



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

Processo nº 12268.000148/2007-77
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.455 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de março de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO GFIP FATOS GERADORES
Recorrente PINHO COMISSARIA DE DESPACHOS S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/06/2003 a 31/12/2006

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - INFRAÇÃO

Consiste em descumprimento de obrigação acessória a empresa apresentar a GFIP - Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - ENFRENTAMENTO DE ALEGAÇÕES - NULIDADE - INEXISTÊNCIA

A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica nulidade na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção

PRÊMIOS DE INCENTIVO - SEGURADOS EMPREGADOS - FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS

São fatos geradores de contribuições previdenciárias os valores pagos a título de prêmios de incentivo a segurados. Por depender do desempenho individual do trabalhador, o prêmio tem caráter retributivo, ou seja, contraprestação de serviço prestado

LEGISLAÇÃO POSTERIOR - MULTA MAIS FAVORÁVEL - APLICAÇÃO

A lei aplica-se a ato ou fato pretérito, tratando-se de ato não definitivamente julgado quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para adequação da multa ao artigo 32-A da Lei nº 8.212/91, caso mais benéfica.

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/1991, no art. 32, inciso IV e § 5º, acrescentados pela Lei nº 9.528/1997 c/c o art. 225, inciso IV e § 4º do Decreto nº 3.048/1999, que consiste em a empresa apresentar a GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls. 15), o sujeito passivo deixou de declarar em GFIP valores pagos aos segurados.

Tais pagamentos foram feitos por meio de créditos em cartões eletrônicos fornecidos pela empresa Salles, Adan & Associados Marketing de Incentivos S/C Ltda. e constam na contabilidade, lançados nas contas de despesas 300105 - Despesas Operacionais de Vendas - Marketing e Publicidade, 6220137 Custo dos Serviços Prestados - Serviços de Terceiros (P.J.) e 6430132 - Despesas Gerais - Serviços de Terceiros (P. J.) e nas notas fiscais emitidas contra a Pinho Comissária de Despachos.

A autuada teve ciência do lançamento em 30/11/2007 e apresentou defesa (fls. 24/34), onde alega a nulidade da autuação, que não houve a ocorrência do fato gerador que deu causa ao entendimento de omissões de contribuições previdenciárias por pagamentos efetuados a segurados não identificados que prestaram serviços à autuada, presumindo-se a não inclusão em GFIP.

Argumenta que prevê em seu orçamento uma verba para investimento em marketing direto com clientes e futuros clientes. Tal verba seria distribuída mensalmente aos diversos setores da empresa na forma de cartões eletrônicos controlados pelos gerentes de cada departamento, na forma de caixa gerencial.

Afirma que o uso destes cartões não se destinou ao pagamento de salários, não existiu qualquer funcionário beneficiado com a suposta remuneração indireta, não se apurou efetivamente qualquer situação que caracterizasse um benefício ou um salário indireto, não houve recusa na apresentação de documentos, ou sonegação de informações à fiscalização e que não houve irregularidades no registro dos gastos efetuados pela autuada com os cartões.

Aduz a inexistência do crédito tributário, que seriam inexistentes os alegados pagamentos e mera presunção a sua existência, face a não localização de qualquer beneficiário.

Considera que não poderia apresentar relação de *beneficiários* por não ter ocorrido a situação presumida pela fiscalização.

Alega que não estaria obrigada à apresentação de documento inexistente e que deveria a autarquia demonstrar a ocorrência de prestação de serviços por segurados que foram beneficiados pelo cartão eletrônico, dispensando a autuada de fazer prova negativa.

Conclui que houve uma incorreta presunção e que o ônus probatório seria da impugnada.

Requer a juntada a **posteriori** de documentos, a produção de todos os tipos de prova em direito admitidos, inclusive juntada de documentos, perícias e ouvida de testemunhas.

Pelo Acórdão nº 10-16.886 (fls. 405/411), a 8ª Turma da DRJ/Porto Alegre considerou a autuação procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 416/427), onde efetua a repetição das alegações de defesa.

Sustenta que o processo não restou corretamente julgado pois a análise parcial da defesa apresentada, bem como as omissões verificadas no acórdão que deixou de apreciar a realidade dos fatos, os argumentos da defesa e os documentos juntados, o que caracterizou o cerceamento do direito de defesa, o que por só já enseja a reforma da decisão recorrida.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente manifesta seu inconformismo com a decisão recorrida que a seu ver teria deixado de apreciar a totalidade das alegações apresentadas em defesa, bem como não teria considerado a farta documentação trazida aos autos. Diante de tais alegações entende que teria ocorrido cerceamento de defesa e necessidade de reforma da decisão.

Não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa, uma vez que as peças que compõem os autos são suficientes para a correta compreensão das razões que levaram ao lançamento.

Foi verificado pela auditoria fiscal que a recorrente, sob o argumento de tratar-se de investimentos com marketing, ofereceu cartões de incentivo por meio da empresa Salles, Adan & Associados Marketing de Incentivos S/C Ltda.

Entendeu a auditoria fiscal que tais cartões de incentivo seriam uma forma de salário indireto fornecido pela empresa aos funcionários e como tal haveria a necessidade de incluir tais valores na folha de pagamento.

Assim, embora não concorde com o lançamento, a recorrente compreendeu perfeitamente sua origem.

Portanto, não se verifica cerceamento de defesa.

Quanto à decisão recorrida, não há que se acolher o argumento de que esta não teria apreciado a totalidade das alegações e documentos juntados.

O julgador de primeira instância, com base nas informações fornecidas pela auditoria fiscal e razões de defesa apresentadas pela recorrente decidiu pela procedência do lançamento pelos motivos que elenca.

Cumprе ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

*“RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 –
Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento
em 01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150*

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.

1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré questionar matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão.

2. Recurso não conhecido.”

“REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 – Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA – Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o aresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no aresto a quo. (g.n.)”

Relativamente ao mérito, a recorrente mantém sua argumentação da inocorrência do fato gerador e, como tal, a necessidade de cumprimento de obrigações acessórias correspondentes a ele.

Cumpra dizer que no julgamento da obrigação principal, este colegiado entendeu pela procedência da autuação, ou seja, pela ocorrência dos fatos geradores.

Haja vista a correlação existente entre o lançamentos, prevalecendo a obrigação principal, prevalecem os acessórios a ela relacionados.

Assim, transcrevo trechos do Acórdão nº 2402-003.387 onde pode ser verificado o entendimento de procedência do lançamento:

Quanto ao mérito, a recorrente argumenta a inoccorrência de fato gerador e inexistência de prova de que algum segurado tenha prestado serviços remunerados por meio dos cartões que chama de corporativos.

O que se verifica é que a recorrente efetuou a contratação da empresa Salles, Adan & Associados Marketing de Incentivos S/C Ltda para desenvolver a atividade que o próprio nome indica, ou seja, marketing de incentivo que nada mais é do que oferecer prêmios, no caso, por meio dos cartões de incentivo, atrelados à produtividade ou atingimento de metas, por exemplo.

A apreciação de recursos contra lançamentos sob tal fundamento não são novidade no âmbito deste Conselho e este colegiado é unânime no entendimento de que o chamado marketing de incentivo é uma forma de remuneração indireta sobre a qual devem incidir as contribuições devidas.

Os valores pagos por meio de cartão de incentivo são considerados prêmios e prêmio é um salário vinculado a fatores de ordem pessoal do trabalhador, como a produção, a eficiência, etc.

Caracteriza-se pelo seu aspecto condicional; uma vez atingida a condição prevista por parte do trabalhador, este faz jus ao prêmio. Portanto, por depender do desempenho individual do trabalhador, o prêmio tem caráter retributivo, ou seja, contraprestação ao serviço prestado e, por consequência, possui natureza jurídica salarial.

Ainda que pagos por mera liberalidade e sem habitualidade, tais valores integram o salário de contribuição.

A meu ver, a habitualidade não fica caracterizada apenas pelo pagamento em tempo certo, de forma mensal, semestral, etc., mas pela garantia do recebimento a cada implemento de condição por parte do trabalhador.

O pagamento de prêmios por cumprimento de condição leva tais valores a aderirem ao contrato de trabalho, cuja eventual supressão pode caracterizar alteração prejudicial do contrato de trabalho, o que é vedado pelo art. 468 da Consolidação das Leis do Trabalho:

"Art. 468. Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, ainda assim, desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia. "

O entendimento acima encontra respaldo na jurisprudência trabalhista, conforme se verifica nos seguintes julgados:

Prêmios. Salário-condição. Os prêmios constituem modalidade de salário-condição, sujeitos a fatores determinados. E, como

Comissões e prêmios. Distinção. Comissão é um porcentual calculado sobre as vendas ou cobranças feitas pelo empregado em favor do empregador. O prêmio depende do atingimento de metas estabelecidas pelo empregador. É salário-condição. Uma vez atingida a condição, a empresa paga o valor combinado. Não se pode querer que o preposto saiba a natureza jurídica entre uma verba e outra.²

No que tange à multa aplicada, observa-se que a Lei nº 11.941/2009 alterou a sistemática de cálculo de multa por infrações relacionadas à GFIP.

“Art.32-A.O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do art. 32 no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo.

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.”

² Proc. n.º 00693-2003-902-02-00-7 — Ac. 20030282661 — TRT 2ª Reg - 3ª Turma — Relator Juiz Sérgio Pinto

Martins – DOESP 24-06-03

No caso em tela, trata-se de infração que agora se enquadra no art. 32-A, inciso I.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, há que se verificar a situação mais favorável ao sujeito passivo, face às alterações trazidas.

Nesse sentido, entendo que na execução do julgado, a autoridade fiscal deverá verificar, com base nas alterações trazidas, qual a situação mais benéfica ao contribuinte.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que seja efetuado o cálculo da multa de acordo com o art. 32-A da Lei nº 8.212/1991 e comparado ao cálculo anterior, para que seja aplicado o valor mais benéfico ao sujeito passivo.

É como voto.

Ana Maria Bandeira