



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

Processo nº

37169.003483/2007-76

Recurso nº

245.711 Voluntário

Acórdão nº

2302-00.652 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária

Sessão de

23 de setembro de 2010

Matéria

SALÁRIO INDIRETO: PREMIAÇÃO DE INCENTIVO

Recorrente

COMÉRCIO DE LUBRIFICANTES RUBENS MOREIRA LTDA

Recorrida

DELEGACIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA DE BLUMENAU/SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2003 a 31/12/2005

AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL

A ausência de fundamento legal é vício formal insanável que torna nulo o lançamento.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da **3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária** da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular o auto de infração/lançamento, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


 MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA – Presidente


 LIEGE LACROIX THOMASI – Relatora

Participaram do presente julgamento, os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi, Eduardo Oliveira (suplente), Arlindo Costa e Silva, Amílcar Barca Junior (suplente), Thiago D'Avila Melo Fernandes e Marco André Ramos Vieira (presidente).

Relatório

Trata a presente notificação, científica ao sujeito passivo em 31/10/2006, de contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos aos segurados contribuintes individuais, por meio de cartões de premiação, no período de 02/2003 a 12/2005.

O relatório fiscal da notificação, fls. 39/41, esclarece que os frentistas, empregados dos postos de gasolina, recebem valores da notificada, em decorrência da venda de determinados produtos para o consumidor. O pagamento de tais valores é efetuado através de cartões de premiação da operadora Incentive House.

Não foram apresentadas as relações discriminando os valores pagos aos segurados, por competência, sendo que o valor tributável foi apurado com base nos valores nominais das notas fiscais emitidas pela Incentive House S/A, contabilizadas pela notificada nas contas de “Despesas Promocionais” e “Promoções”.

Em razão dos segurados que receberam a premiação serem empregados dos postos de combustíveis, o levantamento os tomou como contribuintes individuais da notificada.

Após apresentação da impugnação, Decisão-Notificação julgou o crédito procedente

Inconformada a notificada apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese:

- a) Que em 2003 implementou programa de incentivo e motivação para aumentar as vendas;
- b) Que a operacionalização e o repasse do brinde ocorre através da Incentive House, que disponibiliza os cartões para gerenciamento junto a instituições financeiras dos valores dos prêmios a serem distribuídos;
- c) Que este tipo de premiação não é exclusividade da recorrente;
- d) Que a exigência do depósito recursal é inconstitucional;
- e) Que a notificação é improcedente, posto que inexiste prova cabal da ocorrência do fato gerador. Não há prova de que houve prestação de serviço à recorrente;
- f) Que o pagamento de incentivos a frentistas não é elemento suficiente a caracterizar a prestação de serviços. Cabe ao fisco provar a ocorrência do fato gerador;
- g) Que os valores não foram pagos em virtude da prestação de serviço sem vínculo empregatício;
- h) Que o pagamento efetuado não caracteriza remuneração, não podendo ser objeto de tributação;
- i) Que os frentistas indicavam um produto, mas sem obrigatoriedade ou vinculação;
- j) Que não foi respeitado o teto de contribuição.

Requer a reforma da decisão recorrida com a consequente anulação do débito.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Da Preliminar

A recorrente argui a inexigência do depósito recursal para garantia de instância, contudo tal pressuposto não é mais exigido por este Colegiado em obediência ao Regimento Interno do Conselho de Administrativo de Recursos Fiscais.

De acordo com o previsto no parágrafo único do art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes - RICC, aprovado pela Portaria nº 147/2007 do Ministério da Fazenda, no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Não se aplicando aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo, que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

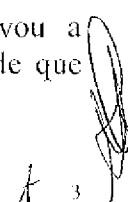
O STF já se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário nº 389383, transitado em julgado, pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 126 da Lei nº 8.212.

Do Mérito

O lançamento do débito se refere a prêmios de incentivo concedidos a segurados contribuintes individuais, frentistas de postos de combustíveis, que efetuavam a venda de determinados produtos de interesse da notificada. O pagamento dos valores a que tinham direito os segurados pela venda dos produtos, se dava através de cartões de premiação operados pela empresa Incentive House.

Quanto à alegação de nulidade da notificação devido aos lançamentos terem sido efetuados com base em presunções, que não foram identificados os empregados que receberem os prêmios, que a ocorrência do fato gerador tem que ser demonstrada, que não foi respeitado o limite máximo de contribuição, tenho que o procedimento fiscal está amparado no que prescreve o artigo 33 e seus parágrafos da Lei nº 8.212/91, sendo que compete à fiscalização da Previdência Social, à época, hoje da Receita Federal do Brasil solicitar e examinar livros e documentos da empresa a fim de assegurar o correto e eficaz cumprimento das obrigações principais e acessórias, relativamente às contribuições previdenciárias. Na falta de apresentação de documentos ou se apresentados de forma deficiente, à fiscalização é permitido inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

No caso em tela, a falta de apresentação dos documentos solicitados para identificar os beneficiários do prêmio pago através de cartões de premiação, a falta de apresentação dos contratos firmados pela recorrente com a Incentive House, levou a fiscalização a proceder ao levantamento por aferição indireta, com base nos dados de que dispunha, qual sejam as notas fiscais apresentadas e a contabilidade da recorrente.



Portanto, não se tratam de valores presumidos, mas de dados extraídos das notas fiscais de serviços emitidas pela empresa Incentive House S/A, as quais foram confrontadas com os registros contábeis da recorrente, elementos estes de seu perfeito conhecimento, que deram origem ao lançamento fiscal.

A legislação expressa que em caso de recusa ou sonegação de qualquer informação ou documentação regulamente requerida ou a sua apresentação deficiente, o Auditor Fiscal deverá inscrever de ofício a importância que reputar devida, cabendo à empresa ou contribuinte o ônus da prova em contrário. A prerrogativa do INSS de arrecadar e fiscalizar as contribuições previdenciárias, bem como, aferir indiretamente a contribuição previdenciária devida e lançá-la de ofício, encontra embasamento legal no art. 148 do CTN, do qual o art. 33, §§ 3º, 4º e 6º da Lei nº 8.212/91 são corolários:

CTN

"Art. 148 Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou em consideração, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial "

Lei 8.212/91

"Art. 33 Ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição, e à Secretaria da Receita Federal - SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação alterada pela Lei nº 10.256/01)

()

§ 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 - DRI 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

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da

unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

(..)

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

Contudo, analisando os autos constatei a ausência de indicação do dispositivo legal para dar sustentação a aferição indireta tanto no discriminativo Fundamentos Legais do Débito, fls.31/31, quanto no relatório fiscal da notificação, fls.39/41.

Portanto, não constando a fundamentação legal que ampara o lançamento, se vislumbra o cerceamento de defesa, pois o contribuinte não foi devidamente informado do procedimento utilizado pela fiscalização, não podendo se manifestar a respeito.

A falta de referência ao fundamento legal que sustenta o lançamento fiscal gera cerceamento de defesa e a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. A falta de indicação da legislação que confere poder à fiscalização para proceder ao I impossibilita que o contribuinte tenha conhecimento de que o valor lançado foi arbitrado, lhe sonegando o direito de se defender quanto a isso.

A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo Tributário no Município de Florianópolis, esclarece de forma precisa e cristalina:

A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

Feitas estas considerações, entendo que a notificação deve ser anulada porque o contribuinte não teve ciência da fundamentação legal que embasou o levantamento.

Pelo princípio constitucional do contraditório, é facultado à parte manifestar sua posição sobre fatos trazidos ao processo pela outra parte vez que tomando conhecimento dos atos processuais, pode, se desejar, reagir contra os mesmos.

Inserem-se no princípio do contraditório a chamada regra da informação geral e também a regra da ouvida dos sujeitos ou audiência das partes.

O princípio do contraditório é de índole constitucional, devendo ser observado inclusive em processos administrativos, consoante art. 5º, LV, da Constituição Federal vigente.

Art. 5º, LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Foi contemplado também no art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso X, da Lei nº 9.784/99, abaixo transcrita:

*Lei nº 9.784/99, art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.*

Parágrafo único Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de

()

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio; (grifo nosso)

Nesse sentido, entendo que a notificação é nula, por vício formal, já que descumprido o artigo 10, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72, pois não trouxe os fundamentos legais que embasaram o lançamento por aferição indireta, configurando também o cerceamento de defesa.

Art. 10 O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula

Voto pela anulação da notificação pela existência de vício formal por descumprimento do artigo 10 do Decreto nº 70235/72.

LIEGE LACROIX THOMAS - Relatora