solicitada pela fiscalização por meio de TIAD, invertendo, dessa maneira, o ônus da prova.

Relativamente às alegações de ilegalidade de cobrança de contribuição ao SAT, observe-se que tal matéria encontra-se *sub judice*, não cabendo, por meio do presente processo administrativo de lançamento de débito, a discussão de matéria objeto de discussão judicial

Tal possibilidade afigura-se inexistente em razão do sistema de contencioso administrativo adotado no Brasil, onde as decisões judiciais sobrepõem-se às decisões administrativas. Desse modo, se uma matéria foi submetida à apreciação judicial, não cabe mais a sua análise na esfera administrativa.

E, nos termos do art. 126, § 3º, da Lei 8.213/91, houve renúncia ao contencioso administrativo em relação à exigibilidade das contribuições ao SAT, motivo pelo qual não conheço da parte do recurso que trata de tal matéria.

Nesse sentido,

CONSIDERANDO tudo mais que dos autos consta;

Voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO VOLUNTÁRIO para, na parte conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO,,

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Voto Vencedor

Em que pese a sapiência da nobre Relatora, ao menos na questão da multa, peço vênia para dela discordar, nos termos abaixo e com suas razões.

Há de se reconhecer o direito do contribuinte à redução da multa incidente pelo não recolhimento da contribuição previdenciária para 20%, sendo a mesma aplicável a todos os períodos, uma vez que as multas aplicadas por infrações administrativas tributárias, devem seguir o princípio da retroatividade da lei mais benéfica ao contribuinte, com previsão legal no artigo 106, inciso II, "c" do CTN, reduzindo-se o valor da multa aplicada para o percentual de 20%, por aplicação retroativa da Lei nº 9.430/96.

O art. 106, II, "c", do Código Tributário Nacional prevê expressamente que a lei nova possa reger fatos geradores pretéritos, desde que se trate de ato não definitivamente julgado, por aplicação do princípio da retroatividade benéfica.

Sendo assim, mister que tenhamos em mente que enquanto não preclusa a oportunidade para a oposição algum remédio processual e ou se estes não tiverem transitado em julgado, possível será a aplicação do dispositivo supramencionado, uma vez que não há nada definido juridicamente, ou seja, não há trânsito em julgado.

De mais a mais, na lei não há distinção da multa moratória e a punitiva, e por isto mesmo o contribuinte faz jus à incidência da multa moratória mais benéfica, sendo cabível a aplicação retroativa do art. 61, da Lei nº 9.430/96, desde que, como alhures dito, o ato não se encontre definitivamente julgado, como é o caso em tela.

Este pensar, da mesma forma vêm se posicionando nossos Tribunais, *in verbis*':

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. COFINS. DCTF. DÉBITO DECLARADO E NÃO PAGO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INTIMAÇÃO DA JUNTADA DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E PROVA PERICIAL INDEFERIDA. MULTA MORATÓRIA. REDUÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 61, DA LEI Nº 9.430/96 A FATOS GERADORES ANTERIORES A 1997. POSSIBILIDADE. RETROATIVIDADE DA LEGISLAÇÃO MAIS BENÉFICA. ART. 106, DO CTN. TAXA SELIC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DECRETO-LEI Nº 1.025/69.

....

O Código Tributário Nacional, por ter natureza de lei complementar, prevalece sobre lei ordinária, facultando ao

contribuinte, com base no art. 106, do referido diploma, a incidência da multa moratória mais benéfica, com a aplicação retroativa do art. 61, da Lei nº 9.430/96 a fatos anteriores a 1997.

(STJ, REsp 653645/SC, 2ª T., Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 21/11/2005)"

"EXECUÇÃO FISCAL. REDUÇÃO DE MULTA EM FACE DO DEL 2.471/1988. ART. 106, II, "c", CTN. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA AO CONTRIBUINTE. POSSIBILIDADE.

1. O ART. 106, do CTN admite a retroatividade, em favor do contribuinte da lei mais benigna, nos casos não definitivamente julgados. Sobrevindo, no curso da execução fiscal, o DL 2.471/1988, que reduziu a multa moratória de 100% para 20% e, sendo possível a reestruturação do cálculo de liquidação, é possível a aplicação da lei mais benigna, sem ofensa aos princípios gerais do direito tributária. Na execução fiscal, as decisões finais correspondem as fases de arrematação, da adjudicação ou remição, ainda não oportunizados, ou, de outra feita, com a extinção do processo, nos termos do art. 794, do CPC. (STJ, REsp 94511/PR, 1ª T., Rel. Min. Demócrito Reinaldo, DJ.: 25/11/1996)"

Assim, para valer a regra da retroatividade benéfica da lei, estampada no artigo 106 II, C do Código Tributário Nacional, no caso em tela a multa a ser aplicada é aquela que se encontra no artigo 61 da Lei 9.430/1996.

Wilson Antônio de Souza Correa – Redator