



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

Processo nº 14094.000013/2007-76
Recurso nº 157.461 Voluntário
Acórdão nº 2403-01.232 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de abril de 2012
Matéria LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente GRAMARCA DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2001 a 30/09/2004

PREVIDENCIÁRIO.DECADÊNCIA. MULTA DE MORA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. MULTA MAIS BENÉFICA.

Ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. As edições da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal - STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a” determinaram que são inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

As contribuições sociais, pagas com atraso, ficam sujeitas à multa de mora artigos 35, I, II, III da Lei 8.212/91.

Considerando o princípio da retroatividade benigna previsto no art. 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional cabe aplicar o artigo 35-A, se mais benéfico ao contribuinte, na forma da Lei 11.941/2009 que revogou o art. 34 da Lei 8.212/1991 e conferiu nova redação ao art. 35 da mesma Lei..

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Nas Preliminares, por unanimidade de votos em dar provimento parcial ao recurso reconhecendo a decadência das competências até 03/2002, inclusive, com base no art. 150, § 4º do CTN. No mérito por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para que seja recalculada a multa de mora de acordo com a redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Ivacir Júlio de Souza - Presidente

Ivacir Júlio de Souza - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Maria Anselma Coscrato dos Santos e Cid Marconi Gurgel de Souza.

Relatório

A instância “ad quod” produziu o Relatório abaixo que, li, compulsei com os autos e, tendo corroborado transcrevi com grifos de minha autoria:

Trata-se de Fiscalização realizada pela Auditora Fiscal Sra. Simone Chiosini Sanches, que foi determinada pelo Mandado de Procedimento Fiscal - MPF 09378134F00/C01 (fls. 55/56), que foi recebido na empresa, juntamente, com o Termo de Intimação de Documentos - TIAD (115.57/58).

A Auditoria Fiscal foram para as apurações de fatos geradores de valores pagos aos segurados empregados por meio de cartão de premiação, denominado "EXPERT CARD, conforme consta do contrato de prestação serviço firmado entre a empresa auditada e a empresa Expertise Comunicação Total S/C Ltda.

A Auditoria constatou que a prestação de serviço entre a tomadora e a prestadora tem o seguinte objeto:

O objeto do referido contrato é a prestação de serviços de gerenciamento de premiação, através de cartão eletrônico intitulado "Eivem Card" para premiar os indicados pela contratante, a título de incentivo, por intermédio da contratada. O cartão é utilizado para saque dos valores em toda a Rede de agências do Banco Bradesco (terminais eletrônicos) e Bradesco Dia e Noite, além da Rede VISA Fácil, em todo território nacional."

Pela não eventualidade dos pagamentos (premiação), conforme planilhas que embasaram a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, a Auditoria considerou como bases de cálculos de contribuições previdenciárias.

Os lançamentos foram com base nas notas fiscais de prestação de serviços por emitidas Expertise Comunicação Total S/C Ltda e relações de beneficiários do programa fornecida pela empresa auditada e que não constam nas Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP.

O valor do crédito tributário de R\$ 1.282.536,55 (Um milhão, duzentos e oitenta e dois mil, quinhentos e trinta e seis reais e cinquenta e cinco centavos).

Os lançamentos dos créditos referente às contribuições devidas pela empresa e segurado empregado a Seguridade Social, terceiros e fundos estão devidamente relacionados no relatório DAD - Discriminativo Analítico do Débito, fls.04 a 16, parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD acima identificada.

O sujeito passivo tomou ciência da NFLD em questão no dia 27/04/2007 (fl. 01) através do Sr. Darcy José dos Santos, e apresentou no dia 14/05/2007 à impugnação de fls. 172 a 229, alegando, em síntese, que: DA PRELIMINAR.

Da nulidade do presente Lançamento tributário (NFLD) face à inexistência de Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) e Mandado de Procedimento Fiscal – Complementar (MPF-C) regularmente emitido e vigente.

"Acontece, que no Site do Ministério da Previdência Social consta que "NÃO HÁ AÇÃO FISCAL E MANDAMENTO OU NÃO HÁ MPF EMITIDO DISPONÍVEL FARÃO NCNPJ 26.809.913/0001-47".

"Assim, diante da INEXISTÊNCIA de Mandado de Procedimento Fiscal e de Mandado de Procedimento Fiscal Complementar regularmente emitidos que autorizem/legitimem o presente LANÇAMENTO, deve o mesmo ser anulado em razão do vício ora apresentado."

• ***Da decadência dos tributos cujos fatos geradores ocorreram até o dia 27.04.2002 (cinco anos antes da notificação do presente lançamento).***

"Nos tributos lançados por homologação, à decadência tem seu termo inicial de contagem de prazo com a ocorrência do fato gerador, conforme se pode verificar por meio do art. 150, § 4º do CTN. Logo, levando-se em conta que a AUTUADA foi NOTIFICADA da MIO em 27 de Abril de 2007 (fls. 01), tem-se que as operações cujos FATOS GERADORES se realizaram até o dia 27 de Abril de 2002 não mais podem ser objeto de Lançamento Tributário".

Na hipótese em que não houve o recolhimento de tributo sujeito a lançamento por homologação, cabe a o fisco proceder ao lançamento de ofício no prazo decadencial de 5 (cinco) anos, na forma estabelecido no artl 7 3 , 1, do Código Tributário Nacional."

NO MÉRITO. 2.1 DA INEXISTÊNCIA DE PRESSUPOSTOS AUTORIZATIVOS PARA O LANÇAMENTO POR ARBITRAMENTO/AFERIÇÃO INDIRETA TAL QUAL REALIZADO PELA AFPS RELATIVOS AO LEVANTAMENTO "EXI — NE EXPERTISE SEM REL DE BENEF 515". 2.1.1 A NÃO APRESENTAÇÃO DE RELATÓRIO MAGNÉTICO CONTENDO OS EMPREGADOS BENEFICIÁRIOS DOS CRÉDITOS DO EXPERT CARD NÃO AUTORIZA A AFERIÇÃO INDIRETA REALIZADA NA NFLD.

"NFLD em fls.49 apresenta como Fundamentos Legais do Débito para a apuração por AFERIÇÃO INDIRETA os parágrafos 3º e 6º do art.33 da Lei 8.212 de 1991 que prescrevem:

Assim, a justificativa para a AFERIÇÃO INDIRETA foi a não apresentação por parte do sujeito passivo de arquivos magnéticos que contenham relação de beneficiários dos créditos do EXPERT CARD.

Passamos a demonstrar que a justificativa apresentada no "RELATÓRIO DA NOTIFICAÇÃO" da NFLD (acima transcrita) não AUTORIZA a realização de LANÇAMENTO ARBITRADO/AFERIÇÃO INDIRETA tal qual realizado nos autos da NEW ora impugnada.

Ocorre, que em relação os CARTÕES *EXPERT CARD* adquiridos pela AUTUADA em razão dos quais foram emitidas as notas fiscais utilizadas na AFERIÇÃO INDIRETA feita pela AEPS (anexo H, fls. 102 e 103) as mesmas não têm qualquer relação com a remuneração de empregados da AUTUADA, motivo pelo qual a AUTUADA não apresentou arquivos magnéticos contendo a relação dos beneficiários solicitados à época.

A extensa lista apresentada pela AUTUADA de todos os empregados beneficiários dos Créditos dos Cartões Expert Card, na interpretação do Fisco, gerou consequências tributárias para a AUTUADA, tendo sido inclusive objeto de LDC 2V. 370929713e de Lançamento napresente NET D.

O que não se concebe, é penalizar-se a AUTUADA por não ter apresentado relatórios inexistentes, posto que em relação às notas fiscais referidas no anexo II fls. 102 e 103 não há empregados beneficiários, posto que tais Cartões foram dados a Clientes da AUTUADA em razão de Campanhas Promocionais.

Assim, não há que se falar no presente caso de OMISSÃO que justifique o Lançamento Arbitrado, tivemos sim, no presente caso, plena atenção da AUTUADA às solicitações da ATTS, o que auxiliou os trabalhos da mesma.

Demonstra-se dessa forma a total inviabilidade da AFERIÇÃO INDIRETA efetivada no Lançamento Tributário ora impugnado, o qual deve ser Cancelado."

2.2.1 DA INOCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DEMAIS TRIBUTOS NOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS FEITOS POR AFERIÇÃO INDIRETA/ARBITRAMENTO RELATIVOS AO LEVANTAMENTO "EXI — NE EXPERTISE SEM REL DE BENEFL 515".

