



| | |
|--------------------|---|
| Processo nº | 36266.003992/2007-38 |
| Recurso | Voluntário |
| Acórdão nº | 2402-010.509 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária |
| Sessão de | 06 de outubro de 2021 |
| Recorrente | SERAC DO BRASIL INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA |
| Interessado | FAZENDA NACIONAL |

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2001 a 31/12/2006

DECADÊNCIA. DECISÃO DO STJ. EFEITO REPETITIVO. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO. No caso de lançamento por homologação, quando o pagamento antecipado é efetuado, a aferição da decadência tem como base o artigo 150, § 4º, do CTN, conforme decisão do STJ com efeito repetitivo.

DECADÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DE PAGAMENTO ANTECIPADO. Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração (Súmula CARF nº 99).

NÃO APRESENTAÇÃO DE NOVAS RAZÕES DE DEFESA PERANTE A SEGUNDA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA. CONFIRMAÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor. § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 - RICARF.

NULIDADE DO LANÇAMENTO. NÃO OCORRÊNCIA.

Improcedente a arguição de nulidade quando a Notificação de Lançamento contém os requisitos contidos no art. 11 do Decreto nº 70.235/72 e ausentes as hipóteses do art. 59, do mesmo Decreto.

AFERIÇÃO INDIRETA. POSSIBILIDADE.

Com a recusa ou apresentação deficiente de documentos a fiscalização promoverá o lançamento de ofício por arbitramento, inscrevendo as importâncias que reputar devidas.

**ALEGAÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE.
INCOMPETÊNCIA DO CARF.**

É vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de inconstitucionalidade. O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro do seu âmbito revisional da decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em parâmetro com a legislação vigente, não havendo permissão para declarar ilegalidade de Lei, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade e de legalidade das leis.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

DA MULTA E DOS JUROS DE MORA (TAXA SELIC)

Apurado imposto suplementar em procedimento de fiscalização, cabe exigi-lo juntamente com a multa e os juros aplicados aos demais tributos. Por expressa previsão legal, os juros de mora equivalem à Taxa SELIC.

INTIMAÇÃO ENDEREÇADA AO ADVOGADO. SÚMULA CARF 110.

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher parcialmente a prejudicial de decadência, cancelando-se lançamento fiscal em relação às competências até 03/2002, inclusive, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Marcelo Rocha Paura (suplente convocado), Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão da 8^a Turma da DRJ/SPOII, consubstanciada no Acórdão n.º 17-21.755 (fl. 1.844), que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do r. do recorrido *decisum*, tem-se que:

Do Lançamento

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, no valor consolidado em 09/04/2007 de R\$ 206.094,43 (duzentos e seis mil, noventa e quatro reais e quarenta e três centavos) lavrada contra a empresa acima identificada para a cobrança de valores da contribuição da empresa devidos à Previdência Social e não repassadas em época própria.

De acordo com o relatório fiscal de fls. 37/39, constitui fato gerador das contribuições a premiação paga a segurados contribuintes individuais por meio de cartão magnético contratado junto a empresas de marketing promocional.

Segundo consta, a empresa criou um programa denominado Programa de Adesão à Manutenção Preventiva para incremento de venda de produtos e serviços; a adesão ao programa pelos funcionários dos clientes, responsáveis pela manutenção de máquinas, era incentivada com premiação proporcional ao serviço de manutenção contratado e eram pagas por meio dos cartões.

A autoridade administrativa informa que a notificada deixou de apresentar a relação nominal dos beneficiários da premiação alegando que os cartões não eram nominados e que os segurados eram funcionários das empresas dos clientes.

Os segurados foram enquadrados na categoria de Contribuintes Individuais em relação à notificada. O valor tributável foi apurado por aferição, mediante arbitramento de folha de pagamento com base nas notas fiscais emitidas pela empresa Incentive House S/A e Expertise Comunicação Total S/C Ltda, identificadas nos autos, sendo aplicada a alíquota de 11%, sobre os valores pagos nas referidas notas fiscais que foram confrontadas com os lançamentos contábeis no período de 04/2003 a 12/2006.

Ainda segundo o relatório fiscal, não houve informação do fato gerador em Guia de Recolhimento de FGTS e Informações à Previdência Social, o que ensejou a lavratura do AI 37.080.024-9, além de Representação Fiscal para Fins Penaís.

Informa ainda a lavratura da NFLD 37.080.021-4 para cobrança das contribuições dos segurados a partir da competência 04/2003; a lavratura de Auto de Infração 37.080.022-2 relativo à não apresentação da relação dos beneficiários dos cartões de premiação; Auto de Infração 37.080.023-0 por não ter elaborado folha de pagamento para estes contribuintes individuais.

Da impugnação

Inconformada, a empresa apresentou impugnação, juntando documentos, em que após resumir os fatos, sustenta preliminarmente a decadência das competências entre 02/2001 a 05/2002.

Prossegue seu arrazoado arguindo nulidade formal da NFLD mediante a alegação de que a fiscalização foi realizada exclusivamente na impugnante de forma que não foram intimadas para esclarecimentos e apresentação de documentos as empresas de marketing promocional contratadas nem as empresas clientes. Nesse contexto, afirma que foi lavrada a NFLD sem participação e fiscalização dos eventuais contribuintes da contribuição social.

Aduz que não poderia ser feito exclusivamente por arbitramento e aferição indireta, neste capítulo, focaliza o procedimento adotado e defende que não houve recusa de documento próprio mas que deixou de apresentar documento de terceiros.

Diante dessas alegações, pugna pela nulidade formal das NFLD sob argumento de que os prestadores de serviços e clientes não foram notificados nem incluídos nos procedimentos.

Suscita ilegitimidade passiva do impugnante sob o argumento de que os pagamentos não foram efetuados a empregados da defendantem mas a segurados empregados de empresas clientes desta, nesse contexto, alega inexistência do fato gerador e que a NFLD é nula pois esta situação foi reconhecida pelo fiscal.

Alega ainda que o Auditor Fiscal não possui competência legal para desconsiderar os contratos de marketing firmados e nem considerar os pagamentos como pagamento de segurados de clientes e sustenta que a Constituição Federal atribui tal competência à Justiça do Trabalho, nesse contexto, o Executivo ao estabelecer esta atribuição no § 2º do artigo 229 do Decreto 3.048/99 teria extrapolado os limites da competência.

Nesse diapasão, sustenta que a Lei Complementar 104/2001 ao introduzir o parágrafo único no artigo 116 do CTN, cujo texto transcreve, estabelece uma norma não autoaplicável que reclama procedimentos a serem estabelecidos em Lei Ordinária, não obstante afirma que padece de vício de inconstitucionalidade que está sendo apreciada no STF.

Em longo arrazoado, prossegue na defesa desta tese reproduzindo artigo de figuras conhecidas no meio jurídico com considerações acerca da Emenda 3 do Senado Federal ao projeto de Lei 6272/05 que criaria a Receita Federal do Brasil.

Suscita erro de metodologia do lançamento quanto ao arbitramento da NFLD justificando que teria tomado por base 100% do valor das notas fiscais sem considerar a remuneração das empresas prestadoras pelo serviço de marketing.

Alega ainda que o fisco não teria comprovado inadimplência da impugnante e que também não diligenciou nas duas empresas prestadoras ou nos clientes responsáveis pelos segurados, assim, a lavratura da NFLD teria se baseado em mera presunção.

Afirma que a NFLD foi lavrada por suposto pagamento a segurados vinculados a clientes da impugnante e que não foi constatada falta de recolhimento integral das contribuições sociais devidas ao INSS pela notificada em função do pagamento a seus funcionários, e que não há provas de má-fé por parte da impugnante. Destaca adiante que cumpriu fielmente suas obrigações tributárias e junta cópias dos documentos que retratam sua folha de pagamento, assim afirma que o crédito tributário está extinto.

Em relação à multa sustenta ser inaplicável tendo em vista alegada inexistência do crédito tributário.

Alega ainda que não pode ser responsável pela suposta falta de recolhimento de contribuições devidas por seus clientes e que a multa punitiva é intransferível. Nesse contexto, acrescenta que mesmo na hipótese de ser mantida a cobrança do principal, a multa fiscal deverá ser excluída.

Quanto aos juros, mediante longo arrazoado em tese de inconstitucionalidade, aponta que a aplicação da Taxa Selic representa majoração indevida e enseja a nulidade da NFLD e acrescenta que os Tribunais Administrativos devem deixar de aplicar normas ilegais e inconstitucionais.

Concluindo suas alegações, relaciona os documentos juntados e pretende que a fiscalização apresente de forma discriminada os valores que não teriam sido recolhidos pelos seus clientes.

Finaliza com pedido de provimento à impugnação para cancelar a NFLD, senão, pela exclusão dos valores recolhidos pelos seus clientes atualizados pelos mesmos índices desta Notificação. Requer ainda que sejam também intimados os advogados que subscrevem a petição.

A DRJ, por meio do susodito Acórdão nº 17-21.755 (fl. 1.844), julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo, conforme ementa abaixo reproduzida:

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006.

NFLD 37.080.025-7 de 09/04/2007.

DECADÊNCIA.

O prazo decadencial de 10 anos para a constituição do crédito previdenciário decorre de norma hígida. A Lei Complementar estabelece diretrizes e normas gerais, cabendo ao ente tributante a edição de normas específicas.

AFERIÇÃO.

A empresa é obrigada a prestar todos os esclarecimentos necessários à fiscalização, havendo recusa ou sonegação de informações, sem prejuízo da penalidade cabível, a autoridade administrativa poderá inscrever de ofício a importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário.

PRÊMIOS.

Os valores creditados aos segurados, a título de prêmios de incentivo ao incremento da produtividade, constituem base de cálculo de contribuição previdenciária.

ELISÃO.

O pagamento de prêmio por meio de empresa interposta não elide a obrigação tributária nem afasta a vinculação do sujeito passivo com o fato gerador.

ACRÉSCIMOS LEGAIS.

Apurada falta ou insuficiência de recolhimentos de contribuições devidas à Seguridade Social é efetuada cobrança com os encargos legais correspondentes, nos termos da legislação tributária de regência.

LEGALIDADE.

É vedado à administração afastar a aplicação de norma cuja constitucionalidade não tenha sido declarada em decisão do STF e cuja eficácia não tenha sido suspensa por Resolução do Senado Federal.

Lançamento Procedente em Parte

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte apresentou o competente recurso voluntário (fl. 1.863), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

(i) a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em relação às competências de 02/2001 até 05/2002, inclusive, em face do lustro decadencial;

(ii) nulidade do lançamento por falta de subsunção dos fatos às normas veiculadas na NFLD (indevido lançamento com base em arbitramento / aferição indireta);

(iii) existência de vício formal da NFLD por ausência de fiscalização dos prestadores de serviços e clientes da Recorrente;

(iv) ilegitimidade da Recorrente para figurar no polo passivo da obrigação tributária;

(v) inexistência do fato gerador da obrigação tributária;

(vi) incompetência da autoridade fiscal para considerar os pagamentos dos contratos de prestação de serviços como salário ou pagamento de segurados de clientes;

(vii) nulidade da NFLD em face da precariedade de provas e da indevida autuação com base em presunções;

(viii) nulidade da NFLD em face da dúvida quanto ao ilícito imputado à Recorrente e sua boa-fé;

(ix) nulidade da NFLD em face do pagamento integral das contribuições sociais devidas pela Recorrente;

(x) uma vez considerada a improcedência do lançamento, impõe-se, por conseguinte, o afastamento da respectiva multa de ofício;

(xi) impossibilidade de transferência da multa punitiva para terceiro que não tenha responsabilidade pela conduta tipificada;

(xii) indevida aplicação da Taxa SELIC;

(xiii) possibilidade de os tribunais administrativos deixarem de aplicar norma ilegal e/ou inconstitucional, independentemente de o STF já ter se manifestado sobre essa inconstitucionalidade.

Por fim, protestou a Recorrente pela realização de sustentação oral e pelo endereçamento de todas as notificações tanto para si, quanto para seu advogado, subscritor do recurso voluntário.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fl. 2) com vistas à exigência de contribuição previdenciária correspondente à parte da empresa, incidente sobre a remuneração paga a segurados contribuintes individuais, não declaradas em GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) e não recolhidas, relativas a competências de 02/2001 a 12/2006.

De acordo com a Fiscalização, os fatos geradores das contribuições previdenciárias, que fazem parte deste processo, tiveram origem pagamento de prêmios por intermédio de cartões fornecidos por empresas especializadas.

De fato, assim descreve a Fiscalização a ocorrência do fato gerador:

Constituem fatos geradores do tributo ora lançado, os valores pagos a segurados empregados de empresas clientes da Serac, por meio de cartão de premiação.

Nesse sentido, com vista a incrementar a venda de produtos e de serviços, a Serac criou um programa denominado “Programa de Adesão à Manutenção Preventiva” através do qual disponibilizava cartões de premiação aos funcionários responsáveis pela área de manutenção de máquinas em seus clientes, sendo o valor disponibilizado proporcional ao serviço de manutenção contratado com a Serac.

De fevereiro/2001 a setembro/2003 e em maio/2004, disponibilizou cartões Flexcard, obtidos através da Incentive House, enquanto que de outubro/2003 a dezembro/2006 disponibilizou cartões Expert Card obtidos através da Expertise. Segundo informado pela empresa, os cartões não eram nominados e o beneficiário sacava o numerário em caixas eletrônicos ou em alguns casos recebia o valor após o mesmo ter sido sacado.

O valor tributável foi apurado com base nos valores nominais das notas fiscais de serviços, emitidas pelas Empresas Incentive House S/A — CNPJ 00.416.12610001-41 e 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 fev/2001 a dez/2006. Esses gastos foram registrados na Contabilidade da Notificada nas Contas/Rubricas nsº 51.01.02.007 e 50207 denominadas Serviços de Pessoa Jurídica. Ressalte-se que a primeira conta foi utilizada até o exercício de 2001 e a segunda nos exercícios 2002 a 2006.

O órgão julgador de primeira instância, em face dos esclarecimentos e documentos apresentados pela Notificada, julgou procedente em parte o lançamento fiscal, nos seguintes termos, em síntese:

Do erro de metodologia

Consta no Relatório Fiscal e está claramente demonstrado no Relatório de Lançamento — RL que o Auditor utilizou como base de cálculo 100% dos valores das notas fiscais de prestação de serviço relacionadas, as quais foram apresentadas pela impugnante, fls. 161/265, doc. 05. Desse modo, assiste razão ao defendant uma vez que o valor relativo à comissão ajustada nos contratos está discriminado em separado e não constitui base de incidência das contribuições previdenciárias. Devendo, portanto, serem excluídas das Bases de Cálculo desta NFLD os valores conforme abaixo:

(...)

A Contribuinte, em sua peça recursal, reiterando os termos da impugnação apresentada, defende, em síntese, os seguintes pontos:

- (i) a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em relação às competências de 02/2001 até 05/2002, inclusive, em face do lustro decadencial;
- (ii) nulidade do lançamento por falta de subsunção dos fatos às normas veiculadas na NFLD (indevido lançamento com base em arbitramento / aferição indireta);
- (iii) existência de vício formal da NFLD por ausência de fiscalização dos prestadores de serviços e clientes da Recorrente;
- (iv) ilegitimidade da Recorrente para figurar no polo passivo da obrigação tributária;
- (v) inexistência do fato gerador da obrigação tributária;
- (vi) incompetência da autoridade fiscal para considerar os pagamentos dos contratos de prestação de serviços como salário ou pagamento de segurados de clientes;
- (vii) nulidade da NFLD em face da precariedade de provas e da indevida autuação com base em presunções;
- (viii) nulidade da NFLD em face da dúvida quanto ao ilícito imputado à Recorrente e sua boa-fé;
- (ix) nulidade da NFLD em face do pagamento integral das contribuições sociais devidas pela Recorrente;
- (x) uma vez considerada a improcedência do lançamento, impõe-se, por conseguinte, o afastamento da respectiva multa de ofício;
- (xi) impossibilidade de transferência da multa punitiva para terceiro que não tenha responsabilidade pela conduta tipificada;
- (xii) indevida aplicação da Taxa SELIC;
- (xiii) possibilidade de os tribunais administrativos deixarem de aplicar norma ilegal e/ou constitucional, independentemente de o STF já ter se manifestado sobre essa constitucionalidade.

Por fim, protestou a Recorrente pela realização de sustentação oral e pelo endereçamento de todas as notificações tanto para si, quanto para seu advogado, subscritor do recurso voluntário.

Passemos, então, à análise das razões recursais da Contribuinte.

Da Decadência

Conforme exposto linhas acima, a Contribuinte, neste ponto, defende a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário em relação às competências de 02/2001 até 05/2002, inclusive, em face do transcurso do lustro decadencial.

Pois bem!!

A esse respeito, dois aspectos devem ser considerados: o prazo e o termo inicial para contagem da decadência.

Quanto ao prazo decadencial, é importante destacar que o Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucionais os art. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e editou a Súmula Vinculante nº 8, com o seguinte teor:

Súmula Vinculante nº 08 – São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A partir da edição da Súmula Vinculante nº 8, ocorrida em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatá-la.

Desse modo, o prazo decadencial para lançamento das contribuições previdenciárias passa de dez para cinco anos, nos termos do CTN.

Registre-se, pela sua importância, que a decisão de primeira instância, que concluiu que o Fisco teria o prazo de 10 anos para constituir o crédito tributário, é de 26/11/2007.

Falta agora determinar o termo inicial para sua contagem.

Como regra geral, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial é aquele definido no inciso I, do art. 173 do CTN, nos seguintes termos:

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

Entretanto, nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, havendo pagamento antecipado por parte do sujeito passivo, ainda que parcial, o prazo decadencial conta-se nos termos do §4º do art. 150 do CTN, que assim dispõe:

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.

(...) § 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.

Destarte, é primordial verificar a existência ou não de pagamento a fim de ser fixada qual das duas regras será utilizada para a determinação do termo inicial para a contagem do prazo decadencial.

Sobre o tema, confira-se o excerto abaixo reproduzido do Acórdão nº 9202-008.667, de 17 de março de 2020, de relatoria da Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo, *in verbis*:

Assim, nos casos em que há pagamento antecipado, o termo inicial é a data do fato gerador, na forma do § 4º, do art. 150, do CTN. Por outro lado, na hipótese de não haver antecipação do pagamento, o dies a quo é o primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme prevê o inciso I, do art. 173, do mesmo Código.

Destarte, o deslinde da questão passa necessariamente pela verificação da existência ou não de pagamento e, mais especificamente, que tipo de recolhimento poderia ser considerado. No presente caso, a autuação se referiu a valores relativos a Auxílio-Alimentação e Abono de Férias pagos aos segurados empregados, bem como incidentes nas remunerações pagas a trabalhadores autônomos e a título de pró-labore, de sorte que é aplicável a Súmula CARF nº 99:

Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração).

Nesse passo, foi efetuada diligência à Unidade de Origem, que por meio da Informação Fiscal de e-fls. 339 a 341 e do documento de e-fls. 345/346, confirmou a existência de pagamentos antecipados, relativos à NFLD em questão, nos períodos de 01/01/1999 a 31/12/2000:

3. Em consulta ao sistema de Arrecadação menu recolhimento, conta corrente da empresa, constatamos recolhimentos em todas competências no período 01/01/1999 a 31/12/2000, no código 2100 (empresas em geral), conforme documentação em anexo.

4. Após análise dos pagamentos efetuados em GPS, no período de 01/1999 a 12/2000, constatamos que parte dos recolhimentos se referem ao INSS e outra parte a outras entidades.

Assim, deve ser aplicado o art. 150, § 4º, do CTN. Como a ciência ao sujeito passivo foi levada a cabo em 07/12/2006 (fls. 108), constata-se que a única competência em litígio, de 12/2000, fora efetivamente fulminada pela decadência.

Dante do exposto, conheço do Recurso Especial interposto pela Contribuinte e, no mérito, dou-lhe provimento, declarando a decadência relativamente à competência de 12/2000.

No caso concreto, a Contribuinte trouxe aos autos, junto com a impugnação apresentada, as cópias das Guias da Previdência Social (GPS) de fls. 269 a 348, referentes a todo o período autuado, com a devida autenticação bancária.

Neste espeque, tendo em vista que o lançamento tributário só se considera definitivamente constituído após a ciência (notificação) do sujeito passivo da obrigação tributária (art. 145 do CTN), **que no caso concreto ocorreu em 10/04/2007** (fl. 2), resta configurada a perda do direito de o Fisco constituir o crédito tributário até a competência de 03/2002, inclusive, em face da consumação da decadência, nos termos acima declinados.

Das Demais Razões de Defesa objeto do Recurso Voluntário

Com relação às demais razões de defesa objeto do recurso voluntário em análise, considerando que tais alegações em nada diferem daquelas apresentadas em sede de impugnação, em vista do disposto no § 3º do art. 57 do Anexo II do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015 – RICARF, não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adoto os fundamentos da decisão recorrida, mediante transcrição do inteiro teor de seu voto condutor neste particular, *in verbis*:

Da Vinculação exclusiva da Notificada com o fato gerador

Cumpre-nos esclarecer que o presente lançamento não se amolda a lançamento por solidariedade sendo descabida a pretensão do impugnante em arguir nulidade pelo fato da fiscalização não ter alcançado as empresas contratadas ou as empresas clientes.

Da análise dos contratos firmados com as empresas de marketing, fls. 154/159, documento 4 que instrui a impugnação, no capítulo que se refere às obrigações da empresa contratante se depreende em cognição direta a existência de cláusulas expressas as quais apontam que:

- i) é a contratante quem efetua os pagamentos dos valores creditados nos cartões;
- ii) é quem informa os valores a serem creditados em cada cartão;
- iii) é quem requisita, por escrito, os cartões que são individualizados e fornecidos à empresa contratante mediante esta requisição;
- iv) cabe à contratante fornecer relação com os nomes e qualificações dos premiados com dados necessários para distribuição dos prêmios;
- v) orientar os favorecidos para a correta utilização dos cartões;

Pelo exposto acima, é forçoso afastar de plano a arguição de nulidade por não se demandar as empresas de Marketing ou a clientela da autuada, pois, não foram estas que premiaram os segurados. Aquelas tão-somente viabilizaram para a contratante um meio de pagamento eletrônico do prêmio, quanto às outras, sequer figuram nos contratos e evidentemente não há como estabelecer relação direta com o fato gerador denunciado, sendo irrelevante o fato de serem empregadores dos beneficiários uma vez que estas empresas clientes não auferem vantagem na operação de comercialização de peças de reposição e serviços, tal vantagem é exclusiva da notificada.

Da Aferição

Em que pesem a extensa articulação e argumentos da impugnante, não logrou êxito em desincumbir do ônus de demonstrar o contrário da imputação do fiscal, uma vez que a relação dos beneficiários da premiação não foi apresentada. A indigitada relação é responsabilidade da notificada conforme consta nos contratos com as empresas de marketing.

Desse modo, não deixou alternativa à fiscalização senão, aplicar a penalidade cabível com a lavratura do Auto de Infração nº 37.080.022-2 e efetuar o lançamento por aferição com base nos valores escriturados e consubstanciados nas notas fiscais de prestação de serviço onde estão claramente indicados os valores pagos a título de premiação, valores estes que não foram oferecidos à tributação.

Tal situação subsume-se à hipótese prevista no artigo 33, §3º, da Lei 8.212/91:

Art. 33 (...)

§3ºOcorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

É inequívoca a identificação do sujeito passivo, nos termos definidos em Lei conforme o CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I. contribuinte, quando tenha relação pessoal e direto com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

Esta situação é de constatação sumária nos contratos conforme mencionado anteriormente, não obstante, para mais esclarecimento exemplifico com transcrição resumida da Cláusula 1 (fls. 154) do contrato firmado com a empresa Incentive House e Cláusulas: 1, item b, fls. 155; e 5, item b; do contrato firmado com a empresa Expertise. Em cada um deles consta respectivamente (grifei):

"A Incentive House assegurará ... o funcionamento do sistema FLEXCARD como forma de premiação a ser utilizado por meio de cartões eletrônicos ... segundo os critérios previamente definidos pela EMPRESA quanto ao valor e os titulares do seu uso."

"Pelo presente instrumento particular, EXPERTISE COMUNICAÇÃO TOTAL S/C LTDA, ...obriga-se a prestar à CONTRATANTE ...os serviços especificados ... que compreendem:

- a) a Implantação e condução do programa de gerenciamento...segundo critérios definidos pela CONTRATANTE;
- b) a disponibilização do uso do cartão Expertise Card para pagamento e recebimento da premiação com créditos prédefinidos a serem fornecidos pela CONTRATANTE para os indicados como recebedores dos prêmios..."

Consta ainda, na cláusula 5, b, às fls. 157:

"5. São obrigações da CONTRATANTE:

b) fornecer a relação contendo os nomes e qualificação dos premiados, contendo os dados necessários para a distribuição dos prêmios...."

Também denunciam a vinculação da impugnante ao fato gerador, a estrutura do documento de divulgação do programa, que tomo como exemplo aquele correspondente ao ano de 2006, juntado às fls. 351/357 dos autos.

Da competência do Auditor Fiscal

A arguição de incompetência do Auditor Fiscal é totalmente descabida. Sobretudo porque não há desconsideração dos contratos firmados, ao contrário, tais contratos se prestam concorrem como elemento essencial de convicção quanto à ocorrência do fato gerador mediante o mecanismo expresso no artigo 116, I do Código Tributário Nacional:

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I. tratando-se de situação de fato, desde o momento em que se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

O Auditor Fiscal é a autoridade competente para exercer a prerrogativa de identificar os elementos caracterizadores do fato gerador e efetuar o lançamento. O fiscal não agiu ao arreio da Lei pois, a atividade do lançamento é plenamente vinculada nos termos do artigo 142 do CTN, suscitado na peça de impugnação que transcrevo abaixo:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a

matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Não obstante, não há nenhum óbice a que o sujeito passivo exerça o direito a impugnar quer administrativamente quer judicialmente o lançamento que entender ser indevido.

No que tange à competência constitucional da Justiça do Trabalho, não sevê enumerada a de verificar ocorrência de fato gerador de tributo, mas de dirimir conflitos sob provocação de uma das partes. O Poder Judiciário é inerte, ao contrário do Executivo sua intervenção pressupõe existência de litígio a ser dirimido para dizer o Direito. Assim expressa o Texto Constitucional:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

VII - as ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho; (EC n.º 45/04)

VIII - a execução, de ofício, das contribuições sociais previstas no art. 195, I, a, e II, e seus acréscimos legais, decorrentes das sentenças que proferir; (EC n.º 45/04)

(...)

Das Folhas de Pagamento, GFIPS, GPS e do Crédito Tributário

O impugnante juntou folhas de pagamento e Guia de Recolhimento de FGTS e Informações à Previdência Social relativa aos segurados empregados da empresa, não obstante, conforme se depreende dos autos, a Auditoria Fiscal foi empreendida para um fato gerador específico cujos dados foram omitidos das folhas e das Guias de FGTS. Nesse contexto, uma vez que tais dados não foram devidamente formalizados pela empresa, ensejou autuação por omissão de fato gerador, Al 37.080.024-9 e outra autuação por deixar de elaborar folha de pagamento de todos os segurados a seu serviço, Al 37.080.023-0.

Restando inequívoco que a empresa remunerou a prestação de um serviço autônomo a segurados obrigatórios da previdência social, ainda que sem a relação direta de emprego, surge a obrigação tributária desta em relação ao fato gerador caracterizado na figura típica descrita no artigo 12, V, alínea "g" da Lei 8.212/91:

Art.12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

V - como contribuinte individual:

g) quem presta serviço de natureza urbana ou rural, em caráter eventual, a uma ou mais empresas, sem relação de emprego;

Da Multa e Taxa Selic

Não se vislumbra lançamento de multa de ofício nesta NFLD. As multas aplicadas são de caráter moratório. O percentual aplicado está de acordo com a legislação de regência que dispõe no art. 35 inciso II, da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991. A legislação previdenciária adotou o princípio de que as contribuições arrecadadas pelo INSS ficarão sujeitas, por ultrapassagem do prazo de recolhimento, à multa moratória, em caráter irrelevável, e em percentuais que aumentam conforme as circunstâncias de cada caso.

Do mesmo modo, foram aplicadas nesta Notificação as disposições do Código Tributário Nacional - CTN - art. 161, parágrafo 1º, que fixou os juros de mora no máximo de 1% (um por cento) ao mês, "se a lei não dispuser de modo diverso". Ocorre que, no caso, existe lei que dispõe de forma diversa conforme disposto no art. 34 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, na redação atual, dada pelo art. 1º, e parágrafo único, da Lei n.º 9.528/97:

"Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do

Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei n.º 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável." (grifei)

Da instância administrativa

No ordenamento jurídico brasileiro vigora a unicidade de jurisdição. Em que pesem seus argumentos, é totalmente descabida a pretensão do impugnante para que este órgão administrativo venha transpor os limites das suas atribuições, invada a competência conferida ao Poder Judiciário e aprecie constitucionalidade de ato normativo para afastar aplicação da Lei. As doutrinas transcritas na peça de defesa, além de divorciadas do presente caso, são reconhecidamente minoritárias que sucumbem na corrente em sentido contrário das quais compartilham maiores expoentes em matéria de Direito Administrativo. A atividade da Administração Pública é vinculada, sendo vedado afastar a aplicação da lei que não tenha sido declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal e retirada do ordenamento jurídico por resolução do Senado Federal. Nesse contexto, a Portaria 10.875 de 16/08/2007, estabelece:

Art. 18. É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 42 do Decreto n.º 2.346, de 10 de outubro de 1997, pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

Quanto ao pedido para que a fiscalização apresente os valores não recolhidos pelas empresas clientes não têm qualquer relação com o caso vertente, pois, o fato gerador específico denunciado, repetindo, se assenta no fato de que a impugnante efetuou pagamento de premiação a segurados da previdência social, indicados por ela mesma, mediante os critérios que estabeleceu e o fez de forma terceirizada, comissionando as empresas emitentes dos cartões.

Em adição às razões de decidir supra transcritas, destaque-se que:

- em relação à aferição indireta, a autoridade administrativa fiscal expressamente informou no Relatório Fiscal que, *alegando motivos comerciais, a Serac furtou-se a fornecer a relação dos beneficiários e os valores pagos ou creditados aos mesmos, apesar de regularmente intimada a faze-lo.*

- em relação às arguições de nulidade do lançamento, tem-se que a Notificação de Lançamento contém todos os requisitos legais estabelecidos no art. 11 do Decreto n.º 70.235/72, que rege o Processo Administrativo Fiscal, trazendo, portanto, as informações obrigatórias previstas nos seus incisos I a IV e parágrafo único, especialmente aquelas necessárias ao estabelecimento do contraditório, permitindo a ampla defesa da autuada.

Neste espeque, o lançamento identificou a irregularidade apurada e motivou, de conformidade com a legislação aplicável à matéria, o procedimento adotado, tudo feito de forma transparente e precisa, como se pode observar na documentação acostada aos autos, em consonância, portanto, com os princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e da legalidade.

Tanto é verdade, que a Contribuinte refutou, de forma igualmente clara, a imputação que lhe foi feita, como se observa do teor de sua contestação e da documentação a ela anexada. Neste sentido, expôs os motivos de fato e de direito de suas alegações e os pontos de discordância, discutindo o mérito da lide relativamente a matéria envolvida, nos termos do inciso III do art. 16 do Decreto n.º 70.235/72, não restando dúvidas de que compreendeu perfeitamente do que se tratava a exigência.

Além disso, nos termos do art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, incisos I e II, a nulidade processual opera-se somente quando o feito administrativo foi praticado por autoridade incompetente ou, quanto aos despachos e decisões, ficar caracteriza preterição ao direito de defesa respectivamente.

O caso em exame não se enquadra nas transcritas hipóteses de nulidade, sendo incabível sua declaração, por não se vislumbrar qualquer vício capaz de invalidar o procedimento administrativo adotado. Logo, esta pretensão preliminar não pode prosperar, porquanto sem fundamento legal razoável.

- no que tange às alegações de inconstitucionalidade / ilegalidade, tem-se que, nos termos da Súmula CARF n.º 2, este Colegiado não é competente para se pronunciar sobre tal matéria.

De fato, este Egrégio Conselho não pode adentrar no controle de constitucionalidade das leis, somente outorgada esta competência ao Poder Judiciário, devendo o CARF se ater a observar o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, exercendo, dentro da devolutividade que lhe competir frente a decisão de primeira instância com a dialética do recurso interposto, o controle de legalidade do lançamento para observar se o ato se conformou ao disposto na legislação que estava em vigência por ocasião da ocorrência dos fatos, não devendo abordar temáticas de constitucionalidades, salvo em situações excepcionais quando já houver pronunciamento definitivo do Poder Judiciário sobre dado assunto, ocasião em que apenas dará aplicação a norma jurídica constituída em linguagem competente pela autoridade judicial, ou se eventualmente houvesse dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei n.º 10.522, de 2002, ou súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar n.º 73, de 1993, ou pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar n.º 73, de 1993.

Não se verifica, entretanto, nenhuma dessas hipóteses nos presentes autos.

Outrossim, o art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972, com redação dada pela Lei 11.941, de 2009, enuncia que, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Neste mesmo sentido é, pois, a redação do art 62 do Anexo II do Regimento Interno deste Conselho.

Dessa forma, com relação aos vícios de ilegalidade e inconstitucionalidade suscitados, veja-se que para se acatar a tese recursal seria necessário afastar a aplicação de lei, o que é defeso pelos supracitados art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72 e art. 62 do Regimento Interno deste Conselho - RICARF.

- No tocante aos juros de mora, é pacífica a sua incidência sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, vez que decorre de norma cogente, consubstanciada no art. 161 do CTN, bem assim trata-se de matéria já sumulada no CARF, a teor dos Enunciados n. 4 e 5, ambos de Súmula CARF, *in verbis*:

Enunciado n. 4 de Súmula CARF

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Enunciado n. 5 de Súmula CARF

São devidos juros de mora sobre o crédito tributário não integralmente pago no vencimento, ainda que suspensa sua exigibilidade, salvo quando existir depósito no montante integral. (Vinculante, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

- com relação ao pedido de intimação no endereço do advogado regulamente constituído nos autos, impõe-se o indeferimento do referido pedido, nos termos da Súmula CARF nº 110, segundo a qual *no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.* (Vinculante, conforme Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019).

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido de acolher parcialmente a prejudicial de decadência, cancelando-se lançamento fiscal em relação às competências até 03/2002, inclusive, e, no mérito, negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior