



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

Processo n° 18186.000142/2007-96
Recurso n° 111.111 Voluntário
Acórdão n° 2403-01.273 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de abril de 2012
Matéria OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente RENT POWER DO BRASIL REPRESENTAÇÕES LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/07/2003 a 31/12/2006

PREVIDENCIÁRIO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS DESCUMPRIDAS. MULTA. PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. MULTA MAIS BENÉFICA.

Na forma do artigo 17 do Decreto 70.235/72, “ considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei n 9.532, de 1997)”.

As obrigações acessórias descumpridas, sujeitam-se às multas previstas nos artigos 32 e 32-A da Lei n 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 32-A, se mais benéfico ao contribuinte, na forma da Lei 11.941/2009 que revogou em parte o art. 32 da Lei 8.212/1991 na forma da nova redação.

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 ao recurso para determinar o recálculo da multa, de acordo com o determinado no art. 32-A, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, prevalecendo o valor mais benéfico ao contribuinte.

Carlos Alberto Mees Stringari-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.

CÓPIA

Relatório

Em sede de impugnação, 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 Auto de Infração (AI) DEBCAD n.º 37.095.362-2 lavrado pela fiscalização, contra a empresa em epígrafe, por infração ao disposto no artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, na redação da Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, e no artigo 225, inciso IV e parágrafo 40 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, tendo em vista que, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração, ela elaborou e apresentou Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, nas competências 07/2003 a 10/2003, 12/2003 a 07/2004, 10/2004 a 02/2005, 04/2005, 05/2005, 07/2005 a 10/2006 e 12/2006, tendo deixado de declarar os valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, através de Contrato de Premiações, por meio da empresa SPIRIT MARKETING PROMOCIONAL LTDA. (CNPJ 04.182.848/0001-30), lançados na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) 37.048.856-3.*

O Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, por sua vez, informa que foi aplicada, no caso, multa correspondente a 100% (cem por cento) do valor devido relativo à contribuição não declarada, conforme artigo 32, parágrafo 5º da Lei n.º 8.212/91, na redação dada pela Lei n.º 9.528/97, e artigos 284, inciso II e 373 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, na redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 09/06/2003, com atualização pela Portaria MPS n.º 142, de 11/04/2007, observado o limite por competência, em função do número de segurados da empresa, previsto no artigo 32, parágrafo 40 da Lei n.º 8.212/91, totalizando o montante de R\$ 227.776,20 (duzentos e vinte e sete mil, setecentos e setenta e seis reais e vinte centavos).

O anexo “*Demonstrativo do Cálculo da Multa Aplicada*”, de fls. 07, indica o **valor da multa por competência**, e o Termo de Verificação de Antecedente de Infração, de fls. 07, informa que não constam Autos de Infração lavrados contra a empresa, em ações fiscais anteriores.

DA IMPUGNAÇÃO

Inconformada com a autuação, da qual foi cientificada em 27/04/2007 (fls. 01), a empresa apresentou, em 29/05/2007, **a impugnação de fls. 120 a 151, com documentos anexos as fls. 152 a 1.085 (Procuração; cópias da Quarta Alteração de**

Contrato Social, de 31/05/2006, de documentos de identificação do sócio Luiz Antonio de Moura Accioly, de email contendo o texto do Decreto n.º 6.103, de 30/04/2007, e de documento denominado "Condições gerais de prestação de serviços", assinado pela empresa SPIRIT INCENTIVO & FIDELIZAÇÃO LTDA., de 02/05/2003; planilhas denominadas "Pagamentos realizados em julho e agosto de 2003", "Pagamentos realizados em janeiro, fevereiro e março de 2004", "Pagamentos realizados em janeiro e fevereiro de 2005", "Pagamentos realizados em janeiro e fevereiro de 2006"; e, cópias de recibos e notas fiscais), sob PT 36630.005200/2007-64, na qual faz um breve relato dos fatos, e deduz as alegações a seguir sintetizadas e, posteriormente, em 19/11/2007, apresentou o requerimento de fls. 1.100, para vista dos autos e juntada do substabelecimento de fls. 1.101.