"Ocorre, que os CARTÕES *EXPERT CARD* adquiridos pela AUTUADA em razão dos quais foram emitidas notas fiscais utilizadas na AFERIÇÃO feita pela AEPS (anexo II, fls. 102 e 103) não têm qualquer relação com a remuneração de empregados da AUTUADA, motivo pelo qual a AUTUADA não apresentou arquivos magnéticos contendo a relação dos beneficiários solicitados à época.

Os CARTÕES *EXPERT CARD* adquiridos através daquelas notas fiscais foram utilizados pela AUTUADA como premiações (bonificações) repassadas aos seus Clientes visando incentivá-los a adquirir seus produtos e serviços.

A sistemática era a seguinte:

1º passo: A AUTUADA firmou contrato com a Empresa Expertise Comunicação Total S/C Lda na qual a mesma comprometia-se a gerenciar, elaborar e acompanhar campanhas promocionais com premiações através da emissão de CARTÕES EXPERT CARD 2º passo: Eram veiculadas Campanhas Publicitárias específicas (chevidons feirão de fábrica, etc..) que dentre os benefícios prometidos constava a entrega de bônus e descontos aos clientes;

3º passo: Quando da aquisição por parte dos clientes dos produtos e serviços ofertados nas campanhas promocionais, os BÔNUS prometidos eram entregues aos mesmos através da emissão de um CARTÃO EXPERT CARD (Cartão Visa) com créditos.

4º passo: De posse dos CARTÕES EXPERT CARD, os clientes utilizavam os seus créditos (bônus) na rede conveniada dos CARTÕES VISA/BRADESCO.

Assim, aquelas notas fiscais da EXpertiSe Comunicação Total S/C Lula utilizadas no levantamento "EXI" (anexo II, fls.102 e 103) foram corretamente registradas na contabilidade da AUTUADA na *Conta 31430005 - Propaganda e Promoções de Vendas* posto que se tratam de despesas com a emissão dos CARTÕES EXPERT CARD dados aos clientes que participaram das promoções.

Dessa firma, nos termos dos §§3º e 6º do Art. 33 da Lei 8.212 de 1991 prova a AUTUADA a improcedência dos Lançamentos Efetuados por AFERIÇÃO INDIRETA sob a rubrica "EX1", posto que os CARTÕES EXPERT CARD adquiridos pela mesma (cujas notas fiscais estão enumeradas no Anexo II fls. 102 e 103) foram utilizados para bonificar seus clientes, não se caracterizando assim como Fato Gerador das Contribuições Previdenciárias e demais Tributos lançados.

2.2.2 DA INOCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DEMAIS TRIBUTOS INSERIDOS NOS LANÇAMENTOS TRIBUTÁRIOS RELATIVOS AOS LEVANTAMENTOS "EX2 – NE EXPERTISE COM REL DE BENEF 507" E "EXP - NF EXPERTISE COM REL DE BENEF 515". 2.2.2.1 AS VERBAS PAGAS A TÍTULO DE BONUS (PRÊMIOS) ATRAVÉS DO EXPERT CARO AOS FUNCIONÁRIOS DA AUTUADA NÃO INTEGRAM OS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUTOS LANÇADOS NA PRESENTE NELE). DISPOSITIVO EXPRESSO NO §9º, Alínea "e" item 7 DO ART. 28 DA LEI 8212 DE 24.DE JUNHO DE 1991. "Ocorre que o pagamento de bônus aos funcionários da AUTUADA não são Fatos Jurídicos Tributários (nas palavras de Paulo de Barros Carvalho) das Contribuições Previdenciárias e demais Tributos lançados, posto que o pagamento de bônus aos funcionários não se configura como elemento material da Norma Jurídica Tributária das Contribuições Previdenciárias e tão pouco dos demais tributos lançados. Não se devendo assim considerar os valores (prêmios) pagos aos funcionários da AUTUADA nas

bases de cálculos das Contribuições previdenciárias e demais Tributos.

Ocorre, que os bônus pagos através do Cartão Expert Card pela AUTUADA aos seus funcionários segundo ela própria informou "Ocorre que o pagamento de bônus aos funcionários da AUTUADA não são Fatos Jurídicos Tributários (nas palavras de Paulo de Barros Carvalho) das Contribuições Previdenciárias e demais Tributos lançados, posto que o pagamento de bônus aos funcionários não se configura como elemento material da Norma Jurídica Tributária das Contribuições Previdenciárias e tão pouco dos demais tributos lançados. Não se devendo assim considerar os valores (prêmios) pagos aos funcionários da AUTUADA nas bases de cálculos das Contribuições previdenciárias e demais Tributos.

Ocorre, que os bônus pagos através do Cartão Expert Card pela AUTUADA aos seus funcionários segundo ela própria informou 3.1.2.0 RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA DOS TRIBUTOS CUJOS FATOS GERADORES OCORRERAM ATÉ O DIA 27.04.2002 (CINCO ANOS ANTES DA NOTIFICAÇÃO DO PRESENTE LANÇAMENTO) (conforme item 1.2. supra);

32. NO MÉRITO:

3.2. CANCELAMENTO DOS LANÇAMENTOS FEITOS POR ARBITRAMENTO/AFERIÇÃO INDIRETA RELATIVOS AO LEVANTAMENTO "EXI - AT EXPERTISE SEM REL DE BENEF 515" POSTO QUE INEXISTEM PRESSUPOSTOS LEGAIS AUTORIZATIVOS DOS MESMOS (Conforme item 2.1 supra);

3.2.2.A INSUBSISTÊNCIA DOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA NFLD N 37.092.970-50 DEVIDO A INEXISTÊNCIA DOS FATOS GERADORES DAS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS E DEMAIS TRIBUTOS EXIGIDOS (conforme item 2.2 supra);

3.2.2.1.A INSUBSISTÊNCIA DOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA NFLD Af 37.092.970-50 DEVIDO À INOCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES RELATIVOS AO LEVANTAMENTO "EXI - NE EXPERTISE SEM REL DE BENEF 515" POSTO QUE OS CARTÕES EXPERT CARD REFERENTES ÀQUELAS NOTAS FISCAIS ERAM UTILIZADOS EM CAMPANHAS PUBLICITÁRIAS PARA BONIFICAR SEUS CLIENTES E NÃO ERAM UTILIZADOS PARA PAGAMENTO DE VERBAS AOS SEUS FUNCIONÁRIOS (conforme item 2.2.1 supra);

3.2.2.2.A INSUBSISTÊNCIA DOS LANÇAMENTOS EFETUADOS NA NELD N. 37.092.970-50 DEVIDO À INOCORRÊNCIA DOS FATOS GERADORES RELATIVOS AO LEVANTAMENTO "EX2 - NE EXPERTISE COM REL DE BENEF 507" E "EXP - INF EXPERTISE COM REL DE BENEF 515" POSTO QUE AQUELAS VERBAS PAGAS A TÍTULO DE BÔNUS (PRÊMIOS) ATRAVÉS DO EXPERT CARD AOS

FUNCIONÁRIOS DA AUTUADA NÃO INTEGRAM OS SALÁRIOS-DE-CONTRIBUIÇÃO DOS TRIBUTOS LANÇADOS NA PRESENTE NFLD, FACE AO DISPOSITIVO EXPRESSO NO § 9º Alínea "e" Bem 7 DO ART 28 DA LEI 8.212 DE 24 DE .1 DE 1991 (conforme item 212 e 2.2.2.1. supra)."

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.234 a 4ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de Campo Grande – MS - DRJ/CGE, em 03 de janeiro de 2008, exarou o Acórdão nº 04-12.731, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.255, onde reiterou as alegações que fizera em instancia “*ad quod*”

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls.282, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento

DA PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Por relevante, cumpre realçar que no Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal - TEAF, de fls.59, consta registrado no campo “INFORMAÇÕES COMPLEMENTARES” que a ação fiscal desenvolvida na empresa teve o objetivo de :

“ Auditoria Fiscal de Fato Gerador Específico, relacionada à remuneração paga a empregados através de cartões de premiação intermediados pelas Empresas Salles, Adan & Associados Marketing de Incentivos S/C Ltda e Expertise Comunicação Total S/C Ltda.”(grifo de minha autoria)

Então, na forma do destaque supra, é lícito inferir que o fisco tinha como adimplidas as demais obrigações exigíveis no período fiscalizado representado pelas competências Janeiro/1997 a Dezembro/2006. Assim, mesmo refratário a utilização do termo, traduzirei tal adimplência como “ pagamentos antecipados”. Em reforço a tal entendimento é compulsório notar que a Autoridade fiscal sequer requereu que fossem apresentadas guias de recolhimentos para o período auditado, vide Termo de Intimação para Apresentação de Documentos –TIAD de fls. 58 , bem como a relação de documentos analisados declarada no Termo de Encerramento da Auditoria Fiscal – TEAF de fls. 59.

