



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 37318.000832/2007-47
Recurso nº 144.496 Voluntário
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Acórdão nº 206-01.648
Sessão de 03 de dezembro de 2008
Recorrente JOHNSON & JOHNSON INDUSTRIAL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 16/11/2006

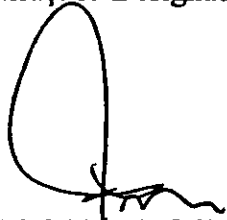
PREVIDENCIÁRIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. OMISSÃO NO DESCONTO DA CONTRIBUIÇÃO DO SEGURADO. ARRECADAÇÃO PARCIAL. INEXISTÊNCIA DA INFRAÇÃO.

A infração consistente em deixar de arrecadar, mediante desconto das remunerações, as contribuições dos segurados não se configura quando o sujeito passivo deixa de arrecadar apenas as contribuições incidentes sobre verbas que entende não serem passíveis de tributação.

Recurso Voluntário Provido.

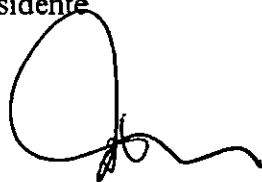
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por voto de qualidade, em dar provimento ao recurso. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira (Relatora), Bernadete de Oliveira Barros, Ana Maria Bandeira e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por anular o auto de infração. Designado para redigir o voto vencedor o(a) Conselheiro(a) Elias Sampaio Freire.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Relator-Designado

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa (suplente convocado), Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata o presente auto de infração, lavrado em desfavor do recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 30, I, "a" da Lei n° 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 283, I, "g" do RPS – Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n° 3.048/1999. Segundo a fiscalização previdenciária, a recorrente deixou de arrecadar, mediante desconto das remunerações pagas aos segurados empregados as contribuições previdenciárias sobre os valores pagos à título de cartões de premiação, conforme fls. 04 a 05.

Não conformada com a autuação a recorrente apresentou impugnação, fls. 91 a 106.

Foi exarada a Decisão-Notificação DN que confirmou a procedência do lançamento, conforme fls. 139 a 149.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela autuada, conforme fls. 164 a 178. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

Errônea a conceituação como remuneração dos prêmios pagos pela recorrente, sendo que o julgador de 1ª instância apenas reafirmou a situação de que os pagamentos se assemelham a meras gratificações.

As gratificações constituem recompensas incondicionais concedidas pelo empregador, por mera liberalidade, sendo que as denominadas verdadeiras não integram a remuneração em razão de inexistência de previsão legal. No mesmo sentido, há de se considerar os prêmios pagos por liberalidade que objetivam apenas recompensar o empregado.

Para concluir que um pagamento seja considerado como remuneração, o mesmo deve ter características de contraprestação ao serviço, ser decorrente do contrato de trabalho, bem como ser habitual, periódico, quantificável, essencial e recíproco, o que não se coaduna com o pagamento em questão.

O auditor deveria ter exposto algo específico, que permitisse efetivamente a impugnante, reconhecer as razões que o levaram a crer que todos os pagamentos feitos por meio de cartões de premiação consideram-se remuneração.

Impossível a responsabilização das pessoas arroladas nas relações de co-responsáveis, visto não terem agido com excesso de poderes ou infração à lei, como descrito no art. 135 do CTN.

Requer a improcedência do presente auto de infração e o cancelamento do débito fiscal, bem como a exclusão dos nomes contidos nas relações de co-responsáveis.

A Receita Previdenciária encaminhou o recurso a este conselho, sem a apresentação de contra-razões à fl. 202.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 202. Avaliados os pressupostos, passo para as questões preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Quanto ao argumento de ser impróprio o auto de infração, eis que a sua lavratura se deu em nítida afronta a disposição legal, por não ter a autoridade realizado a devida fundamentação, frise-se que pela análise dos documentos acostados ao presente processo, o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, quais sejam:

Autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF-F, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento.

Intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária.

Autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes, conforme demonstrado às fls. 01 a 110.

Com base nestes fatos, quanto à alegação do recorrente de que o procedimento fiscal encontra-se eivado de nulidade, por não atender aos ditames legais, provocando o cerceamento de defesa, não lhe confiro razão. Em se tratando de auto de infração, ou seja, descumprimento de obrigação acessória, compete a autoridade fiscal identificar se descumpridos os preceitos legais quanto a obrigação de fazer. No caso, a identificação dos pressupostos que levaram o auditor a considerar os pagamentos por meio de cartão de premiação foram devidamente identificados na NFLD que apurou as contribuições devidas sob idêntica base de cálculo. Esta NFLD lavrada durante o mesmo procedimento fiscal está sendo submetida a julgamento nesta mesma sessão, razão porque em sendo julgada a sua procedência, leva-nos a determinar a procedência do respectivo auto de infração.

Ademais, a fiscalização previdenciária é competente para constituir os créditos tributários decorrentes dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, conforme descrito no art. 1º da Lei 11.098/2005:

"Art. 1º Ao Ministério da Previdência Social compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento, em nome do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 da Lei no 8.212, de 24 de julho de 1991, e das contribuições instituídas a título de substituição, bem como as demais atribuições correlatas e conseqüentes, inclusive as relativas ao contencioso administrativo fiscal, conforme disposto em regulamento."

Não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições. Desta forma, em constatando a ocorrência de infração a dispositivo da legislação previdenciária, cumpra-lhe lavar de imediato auto-de-infração de forma vinculada. O art. 293 do Decreto 3.048/99, assim dispõe neste sentido:

"Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes."

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 16/11/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 16/11/2006. Contudo, relevante informar que o procedimento fiscal teve início em 24/08/2006, com a ciência do MPF, servindo este como medida preparatória indispensável para o lançamento.

DO MÉRITO

A imputação da penalidade ao contribuinte, fl. 15, tem como fundamento o fato de o mesmo não ter efetuado a retenção dos pagamentos efetuados aos segurados que lhe prestaram serviços. O relatório indicou, por amostragem a omissão; contudo, entendo que a fiscalização possuía o dever de indicar no relatório todos os contribuintes que não sofreram a retenção, a fim de possibilitar o pleno conhecimento pela autuada das irregularidades encontradas.

O relatório fiscal tem que descrever a situação fática, fazendo a subsunção à hipótese legal da obrigação acessória. Ou seja, deveria indicar de quais segurados não se procedeu ao desconto. Indicar simplesmente que se trata de verba salarial não considerada na base de cálculo do salário de contribuição e portanto, não procedeu o recorrente ao desconto em sua integralidade, é no mínimo desconsiderar a existência de um teto previdenciário, que impossibilitaria ao recorrente efetuar outros descontos.

É certo que a multa pela infração aqui apontada não é calculada por segurado, todavia, não pode este órgão julgador presumir que todos os empregados encontram-se abaixo do teto, visto que as informações trazidas pelo auditor não espelham tal realidade. Pelo contrário, no relatório fiscal, da NFLD que resultado na infração aqui discutida, no item 2.1.11, descreve o auditor: *"As contribuições previdenciárias devidas pelos segurados foram aferidas pela alíquota mínima, sem considerar o teto, visto que o sujeito passivo não incluiu, na remuneração informada nas FOPAG apresentadas, os valores repassados por meio do referido cartão de premiação. Assim procedendo, inviabilizou o correto enquadramento do salário de contribuição, de cada segurado, nas faixas de determinação da alíquota para cálculo da contribuição do segurado."*

Portanto há que se reconhecer que o relatório, da forma que está lavrado, cerceia o direito a ampla defesa do contribuinte.

Não resta dúvida portanto, que há um vício na presente autuação, o ponto controverso reside no fato de o vício ser formal ou material.

Nesse sentido, entendo que a falta de motivação (identificação dos valores pagos mensalmente aos segurados) ensejaria a exclusão dos levantamentos por vício formal, tendo em vista que é plenamente plausível que possam ainda existir contribuições dos segurados que não foram retidas, contudo não podemos inferir tal situação.

No caso da NFLD em questão o que se encontra é nulidade por vício formal e não material, por se tratar do não preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, conforme destaque abaixo.

Em uma concepção a respeito da forma do ato administrativo é incluída não somente a exteriorização do ato, mas também as formalidades que devem ser observadas durante o processo de constituição do desse ato, bem como os requisitos concernentes à publicidade do ato. Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia di Pietro, na obra Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, Ed. Atlas, página 200.

Na mesma obra à página 202, a ilustre autora ainda descreve, in verbis: "*Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e dos direitos que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação da legitimidade do ato.*"

Entendo que não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A primeira representa a exposição de motivos, ou seja, a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato que justificam o ato realmente existiram. Já a motivação diz respeito às formalidades que ensejam a formação do ato. O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Na lição de Maria Sylvia di Pietro, pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; pressuposto de fato, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

No lançamento fiscal o motivo é o que enseja a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária.

No entanto, a motivação é a descrição dos motivos, é a possibilidade da fiscalização tornar real os fatos geradores encontrados e que ensejariam o recolhimento de contribuições previdenciárias. A falha na motivação pode ser corrigida, mas, para tanto é necessário que o motivo realmente tenha existido.

Não é outra a lição do ilustre mestre, Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com o doutrinador, na obra Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros, pág. 385, verbis: "*em se tratando de atos vinculados, o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a*

questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato."

Não obstante, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, ou seja no motivo que ensejou o lançamento, o vício é material. Por exemplo, em se tratando de lançamento de contribuições previdenciárias: acerca de enquadrando de trabalhador como empregado, quando na verdade as provas contidas nos autos deixam claro tratar-se de enquadramento como contribuinte individual, há falha no pressupostos de fato e de direito, ou seja vício na material, no motivo. Agora, se houve lançamento como empregado, mas o relatório fiscal falhou na caracterização; entendo que haveria falha na motivação; devendo o lançamento ser anulado por vício formal. A autoridade julgadora deverá analisar a observância dos requisitos formais do lançamento, previstos no art. 37 da Lei nº 8.212.


Caso o vício seja insanável, como por exemplo o fato indicado pelo Auditor Fiscal não consta em lei como hipótese de incidência, deverá ser dado provimento ao recurso interposto pelo contribuinte, pois se não há possibilidade de correção, não há motivo para que seja realizado novo lançamento.

CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, para anular o Auto de Infração por vício formal.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2008



ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA

Voto Vencedor

Conselheiro ELIAS SAMPAIO FREIRE, Relator-Designado

Peço vênia a ilustre relatora para divergir de seu entendimento e adotar o esposado pelo ilustre conselheiro Kléber Ferreira de Araújo no Acórdão 296-00040, nos seguintes moldes:

"A Auditoria invoca o art. 30, I, "a", da Lei nº 8.212/1991 combinado com o art. 216, I, "a", do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999, para fundamentar a existência da infração. Vale a pena transcrever os preceptivos:

"Lei nº 8.212/1991 Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

(...)

RPS Art.216. A arrecadação e o recolhimento das contribuições e de outras importâncias devidas à seguridade social, observado o que a respeito dispuserem o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal, obedecem às seguintes normas gerais:

I-a empresa é obrigada a:

a) arrecadar a contribuição do segurado empregado, do trabalhador avulso e do contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração;

(...)."A conduta apontada como violadora das normas acima, como se pode ver do Relatório Fiscal da Infração, fls. 12/18, foi a ausência do desconto das contribuições apenas com relação aos valores relativos ao fornecimento de alimentação. Eis os termos do relatório:

"Durante a ação fiscal a empresa apresentou diversos documentos solicitados pela fiscalização, demonstrando profissionalismo e boa-fé. Verificou-se que a empresa elaborou corretamente as folhas de pagamento dos empregados, restando o demonstrado descuidado em formalizar a sua inscrição no PAT, descaracterizando o fornecimento de alimentação como parcela de não-incidência da contribuição previdenciária."(fl. 14, 7.º parágrafo).

Brasília, 06/07/09

Maria Edna F. F. Pinto
Mat. Slap 752748

CC02/C06
Fls. 267

Processo nº 37318.000832/2007-47
Acórdão n.º 206-01.648

“Conclui-se que a empresa deixou de arrecadar, mediante desconto dos valores pagos a título de alimentação, as contribuições dos segurados empregados a seu serviço, uma vez que a empresa não incluiu na folha de pagamento de 04/2002 a 02/2004, os valores pagos aos seus empregados a título de alimentação. Tal fato deu-se porque as folhas de pagamento apresentadas, de 04/2002 a 02/2004, são deficientes, pois não respeitaram as formalidades legais, ao não discriminar como parcela integrante da remuneração para cada empregado os valores pagos a título de alimentação.”(fl. 18, 3º parágrafo).

Entendo que a conduta apontada não se amolda as normas citadas na fundamentação do lançamento. Somente se configura esse tipo de infração quando o sujeito passivo deixa de efetuar a retenção da contribuição ao efetuar o pagamento da remuneração aos segurados. A situação posta a lume é outra. Pelo que ficou claramente explicitado no relatório da Auditoria, não houve omissão na retenção, mas uma suposta retenção efetuada a menor em razão da recorrente não haver considerado determinada verba como sujeita à incidência tributária.

Há de se levar em conta que a norma que instituiu esse dever legal prescreve a como núcleo da conduta o verbo “arrecadar”, do qual a empresa efetivamente não se afastou, pois, reconhecidamente, houve desconto das contribuições nos pagamentos efetuados aos empregados e lançados nas folhas de salário. Eis que as normas de regência não mencionam o termo “arrecadar todas as contribuições”, mas se refere apenas a conduta de efetuar o desconto. Não se deve olvidar que, no caso concreto, o próprio Auditor informa que as folhas de pagamento foram confeccionadas com perfeição, somente se afastando do seu entendimento no que concerne aos valores disponibilizados aos empregados a título de alimentação.

Tivesse o fisco apontado que não houve o desconto da contribuição de um segurado que fosse, sem dúvida estaríamos diante da infração que deu ensejo à presente autuação, contudo, estou convencido que não foi isso que ocorreu.

Diferentemente, v. g., ocorre com a infração de omitir fatos geradores em GFIP, haja vista que a conduta é prestar as informações com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, assim, caso não se declare as remunerações na totalidade fere-se a norma. Também a preparação folha de pagamento nos padrões estabelecidos pelo órgão arrecadador constitui infração à legislação, posto que obrigatoriamente têm que ser lançadas na folha todas as parcelas incidentes e não incidentes de contribuição.

Assim, não havendo subsunção da conduta apontada à norma legal que fundamenta a autuação, voto pelo provimento do recurso.”

No caso em apreço, igualmente, o sujeito passivo deixou de arrecadar apenas as contribuições incidentes sobre verbas que entende não serem passíveis de tributação, especificamente, as decorrentes de valores pagos por meio de cartão premiação.



Processo n.º 37318.000832/2007-47
Acórdão n.º 206-01.648

2.º CC/MF Sexta Câmara
CONFERE COM O ORIGINAL

Brasília, 06.07.09
Maria Edna *Edna*
Mat. Slape 752748

CC02/C06
Fls. 268

Por todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso.

Sala das Sessões, em 03 de dezembro de 2008



ELIAS SAMPAIO FREIRE