Dos fatos:

Afirma a impugnante que se trata de AI relacionado A NFLD 37.048.856-3, lavrado no dia 24 de abril de 2007, em que a fiscalização considerou que ela teria elaborado e apresentado GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

Do prazo para apresentação de defesa:

Sustenta, aqui, a empresa, a aplicação do prazo de 30 (trinta) dias para a apresentação de Defesa Administrativa, estipulado pelo Decreto 6.103/2007, ao caso concreto, (i) quer seja pelo que dispõe o CTN, (ii) quer seja por se tratar de norma processual, (iii) quer seja pela manifestação da Autarquia. Das contribuições sobre os valores pagos por meio do cartão de premiação:

Informa a impugnante que a atividade de representação comercial de produtos em geral é o seu principal foco de atuação.

Afirma que, para melhor desenvolver suas atividades e atender seus clientes, possui diversos empregados e contratados que viajam para todos os Estados do Brasil, e que as despesas por estes incorridas nestas viagens costumam ser por ela reembolsadas, mediante apresentação dos respectivos comprovantes de despesas.

Relata, ainda, que, objetivando o fomento de suas atividades, instituiu um programa de gratificações para os seus empregados que atingirem determinadas metas, ou seja, uma gratificação não eventual, que somente será devida em casos específicos.

E alega que foi buscando facilitar este sistema de reembolso de despesas realizadas por seus empregados e contratados nas viagens referidas, bem como o pagamento de eventuais gratificações, que firmou, em 02/05/2003, contrato de prestação de serviços com a empresa SPIRIT.

Segundo ela, por meio do referido contrato, transfere mensalmente A SPIRIT o valor resultante da soma das gratificações do mês, com os montantes a serem pagos como

reembolso de despesas, e como remuneração da SPIRIT, pela contraprestação dos serviços contratados.

Sustenta que os valores depositados no cartão de incentivo dos empregados não possuem natureza salarial, sendo inviável sua inclusão na base de cálculo das contribuições previdenciárias, e conclui pela total improcedência da NFLD em causa.

Informa que foram analisados, pela fiscalização, somente simples lançamentos contábeis, notas fiscais de serviços da SPIRIT, e planilha contendo os valores transferidos pela SPIRIT aos seus empregados, e que, com base apenas nestas provas documentais, sem ter ouvido nenhum representante seu, com vistas a se obter melhores esclarecimentos, a Autoridade Fiscal supôs que tais valores teriam natureza salarial. E afirma que, se a fiscalização tivesse feito um trabalho mais minucioso na investigação dos fatos, referida suposição não teria ocorrido, entendendo que, por um lapso desta, não foi encontrada a verdade material, no que tange a natureza dos valores pagos a SPIRIT e repassados aos seus empregados.

Relata que o fato gerador da contribuição previdenciária, a teor do artigo 195 da Constituição Federal e do artigo 22 da Lei n.º 8.212/91, é o pagamento de qualquer rendimento pelo empregador ao trabalhador, com ou sem vínculo de emprego, em razão da contraprestação de trabalho/serviços ao empregador. E transcreve jurisprudência no sentido do afastamento do caráter salarial da parcela paga pelo empregador ao empregado, quando se verifica a ausência de prestação de serviços, que, segundo ela, é o que se nota nos valores pagos a título de reembolso de despesas e gratificação eventual. Quanto as verbas pagas a título de reembolso de despesas, afirma a impugnante:

- **que o reembolso de despesa não constitui remuneração por trabalho/serviço prestado, sendo uma mera devolução de valores que já pertenciam ao empregado e que este utilizou quando da realização de determinado serviço;**

- **que a exigência de contribuições previdenciárias sobre referidas verbas não está prevista na Constituição, em nenhuma Lei Complementar e nem mesmo na Lei n.º 8.212/91;**

- *que deve ser afastada a incidência das contribuições aqui exigidas sobre tais verbas, uma vez que não há previsão legal para sua exigência, restando impossível a subsunção do fato a norma, que estas possuem natureza de ressarcimento, não representando nenhum acréscimo patrimonial ao empregado, e não sendo estas decorrentes da efetiva prestação de serviços.*

Com relação as verbas pagas a título de gratificação, afirma a empresa:

- **que o requisito exigido para o enquadramento da gratificação como verba salarial é a sua habitualidade, independentemente**

da intenção do empregador no momento de origem de sua instituição, nos termos do artigo 457, parágrafo 10 da CLT;

- que os pagamentos das gratificações não foram feitos de forma habitual e variam de acordo com o mês, haja vista que as faixas de gratificações guardam relação com a produtividade do empregado;

- que não deve ser considerado na base de cálculo da contribuição previdenciária o valor pago aos empregados a título de gratificações eventuais, não habituais, uma vez que estas não integram o conceito de remuneração/salário.

Visando demonstrar a verdadeira natureza das verbas pagas por meio dos cartões de premiação, traz aos autos, a título exemplificativo, tabelas e documentação relativas aos seguintes períodos: (i) julho e agosto de 2003; (ii) janeiro, fevereiro e março de 2004; (iii) janeiro e fevereiro de 2005; e (iv) janeiro e fevereiro de 2006.

Da obrigação acessória:

De acordo com a impugnante, se a presente autuação consiste numa obrigação acessória àquela principal, cuja inexistência foi comprovada por ela em sua defesa à NFLD, resta demonstrada a impossibilidade de exigência de obrigação acessória, conforme determinação do preceito legal de que o acessório segue a condição jurídica do principal.

Salienta o efeito jurídico de que a extinção da obrigação principal implica o desaparecimento da acessória, afirmando que, tendo sido oportunamente demonstrado por ela a inexistência de obrigação principal, resta também demonstrada a impossibilidade jurídica do presente AI. Da perícia:

Solicita, então, ante a complexidade da matéria e do grande volume de documentos a serem analisados, que seja realizada perícia contábil sobre a sua documentação, de forma a precisar quanto dos valores foram pagos a título de reembolso de despesas e de gratificações, bem como a habitualidade desta última, buscando demonstrar que os valores pagos por ela, por meio dos cartões "Spirit Card" não têm natureza salarial e não estão sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias, e indica como seu assistente técnico o Sr. Júlio Ricardo Magalhães, contador, com escritório na Avenida Faria Lima, 1826 - conj. 606, São Paulo, SP.

E apresenta os seguintes quesitos a serem respondidos pela perícia:

1) Qual o valor total pago pela Impugnante aos empregados por meio do cartão de incentivo "Spirit Card"?

2) Qual o valor pago a título de reembolso de despesas? Existe demonstração por documentos que tais valores correspondem a verbas de reembolso?

3) Qual o valor pago a título de gratificações não eventuais?

Estes valores eram fixos? 24/08/2001

4) Relativo a este último - gratificações não eventuais, é possível se auferir se estas atendiam a determinada periodicidade, ou seja, se os empregados da Impugnante as recebiam de tempos em tempos?

Em caso positivo, demonstrar."

Dos pedidos:

Ante o exposto, requer a empresa que se julgue improcedente o AI, uma vez comprovado que os valores depositados nos cartões dos empregados correspondem, em grande maioria, a reembolso de despesas e, em uma pequena parte, a gratificações pagas eventualmente aos empregados e contratados por ela, evidenciando o caráter não remuneratório das referidas verbas e, por consequência, a impossibilidade de incidência de contribuição social sobre elas, restando afastada também, por consequência, a exigência de multa e encargos pelo não pagamento das mesmas.

E, requer, ainda, a impugnante: que o presente AI seja julgado em conjunto com a NFLD 37.048.856-3 e com os Autos de Infração lavrados nesta mesma ação fiscal, uma vez que o assunto é conexo; provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial a juntada de novos documentos que se fizerem necessários, no prazo de 30 dias, a realização de perícia contábil e vistoria documental; e, que todas as intimações oficiais sejam realizadas pessoalmente e dirigidas à sua sede, no endereço constante em seus atos societários.

DO REQUERIMENTO DE PERÍCIA

Em 05/07/2007, a empresa apresenta, sob PT 35464.003225/2007-20, o requerimento de fls. 1.090 a 1.091, no qual reitera seu pedido de realização de perícia contábil, de forma a precisar quanto dos valores teriam sido pagos a título de reembolso de despesas e gratificações, bem como a habitualidade desta última.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

Considerando as alegações da empresa, a juntada de documentos e a necessidade de alguns esclarecimentos, **os autos foram baixados em diligência** à fiscalização, conforme despacho de fls. 1.096 a 1.099. **Como resultado da diligência, a Fiscal Autuante emitiu a Informação fiscal de fls. 1.120 a 1.124 (Termo de Encerramento de Diligência), na qual relata:**

- que a empresa solicitou perícia contábil, para verificação de documentos do período, alegando ter um volume grande de documentos a serem analisados;
- que o sujeito passivo foi intimado a apresentar os documentos relacionados através de TIAF-Termo de Início da Ação Fiscal em 05/05/2008 (fls. 1.104/1.105);

- *que a empresa apresentou um requerimento (fls. 1.114/1.115), solicitando a dilação do prazo para a apresentação da documentação solicitada em 90 dias;*

- **que, pela análise da documentação anexada ao processo, se concluiu pela não necessidade de verificação de outros elementos, sendo que os documentos juntados, por si só, seriam suficientes para demonstrar que os valores pagos através dos cartões não constituiriam reembolso;**

- *que, conforme contrato de prestação de serviço entre a autuada e a SPIRIT, tem-se que constitui o objeto deste contrato a prestação de serviços para a condução de programa de marketing de incentivo, para a premiação dos funcionários, prepostos ou parceiros comerciais indicados pela empresa;*

- **que os contribuintes individuais receberam, conforme os documentos fornecidos pela empresa, apenas a remuneração paga através do cartão de premiação, não constando pagamento de outros valores em folha de pagamento ou GFIP - Guia de Pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações a Previdência Social;**

- **que, pela análise dos documentos anexados, se concluiu que os mesmos não podem ser considerados pelos motivos a seguir expostos:**

*grande parte das notas fiscais (NF) apresentadas **foram emitidas com data posterior à data do crédito através do cartão de premiação,** impossibilitando a condição de reembolso, sendo enumerados alguns exemplos;*

foram apresentados comprovantes de despesa com o nome diferente da pessoa que recebeu a remuneração através do cartão, sendo citados alguns exemplos;

a soma dos valores das NF e recibos apresentados não coincidem com os valores creditados através do cartão de premiação, conforme demonstra a planilha apresentada pela empresa em sua impugnação;

a empresa anexou NF de diversos pagamentos alheios a relação de trabalho, que não seriam passíveis de reembolso sendo dados alguns exemplos; e) foram apresentadas diversas NF de despesas emitidas em nome da empresa, com a alegação de que seriam de reembolso a empregados e contribuintes individuais; e,

vários empregados receberam o mesmo valor por diversos meses, portanto com indícios de que os valores referem-se a gratificações e não a reembolso, sendo fornecidos alguns exemplos;

- **que se concluiu por desconsiderar os documentos anexados em sua totalidade, mantendo o débito em sua totalidade.**

E o resultado da diligência fiscal foi comunicado A empresa, por via postal, em 08/12/2008 (fls. 1.125), tendo sido aberto o prazo

de 10 (dez) dias, a contar da ciência deste, para a sua manifestação, nos termos do artigo 44 da Lei n.º 9.784/99.

DA MANIFESTAÇÃO DA EMPRESA

A empresa apresentou, então, em 22/12/2008, a manifestação de fls. 1.130 a 1.143, afirmando ter sido intimado do Termo de Encerramento de Diligência em 17/12/2008, e deduzindo as alegações a seguir sintetizadas.

Do cerceamento do direito de defesa:

Informa a empresa que, ante a complexidade da matéria e do grande volume de documentos que deveriam ser analisados, **requereu fosse realizada Perícia Contábil** sobre a sua documentação, de forma a precisar quanto dos valores teriam sido pagos a título de reembolso de despesas e de gratificações, bem como a habitualidade desta última. Alega que tem o direito de requerer e produzir a prova que entender necessária para contrariar a pretensão fazendária.

Relata que, após análise dos documentos apresentados quando da impugnação, a auditora fiscal equivocadamente teria decidido "pela não necessidade de verificação de outros elementos", uma vez que "os documentos juntados, por si só, são suficientes para demonstrar que os valores pagos através do cartão não constituem valores pagos de reembolso".

Sustenta, no entanto, que tal conclusão não merece prevalecer, afirmando que, além de tal entendimento estar completamente equivocado, posto que os documentos se referem efetivamente a reembolso de despesas, face ao grande volume de documentos, as poucas notas mencionadas pela fiscalização não poderiam nem teriam o condão de afastar a necessidade de tão importante prova.

Para ela, cumpria à fiscalização analisar a documentação relativa a todo o período (a qual se encontra em sua sede), de modo a apurar qual a efetiva base de cálculo, e no caso de afastar a necessidade de perícia, demonstrar fundamentadamente os motivos para tanto.

Segundo a impugnante, a fiscalização teria apontado valores que nunca poderiam ser enquadrados como reembolso de despesas, por simples e genérica negativa, sendo que deveria, então, definir o que ela considera "reembolso de despesas".

Afirma que nada disso foi feito, acarretando em verdadeira supressão às garantias constitucionais A ampla defesa e ao devido processo legal, maculando o presente processo administrativo, tornando-o nulo.

Entende, no caso, que a diligência deveria ser declarada nula e cerceadora do seu direito de defesa, procedendo-se, deste modo, à realização de perícia sobre os documentos indicados, os quais

se encontram na sede desta A disposição da fiscalização. Dos valores depositados no cartão SPIRIT:

Segundo a empresa, os valores creditados nos cartões SPIRIT corresponderiam simplesmente a reembolsos de despesas e a pagamento de gratificações eventuais, havendo que se concluir pela impossibilidade de incidência de contribuição social, posto que tais verbas não possuiriam natureza salarial, não configurando remuneração do portador do cartão, nem contraprestação do trabalho por ele realizado.

Transcreve o artigo 195 da Constituição Federal, o artigo 22 da Lei n.º 8.212/91 e o artigo 457 da Consolidação das Leis do Trabalho, e afirma que o fato gerador da contribuição previdenciária, a teor dos referidos dispositivos, seria o pagamento de qualquer rendimento pelo empregador ao trabalhador, com ou sem vínculo de emprego, em razão da contraprestação de trabalho/serviços ao empregador, o que não ocorreria nos valores pagos a título de reembolso de despesas e gratificação eventual.

Quanto as verbas pagas a título de reembolso de despesas, afirma a impugnante

- que o reembolso de despesa não constitui remuneração por trabalho/serviço prestado, sendo uma mera devolução de valores que já pertenciam ao empregado e que este utilizou quando da realização de determinado serviço;*
- que o reembolso de despesa não é uma das hipóteses previstas, na Constituição Federal e na Lei n.º 8.212/91, como passíveis de tributação por contribuições previdenciárias;*
- que deve ser afastada a incidência das contribuições aqui exigidas sobre tais verbas, uma vez que estas possuem natureza de ressarcimento, não representando nenhum acréscimo patrimonial ao empregado, e não sendo estas decorrentes da efetiva prestação de serviços.*

Com relação as verbas pagas a título de gratificação, afirma a empresa:

- que o requisito exigido para o enquadramento da gratificação como verba salarial é a sua habitualidade, nos termos do artigo 457, parágrafo 1º da CLT;*
- que os pagamentos das gratificações não foram feitos de forma habitual e variam de acordo com o mês, haja vista que as faixas de gratificações guardam relação com a produtividade do empregado;*
- que não deve ser considerado na base de cálculo da contribuição previdenciária o valor pago aos empregados a título de gratificações eventuais, não habituais, uma vez que estas não integram o conceito de remuneração/salário.*

Dos pedidos:

*Requer, então, a empresa: a) **que seja determinada a realização de nova diligência, devendo ser efetivamente realizada perícia***

***contábil**, a fim de se apurar qual a natureza dos pagamentos efetuados; b) que, caso a perícia conclua que parte dos pagamentos realizados por ela possuíam natureza salarial, o que se admite apenas para argumentar seja determinada a análise de todos os comprovantes disponibilizados por ela em sua sede, a fim de se apurar a base de cálculo das contribuições exigidas; c) que sejam julgados improcedentes a NFLD e os Autos de Infração (AI's) lavrados, tendo sido comprovado que os valores depositados nos cartões dos empregados correspondem em grande maioria a reembolso de despesas e, em uma pequena parte, a gratificações pagas eventualmente, o que comprovaria o caráter não remuneratório das referidas verbas e, por consequência, a impossibilidade de incidência de contribuição social sobre elas; e, d) que a NFLD seja julgada em conjunto com os AI's n.º 37.048.855-5, 37.048.857-1, 37.048.858-0 e 37.095.362-2, sendo o assunto conexo.*

É o relatório.”

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

Após analisar aos argumentos da impugnante, na forma do registro de fls.1155, a16ª Turma da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil de São Paulo – SP - DRJ/SPO I, em 25 de agosto de 2009, exarou o Acórdão nº 16-22.598, mantendo procedente o lançamento.

DO RECURSO

Irresignada, a Recorrente interpôs Recurso Voluntário de fls.1179, onde reiterou as alegações que fizera em instância “*ad quod*”

Voto

Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme registro de fls. 1205, o recurso é tempestivo. Aduz que reúne os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento

DO MÉRITO

De plano cumpre reiterar que a motivação do Auto de Infração em apreço foi o fato de a empresa ter **infringido ao disposto no artigo 32, inciso IV, parágrafo 5º da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991**, na redação da Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, e no artigo 225, inciso IV e parágrafo 4º do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, tendo em vista que, de acordo com o Relatório Fiscal da Infração, ela elaborou e apresentou Guia de Recolhimento do FGTS e Informações a Previdência Social **(GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, nas competências 07/2003 a 10/2003, 12/2003 a 07/2004, 10/2004 a 02/2005, 04/2005, 05/2005, 07/2005 a 10/2006 e 12/2006**, tendo deixado de declarar os valores pagos a segurados empregados e contribuintes individuais, através de Contrato de Premiações, por meio da empresa SPIRIT MARKETING PROMOCIONAL LTDA. (CNPJ 04.182.848/0001-30), lançados na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) 37.048.856-3.

A Recorrente trouxe à colação argumentação caudalosa e diversa entretanto concernente às obrigações principais. Não afirmou mas infere-se que agindo assim pretendeu demonstrar que se conseguir provar que não havendo incidência sobre o principal não caberia adimplir obrigação acessória. Procedendo desse modo, sem expressamente impugnar a autuação, acabou por incorrer em erro de estratégia tendo em vista a previsão do artigo 17 do Decreto 70.235/72, *in verbis*:

“Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. (Redação dada pela Lei n 9.532, de 1997)”

É relevante notar que na parte final do Recurso Voluntário, a empresa expõe a síntese de seus argumentos consolidando o pedido nestes termos:

“O PEDI DO

Ante o exposto, é a presente para requerer seja provido o presente recurso para o fim que declarar nulo o lançamento fiscal com a baixa da dívida dos cadastros da Secretaria, da Receita Federal do Brasil, **tendo em vista que foi comprovado que os valores depositados nos cartões dos empregados correspondem em grande maioria a reembolso de despesas** e, em uma pequena parte, a gratificações pagas eventualmente aos empregados e contratados pela Recorrente, o que comprova o caráter não remuneratório das referidas verbas e, por consequência, a impossibilidade de incidência de contribuição social sobre elas.”

Isto destacado, é de se reparar que a Recorrente baseia sua argumentação na afirmativa de que a maioria dos valores depositados nos cartões dos empregados correspondem a reembolso de despesas.

No contrato de fls. 103 o objeto da prestação de serviços contratados pela Recorrente não deixa margem para que os argumentos recursais tenham procedência:

“ *OBJETO*

*Constitui o objeto do presente contrato a prestação de serviços para a condução de programa de **marketing de incentivo pela SPIRIT**, os “Serviços”, para a **premiação dos funcionários**, prepostos ou parceiros comerciais **indicados** pela EMPRESA, doravante os “Beneficiários”, de acordo com os critérios por ela estabelecidos, utilizando para a premiação o SPIRIT CARD, desenvolvido pela SPIRIT.”*

À luz dos termos e comissões pactuados no contrato de fls. 103, tenho entendimento de que não é crível que uma empresa estabeleça sofisticada e onerosa estrutura logística, constituída de cartões fornecidos por poderosa rede bancária **apenas para reembolsar** seus empregados das despesas ordinárias por eles efetuadas.

Tudo isto composto, nego provimento às alegações da recorrente.

DA MULTA

De acordo com o Relatório Fiscal de Aplicação da Multa, fls 05, obedecendo aos preceitos legais vigentes, o valor da multa foi apurado na forma do artigo 284, inciso II e art. 373 do RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048/99 e art. 32, § 5º da Lei n. 8.212/91, a multa corresponde a 100% do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada, por competência, em razão do número de segurados da empresa, de acordo com os valores constantes na tabela prevista no art. 32, IV, paragrafo 4 da Lei 8.212/91.

DA MULTA MAIS BENÉFICA

O auto de infração em apreço, foi lavrado por ofensa a legislação vigente preceituada no § 5º, artigo 32 da Lei 8.212, inciso IV:

“ *Lei 8.212, inciso IV, § 5º*

(...)

IV – declarar à Secretaria da Receita Federal do Brasil e ao Conselho Curador do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS, na forma, prazo e condições estabelecidos por esses órgãos, dados relacionados a fatos geradores, base de cálculo e valores devidos da contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS ou do Conselho Curador do FGTS; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

(...)

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97). ”

Ocorre que o § 5º **foi revogado** conforme redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009 e o novo comando se expressa na forma do § 9º da Lei nº 11.941, de 2009 :

“A empresa deverá apresentar o documento a que se refere o inciso IV do caput deste artigo ainda que não ocorram fatos geradores de contribuição previdenciária, aplicando-se, quando couber, a penalidade prevista no art. 32-A desta Lei.”

(...)

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei 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:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

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.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

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.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

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.”

DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA

O artigo 106 do Código Tributário Nacional - 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.

Visto deste prisma, impõe-se o recálculo da multa com base no artigo 32-A da Lei nº 11.941/ 2009 em razão do novo comando expressado na forma do § 9º da Lei nº 11.941/2009 para compará-lo com o valor da multa aplicada com base na redação anterior do artigo 32 da Lei 8.212/91 para determinação e prevalência da 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.**”*

Desse modo, pelo exposto, é pertinente o recálculo da multa.

CONCLUSÃO

Em razão de tudo que foi exposto, conheço do Recurso para NO MÉRITO DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL determinando o recálculo da multa na forma do comando do artigo 32-A por ocasião do pagamento.

É como voto.

Ivacir Júlio de Souza