Feita tal consideração vestibular, tomo como certo o entendimento de que ocorre a decadência com a extinção do direito pela inércia de seu titular, quando sua eficácia foi, de origem, subordinada à condição de seu exercício dentro de um prazo prefixado, e este se esgotou sem que esse exercício tivesse se verificado. Desse modo, em preliminar, cumpre observar hipótese decadencial face a edição da Súmula Vinculante nº 8 exarada pelo Supremo Tribunal Federal – STF e da Lei Complementar nº 128 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a”:

SÚMULA VINCULANTE DO STF Nº 8

“São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

A súmula nº 8 passou a produzir efeitos a partir de 20 de junho de 2008, conforme ata da vigésima segunda sessão plenária do STF, do dia 12.06.2008, cuja íntegra do debate foi publicado no Diário de Justiça do dia 11.09.2008.

Consolidando o sumulado, se observa a Lei complementar nº 128, de 19 de dezembro de 2008, artigo 13, I, “a”

“ Lei Complementar nº128, de 19 de dezembro de 2008

(...)

Art. 13. Ficam revogados:

I – a partir da data de publicação desta Lei Complementar:

a) os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991”

É relevante ressaltar que os recolhimentos das contribuições previdenciárias, antes da atual Guia da Previdência Social – GPS, eram efetuados mediante as denominadas Guias de Recolhimento da Previdência Social - GRPS, vigentes até a edição da Resolução Nº 657, de 17 de dezembro de 1998, que institui a atual GPS.

Naquelas guias denominadas GRPS, segregados em campos próprios, se informavam os pagamentos que estavam sendo recolhidos bem como a que título, se vinculados aos segurados, às empresas ou para terceiros.

Muito embora segregados, tais recolhimentos não representavam “dinheiro carimbado”, permitindo-se assim eventuais remanejamentos/retificações daquelas destinações, até porque os ingressos daqueles valores afluíam de um mesmo contribuinte para o mesmo cofre público.

Atualmente, na forma do leiaute das Guias da Previdência Social – GPS, a exceção da rubrica outras entidades, não se vislumbra, de imediato, tampouco de forma mais detida, de modo claro e efetivo, quais os fatos geradores ou quais rubricas estão sendo contemplados com tal pagamento. Eis porque a necessidade de ações e procedimentos fiscais, considerados os prazos decadenciais, para corroborar ou não, de forma expressa os auto-lançamentos e eventuais recolhimentos produzidos pelos contribuintes.

Refratário a classificar de pagamento antecipado os recolhimentos efetuados dentro dos prazos legais para vencimento, rechaço ainda mais conceber que, também, os pagamentos efetuados fora dos prazos, com multa e juros, porém realizados antes da ação fiscal, também distinguidos como tal. À meu juízo, trata-se de concepção teratológica.

A leitura atenta do artigo 150 do CTN, caput, evidencia que o que o legislador pretendeu exortando o **dever de antecipar o pagamento, antes da ação fiscal** foi conceituar a modalidade de lançamento, neste caso por homologação, **e não condicionar direitos para o reconhecimento de eventual reconhecimento decadência** :

*“Art. 150. **O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.***

Por tudo isso, entendo que qualquer possível “recolhimento antecipado”na forma difusa como é procedido atualmente, bem como no modo como o fora no passado, tem o condão de alcançar qualquer rubrica de modo integral ou parcial.

É de se reparar que para os tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o **dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa**, isto é

para aqueles sob lançamento por homologação, o legislador foi explícito preceituando que a decadência se observa na forma do artigo 150 § 4º :

“ Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação ”

De acordo registro às fls. 01, a empresa foi notificada em 27/04/2007. Assim, conforme o DISCRIMINATIVO SINTÉTICO DE DÉBITO - DSD de fls 17, considerando o período da ocorrência da infração definido pelas competências 06/2001 a 09/2007, e em obediência ao previsto no artigo 62-A quanto aos “PAGAMENTOS ANTECIPADOS”, sou de parecer que o crédito lançado referente à competência 03/02 e anteriores, encontra-se fulminado pelo instituto da decadência na forma do artigo 150, § 4º do CTN.

NO MÉRITO

Entendo relevante destacar resumidamente, com grifos de minha autoria, o descrito no Relatório Fiscal de fls. 61, que revela o motivo pelo qual a empresa foi autuada :

“1. Este relatório é parte integrante da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD de contribuições devidas à Seguridade Social e a Outras Entidades conveniadas denominadas de "Terceiros", cujos recolhimentos não foram comprovados pela empresa bem como não constam do banco de dados do Sistema de Informação de Arrecadação e Débito do INSS - DATAPREV.

2. Os valores consolidados nesta NFLD encontram-se relacionados no Discriminativo Analítico de Débito - DAD, em anexo, e referem-se aos seguintes levantamentos:

2.1. EXP – REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS POR MEIO DE CARTÃO DE PREMIACÃO (FPAS 515) - NÃO DECLARADOS EM GFIP:

O valor tributável foi apurado com base nos valores nominais das notas fiscais/fatura de serviços contendo relação de beneficiários do programa de premiação, emitidas pela Empresa Expertise Comunicação Total S/C Ltda - CNPJ 03.069.255/0001-07; apresentadas pelo sujeito passivo, os quais foram confrontados com os lançamentos contábeis do período de 11/2001 a 05/2002. Esses gastos foram registrados na contabilidade da Autuada na Conta 31430005 - Propaganda e Promoções de Vendas. A discriminação da base de cálculo por beneficiários consta do Anexo I desta NFLD, bem como do RL - Relatório de Lançamento.

(...)

3. Os valores apurados correspondem às contribuições previdenciárias relativas à parte Patronal, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de

incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho - GILRAT; **às Outras Entidades**:

SESC, SENAC, SEBRAE, INCRA e SAL. EDUCAÇÃO (FPAS 515 - Setores Administrativos) e SESI, SENAI, INCRA e SAL. EDUCAÇÃO (FPAS 507 - Setor de Oficina mecânica), e as devidas pelos segurados empregados.”

DOS MANDADOS DE PROCEDIMENTOS FISCAIS - MPF

A Recorrente alegou em sede de impugnação e reiterou em recurso que não existia o documento no sítio da internet recomendado para conferir a autenticidade do mandado de Procedimento Fiscal- MPF. Concluiu que tal fato seria motivo de anulação do lançamento.

A questão é singela e expressamente decidida sem delongas na medida em que superando eventual falha do sítio, muito comum nos acessos à internet, a assinatura do Sr. Darcy José dos Santos, Diretor- Presidente da empresa num dos documentos contestados, às fls 55 e 56, efetivamente confirma e legitima seu recebimento fazendo a alegação da defesa tangenciar os pressupostos da Litigância de má-fé conforme o comando dos artigos 14 e 17 da Lei n 5.869/73, *verbis* :

“ LEI 5.869/73(...)

Art. 14. São deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo (Redação dada pela Lei n 10.538, de 27.12.2001)

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - proceder com lealdade e boa-fé;

III - não formular pretensões, nem alegar defesa, cientes de que são destituídas de fundamento;

IV - não produzir provas, nem praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou defesa do direito.

(...)

*Art. 17. **Reputa-se litigante de má-fé aquele que:** (Redação dada pela Lei n 10.538, de 27.12.2001)*

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso; (Redação dada pela Lei n 6.771, de e 27.3.1980)

II - alterar a verdade dos fatos; (Redação dada pela Lei n 6.771, de e 27.3.1980) ”

Na sequência, a recorrente alega que:

“aquelas notas fiscais da Expertise Comunicação Total S/C Ltda utilizadas no levantamento "EX1" (anexo II, fls. 102 e 103) foram corretamente registradas na contabilidade da AUTUADA na Conta 31430005 - Propaganda e Promoções de Vendas posto que tratam-se e despesas com a emissão dos **CARTÕES EXPERT CARD** dados aos clientes que participaram das **promocões**”

Entretanto, admitindo ter efetuado pagamentos aos funcionários através do EXPERT CARD, às fls. 190 de sua peça de impugnação, declarou que :

“que o pagamento de bônus aos funcionários da AUTUADA não são Fatos Jurídicos Tributários”

Adiante asseverou que :

“As verbas pagas a título de bônus através do Expert Card aos funcionários conforme planilha de fls. 69/100 caracterizam-se como Prêmios dados pela AUTUADA aos seus funcionários, por um período definido de tempo, como retribuição pela eficiência e presteza na atuação individual das tarefas a eles submetidas, prêmios os quais não se confundem com os seus salários.”

A alegação acima se apresenta contraditória na medida em que a própria Recorrente, em sede de impugnação, às fls.190, reiterando em sede recursal, às fls. 268, colacionou a Declaração de fls. 211 onde a empresa EXPERTISE COMUNICAÇÃO TOTAL S/CcLTDA contratada para a prestação dos serviços em apreço declara que :

“i) Firmamos contrato com a GRAMARCA DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS LTDA, cujo o objeto é a prestação de serviços de gerenciamento, a elaboração e acompanhamento de campanhas promocionais com premiações através do nosso CARTÃO ELETRÔNICO intitulado EXPERT CARD

ii) Visando o incremento das vendas e uma maior abrangência mercadológica, realizamos diversas campanhas promocionais junto aos clientes da GRAMARCA DISTRIBUIDORA DE VEÍCULOS O LTDA, cujos BONUS e PREMIAÇÕES eram os atrativos para o sucesso das referidas campanhas.”

A leitura atenta da declaração trazida aos autos, **não previa pagamentos de prêmios , bônus ou qualquer outro incentivo aos empregadas** da contratante mais sim aos EVENTUAIS CLIENTES

Ainda sobre as alegações em sede de recurso também às fls. 268 supra a recorrente inova e afirma que :

*“O FISCO não comprovou a ocorrência dos Fatos Geradores das Contribuições Previdenciárias, **não demonstrando que houve remuneração paga aos empregados através dos cartões constantes nos levantamentos**, posto que o ônus de provar a ocorrência dos fatos geradores é do FISCO, não sendo admissível no presente caso a sua inversão, como de fato ocorreu.”*

Cumpre registrar que na forma do comando do artigo 17 do Decreto 70.235/72, considera-se não impugnada matéria não expressamente contestada. Entretanto, no gozo da prerrogativa do livre convencimento, aprecio a alegação **justo para demonstrar a incoerência da recorrente** na medida em que, alhures, admitiu ter efetuado pagamentos aos **funcionários** através do EXPERT CARD, conforme registros supra.

Desse modo, não dou provimento às alegações da Recorrente.

DA MULTA.

É compulsório observar que o artigo 144 do Código Tributário Nacional-CTN aduz que o lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada :

*“ Art. 144. O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada.*

Na hipótese de novos critérios de apuração ou de **novos processos de apuração** é que se aplica a previsão do § 1º deste artigo:

*“ § 1º Aplica-se ao lançamento a legislação que, posteriormente à ocorrência do fato gerador da obrigação, tenha **instituído novos critérios de apuração** ou processos de fiscalização, ampliado os poderes de investigação das autoridades administrativas, ou outorgado ao crédito maiores garantias ou privilégios ”*

O presente lançamento não está submetido à novos critérios de apuração. Assim, ainda que estivesse não implica inobservar o preceituado no caput do artigo 144 CTN:

*“ O lançamento **reporta-se à data da ocorrência do fato gerador** da obrigação e **rege-se pela lei então vigente**, ainda que posteriormente modificada ou revogada ”*

Na forma do registro de fls.51, no Relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD e Acréscimos Legais da Multa, o cálculo do valor teve por base os parâmetros estabelecidos pelo art. 35, I, II, II .

Entretanto o artigo supra foi alterado pela Lei 11.941/2009, estabelecendo não novos critérios de apuração mas determinando que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de **multa de mora** nos termos do **art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996**, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%:

*“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes **das contribuições sociais previstas** nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, **não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996** (Redação dada pela Lei 11.491, 2009) ” (grifos do relator)*

“ Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Lei nº 9.716, de 1998)”

MULTA MAIS BENÉFICA

O artigo 106 do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna.

Assim, impõe-se, portanto, o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 de modo que comparando o resultado com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 prevaleça a multa mais benéfica.

“ Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.”

CONCLUSÃO

Desse modo, por tudo que foi exposto, em **PRELIMINAR**, determino que se reconheça a **DECADÊNCIA** do crédito lançado para as competências anteriores a 03/2002, inclusive, com base nos critérios estabelecidos no Art.150, § 4º, CTN e, no **MÉRITO**, DAR **PROVIMENTO PARCIAL** promovendo o recálculo da multa de mora de acordo com a

redação do artigo 35 da Lei 8.212/91, dada pela Lei 11.941/2009, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fazendo prevalecer a multa mais benéfica para o contribuinte por ocasião do pagamento.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza