



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

2ª CCA
CONFERE COM ORIGINAL
Brasília, 22/03/09
Maria de Fátima Pereira de Carvalho
Matr. STAPE 751683

CC02/C06
Fls. 251

Processo nº 37071.001096/2007-84
Recurso nº 146.379 Voluntário
Matéria APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Acórdão nº 206-00.799
Sessão de 07 de maio de 2008
Recorrente MUNDIAL S/A - PRODUTOS DE CONSUMO
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - CAXIAS DO SUL/RS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2004 a 30/11/2006

Ementa: NORMAS PROCEDIMENTAIS. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL NO ANEXO FLD. VÍCIO INSANÁVEL. NULIDADE. A indicação dos dispositivos legais que amparam a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD é requisito essencial à sua validade, e a sua ausência ou fundamentação genérica, especialmente no relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD, determina a nulidade do lançamento, por caracterizar-se como vício insanável, nos termos do artigo 37 da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 11, inciso III, do Decreto nº 70.235/72.

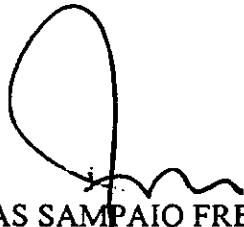
RELATÓRIO FISCAL DA NOTIFICAÇÃO. OMISSÕES. O Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicitar, de forma clara e precisa, todos os procedimentos e critérios utilizados pela fiscalização na constituição do crédito previdenciário, possibilitando ao contribuinte o pleno direito da ampla defesa e contraditório.

Omissões ou incorreções no Relatório Fiscal, relativamente aos critérios de apuração do crédito tributário levados a efeito por ocasião do lançamento fiscal, que impossibilitem o exercício pleno do direito de defesa e contraditório do contribuinte, enseja a nulidade da notificação.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos em anular, por vício formal, a NFLD. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Fábio Mendonça e Castro, OAB/DF 18484.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira,, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Aa Maria Bandeira e Cleusa Vieira de Souza.



Relatório

MUNDIAL S/A – PRODUTOS DE CONSUMO, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Secretaria da Receita Previdenciária em Caxias do Sul/RS, DN n° 19.422.4/0096/2007, que julgou procedente o lançamento fiscal referente as contribuições sociais devidas ao INSS, correspondentes à parte da empresa, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e as destinadas a Terceiros (INCRA, SESI, SENAI e SEBRAE), incidentes sobre as remunerações pagas ou creditadas aos segurados empregados e contribuintes individuais (diretores) por intermédio de cartões de premiação denominados “FLEXCARD”, em relação ao período de 10/2004, 11/2004, 07/2005 a 09/2005, 12/2005, 03/2006 a 11/2006, conforme Relatório Fiscal, às fls. 25/27.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 13/12/2006, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 1.041.631,33 (Um milhão e quarenta e um mil, seiscentos e trinta e um reais e trinta e três centavos).

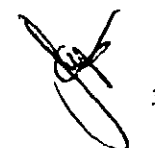
De conformidade com o Relatório Fiscal, o presente crédito previdenciário fora apurado com base nos valores nominais do Programa de Estímulo ao Aumento de Produtividade, contido nas notas fiscais de serviços emitidas pela empresa INCENTIVE HOUSE S/A., as quais foram apresentadas pela contribuinte durante a ação fiscal e confrontadas com os registros contábeis.

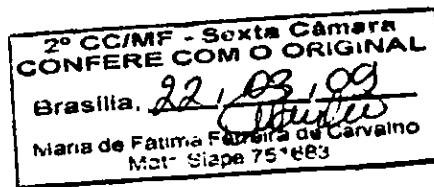
Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 198/235, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Após relatar breve histórico a propósito do Programa de Estímulo ao Aumento de Produtividade – PEP, o qual constitui em campanha de endomarketing, com o fito de aumentar o comprometimento dos exercentes de cargos de gestão, conclui que a verba paga aos segurados empregados a título de PEP não possui natureza remuneratória, sobretudo quando não se trata de contraprestação pelo serviço/trabalho prestado, inexistindo o requisito habitualidade nos pagamentos.

Insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do procedimento, aduzindo para tanto que o programa desenvolvido pela empresa Incentive House é feito como forma de marketing promocional e campanhas de incentivo e “endomarketing”. Elucida que os prêmios pagos aos segurados empregados consistem em pacote de incentivos concedidos quando atingidas metas fixadas pela empresa em que trabalham.

Alega ser ilegal e inconstitucional a contribuição ao SAT, por desrespeitar o princípio da estrita legalidade, inscrito nos artigos 5º, inciso II; e 150, inciso I, da CF, eis que a Lei n° 8.212/91 não definiu a conceituação de atividades preponderantes nem delimitou os parâmetros dos três graus de risco das atividades econômicas, não podendo um Decreto contemplar tais definições por afrontar com nossa Carta Magna, sendo competência do Poder Legislativo.





Opõe-se à contribuição previdenciária destinada ao INCRA, vindicando sua exclusão do presente lançamento, alegando que referida exação afronta de forma flagrante a CF, especialmente por ser empresa urbana e inexistir dispositivo constitucional determinando a sua vinculação com outra categoria econômica (rural), sem qualquer benefício próprio.

Inferre ser ilegal e inconstitucional a cobrança das contribuições destinadas ao SEBRAE, por entender que a recorrente não se beneficia com autuação de referida entidade, que aplica seus recursos na área de comércio e indústria, mais precisamente voltados à micro e pequenas empresa, razão pela qual a exigência daquele tributo malfez o disposto no artigo 149, da CF.

Argüi a inconstitucionalidade da TAXA SELIC, aduzindo para tanto, entre outros motivos, que sua instituição decorreu de resolução do Banco Central, e não por lei, não podendo, dessa forma, ser utilizada em matéria tributária, por desprezitar o Princípio da Legalidade. Alega, ainda, tratar-se referida taxa de juros remuneratórios, o que a torna ilegal e inconstitucional.

Contrapõe-se à multa aplicada, por considerá-la confiscatória, sendo por conseguinte, ilegal e/ou inconstitucional, devendo ser excluída do crédito em questão.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

A então Secretária da Receita Previdenciária apresentou contra-razões, às fls. 243/247, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e dispensada do recolhimento do depósito recursal, por força de decisão judicial/liminar, conheço do recurso e passo à análise das alegações recursais.

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte durante todo procedimento fiscal, especialmente no seu recurso voluntário e os esclarecimentos da fiscalização em defesa da manutenção do crédito previdenciário, há na hipótese vertente vícios formais, capazes de determinar a nulidade do lançamento, prejudicando, dessa forma, a análise do mérito da questão, senão vejamos.

Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o presente lançamento encontra-se eivado de inúmeros vícios formais, a começar pelo impreciso Relatório Fiscal da Notificação, deixando de informar o procedimento (arbitramento) utilizado na constituição do crédito previdenciário, bem como de inscrever no anexo "Fundamentos Legais

do Débito- FLD” o dispositivo legal que o contempla. De fato, com a devida vênia ao fiscal notificante, o lançamento levado a efeito contra a recorrente apresenta-se insustentável, por ser uma absoluta demonstração de como não se deve proceder num procedimento fiscal.

Consoante se positiva da análise dos autos, a lavratura da Notificação Fiscal deveu-se a constatação da falta de recolhimento das contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados, assim caracterizadas pela fiscalização as importâncias concedidas a título de prêmios (“FLEXCARD”), a partir do Programa de Estímulo ao Aumento da Produtividade - PEP.

De conformidade com o Relatório Fiscal, os fatos geradores das contribuições previdenciárias ora exigidas foram extraídos das Notas Fiscais de Prestação de Serviços emitidas pela empresa Incentive House SA., com base no valor total das NF’s, as quais foram lançadas na contabilidade do sujeito passivo na conta de código 5382/5121.003, denominada “Prop/Public/Marketing”.

Muito embora não restarem consignados no Relatório Fiscal, o procedimento (arbitramento), e bem assim os critérios de apuração utilizados pela autoridade lançadora ao promover o lançamento, o que por si só seria capaz de ensejar a nulidade do feito, observe-se que o crédito previdenciário ora constituído fora apurado por aferição indireta, a partir da desconsideração da contabilidade da contribuinte, eis que tais verbas não foram escrituradas como remunerações dos segurados empregados, mas sim como despesas com “Prop/Public/Marketing”, conforme demonstrado no Relatório Fiscal. Tal fato, aliás, ensejou a autuação da contribuinte por descumprimento de obrigações acessórias.

Na esteira desse entendimento, cumpre observar que a fiscalização levará a efeito a aferição indireta/arbitramento quando os valores admitidos/presumidos como base de cálculo das contribuições lançadas não forem extraídos dos documentos específicos utilizados para o devido registro dos fatos geradores dos tributos em comento, quais sejam, folhas e/ou recibos de pagamentos, RAIS, GFIP’s, dentre outros.

Com efeito, constata-se que o fiscal atuante, na apuração do crédito tributário, edificou uma presunção legal, lançando valores que entendeu devidos, considerando, ainda, repasses a empresa “prestadora de serviços” como remunerações dos segurados empregados, invertendo, assim, o ônus da prova ao contribuinte.

No entanto, sabemos que a presunção legal, como o próprio nome indica, somente poderá ser levada a efeito quando estiver expressamente inserta na legislação de regência.

Na hipótese vertente, o único dispositivo legal que dá amparo ao procedimento adotado pelo fiscal atuante é o artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, o qual contempla a possibilidade da apuração das contribuições previdenciárias por arbitramento, nos seguintes termos:

“Art. 33.

[...].

§ 3º Ocorrendo 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.

[...].

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário."

Consoante se infere dos elementos que instruem o processo, verifica-se que o procedimento utilizado pela fiscalização ao lavrar a notificação foi precisamente aquele inscrito na norma legal encimada, qual seja, aferição indireta.

Como se observa, o procedimento do arbitramento, uma vez constatados os requisitos exigidos pela legislação de regência, é legal e inverte o ônus da prova ao contribuinte. Porém, tal procedimento deve estar devidamente fundamentado nos autos do processo (Relatório Fiscal e/ou Fundamentos Legais do Débito), sob pena de nulidade da notificação.

No presente caso, o ilustre fiscal atuante, além de não demonstrar de forma circunstanciada/pormenorizada os critérios utilizados na apuração do crédito por arbitramento, nos termos da legislação previdenciária, procedeu, igualmente, de forma omissa e/ou genérica, não especificando clara e precisamente no anexo Fundamentos Legais do Débito - FLD, às fls. 12/15, qual o dispositivo legal que dá sustentáculo ao procedimento levado a efeito na constituição do crédito tributário, qual seja, aferição indireta/arbitramento.

Dessa forma, não se sabe clara e precisamente em qual fundamento legal a Fiscalização se baseou ao constituir o crédito previdenciário, o que vai de encontro com o artigo 37, do mesmo Diploma Legal, senão vejamos:

"Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento." (grifamos).

Ao proceder dessa maneira, deixando de elencar no Relatório dos Fundamentos Legais do Débito - FLD e/ou no Relatório Fiscal da Notificação, a legislação específica que dá amparo ao ARBITRAMENTO, *in casu*, artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, o ilustre fiscal atuante incorreu em vício insanável, capaz de determinar a nulidade da NFLD, conforme legislação de regência e torrencial jurisprudência deste Conselho.

Destarte, os atos administrativos, conforme se depreende do artigo 50, da Lei 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, devem ser motivados, sob pena de nulidade, *in verbis*:



“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos [...].

§1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente [...].”

Por sua vez, o Decreto 70.235/72, que, igualmente, disciplina o processo administrativo fiscal, não discrepa deste entendimento, senão vejamos:

“Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e contera obrigatoriamente:

[...].

III – a disposição legal infringida, se for o caso;”

Na mesma linha de raciocínio, o Código Tributário Nacional, em seus artigos 201 a 204, determina que após o trâmite regular, a notificação será inscrita em dívida ativa que indicará, entre outros elementos essenciais, a “origem e a natureza do crédito tributário, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado”. A falta desses requisitos ocasiona a nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, não gozando a CDA da presunção de certeza e liquidez, por não ter sido regularmente inscrita.

O artigo 145 do Código Tributário Nacional, assim prescreve:

“Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:

I – impugnação do sujeito passivo;

II – recurso de ofício;

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.” (grifamos).

Por seu turno, o artigo 149, CTN, estabelece o seguinte:

“Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

I – quando a lei assim o determine;

[...];

IX – quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade essencial.” (grifamos).

A corroborar esse entendimento, o artigo 53 da Lei 9.784/99, assim estabelece:

“Art. 53. A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos.”

Como se observa dos dispositivos legais supracitados, muitas são as hipóteses que geram a nulidade do lançamento, enquadrando-se perfeitamente o presente caso na

legislação de regência, seja com fulcro no CTN, nas Leis 8.212/91 e 9.784 ou no Decreto 70.235/72, não deixando margem de dúvida quanto a nulidade da presente Notificação Fiscal.

Registre-se, que o processo administrativo fiscal tem como um de seus alicerces o Princípio da Legalidade, atribuindo à autoridade administrativa o dever-poder de anular, corrigir ou modificar o lançamento, independentemente de se tratar de erro de fato ou de direito.

Na hipótese vertente, a fiscalização lançou mão do instituto da aferição indireta, nos termos do artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, apurando a remuneração dos segurados empregados a partir dos valores repassados a empresa prestadora de serviços constantes das Notas Fiscais e escriturados erroneamente pela recorrente em sua contabilidade.

Verifica-se, portanto, que a fundamentação legal que ampara a constituição do crédito previdenciário, bem como dos procedimentos utilizados pelo fisco nesta empreitada deve constar de forma inequívoca no anexo "Fundamentos Legais do Débito" e/ou no Relatório Fiscal da Notificação, e a sua ausência enseja a nulidade da notificação.

A fazer prevalecer a nulidade do lançamento, como já explicitado, o fiscal atuante foi omisso, igualmente, no Relatório Fiscal, deixando de demonstrar de forma clara e precisa os critérios utilizados por ocasião da lavratura da NFLD em relação ao arbitramento promovido. Aliás, sequer fez menção tratar-se de aferição indireta.

Observe-se, por fim, que o Relatório Fiscal tem por finalidade demonstrar/explicar, resumidamente, como procedeu a autoridade lançadora na constituição do crédito previdenciário, devendo, dessa forma, ser claro e preciso relativamente aos procedimentos adotados pela fiscalização ao promover o lançamento, concedendo ao contribuinte conhecimento pleno dos motivos ensejadores da notificação, possibilitando-lhe o amplo direito de defesa e contraditório, sobretudo tratando-se de lançamento por arbitramento.

Nesse contexto, ainda que a notificada não tenha suscitado em seu recurso referidos vícios, deve ser declarada de ofício a nulidade do feito, em observância a legislação de regência, mais precisamente dos artigos do CTN, das Leis 8.212/91 e 9.784 encimados, uma vez que essas omissões contaminam a exigência fiscal, tornando-a precária, não lhe oferecendo certeza ou liquidez, principalmente pelo fato de se mostrar insanável e por cercear o direito de defesa da recorrente.

Por todo o exposto, estando a NFLD *sub examine* em desacordo com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E ANULAR A NOTIFICAÇÃO FISCAL POR ERRO/VÍCIO FORMAL INSANÁVEL, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Sala das Sessões, em 07 de maio de 2008


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA