



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

Processo n° 10640.002422/2007-12
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-00.872 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 27 de julho de 2011
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS - SALÁRIO INDIRETO: PREMIAÇÃO DE INCENTIVO.
Recorrente CÉLULA - GESTÃO DE DOCUMENTOS ARQUIVOS E INFORMAÇÕES LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/2004 a 01/01/2006

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO - AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO.

NOTIFICAÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA. PRÊMIO PRODUTIVIDADE. CARÁTER SALARIAL. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PAGAMENTO VIA CARTÃO DE PREMIAÇÃO. INTERPOSTA PESSOA . INCENTIVE HOUSE. PROCEDIMENTO FISCAL E LANÇAMENTO, NOS TERMOS DA LEI. REGULARIDADE.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Relator(a).

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas.

Processo nº 10640.002422/2007-12
Acórdão n.º **2803-00.872**

S2-TE03
Fl. 133

CÓPIA

Relatório

A presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD - DEBCAD 37.101.478-6, objetiva o lançamento das contribuições sociais previdenciárias decorrente da remuneração paga, devida ou creditada, por intermédio de cartão de premiação Incentive House, aos segurados empregados, que prestaram serviços à notificada, conforme Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC – NFLD, de fls. 31 a 34, com período de apuração de 04/2004 a 12/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 22 a 24.

O sujeito passivo foi cientificado da notificação, em 09/07/2007, Folha de Rosto da Notificação Fiscal – FR, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 07/08/2007, as fls. 92 a 101.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 102.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão N° 09-17.737 - 5ª Turma da DRJ/JFA, fls. 104 a 110, em 23/11/2007. No qual o lançamento foi considerado procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 21/12/2007, AR, fls. 114.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 115, e razões recursais, as fls. 116 a 129, onde alega em síntese.

Preliminarmente –

- Que o depósito recursal é inexigível, pois ilegal, haja vista que introduzido por decreto;

Mérito –

- Que os prêmios produção são ganhos eventuais e assim não integram o salário de contribuição, não exigindo a lei de custeio que tal ganho seja desvinculando do salário por disposição legal;
- Que o decreto ultrapassa sua competência e fere o princípio da legalidade, pois cria condição não prevista em lei;
- Que os prêmios são ganhos eventuais assim não integram o conceito de salário, ainda, que em razão de cumprimento de metas pré-estabelecidas, citando decisões judiciais e doutrina;
- Que a jurisprudência veem decidindo de forma pacífica que o prêmio pode ser suprimido pelo empregador e transcreve decisões;

- Que a decisão recorrida confunde pagamento de prêmio com pagamento de remuneração tributável, pois demonstrado que o prêmio não era habitual e exigir mais provas seria o mesmo que exigir prova negativa;
- Que se analisado objeto e objetivo do contrato entre a recorrente e a Incentive House o fundamento do lançamento será aniquilado;
- Que o objeto social da Incentive House é a prestação de serviço de criação, planejamento ou implantação de sistemas e ou convênios nas áreas de motivação, incentivos, promoções, viagens, lazer, entretenimento e outros, inclusive por meio de emissão de vales, cupons e cartões, sendo que o objeto do contrato é o planejamento desenvolvimento e gerenciamento de programas de motivação e incentivo para o aumento de produtividade e de programas de fidelidade, utilizando-se de sistema de premiação, o que deixa evidente que os prêmios não são destinados só aos empregados, pois tais programas de dirigem mais a clientes do que a empregados;
- Que a conclusão de que o objeto do contrato é voltado para empregados e não para terceiros está deturpada, pois o aumento da produtividade é consequência do programa de fidelidade, pois este é direcionado a terceiros;
- Que o objeto social da atuada é prestação de serviços a terceiros e que o contrato firmado com a Incentive House está dentro de suas atividades;
- Que o Acórdão recorrido está eivado pela omissão, pois não analisou a preliminar suscitada, no que se refere ao procedimento fiscalizatório que se teria iniciado em denúncia a uma empresa de outro Estado é de forma anônima;
- Que a partir desta denuncia as empresas contratantes da Incentive House, inclusive, a ora recorrente passaram a ser fiscalizadas e autuadas como sonegadas, com base nas notas fiscais, sendo autuação sem fundamentação legal, violando o devido processo legal a presunção de inocência, o que representa abuso de direito;
- Que a Incentiva House esclareceu que o FLEXCARD não tem por finalidade o pagamento de salários, ainda que parcial, pois sua utilização, pela empresa cliente, deve ser destinada a premiação daqueles que integram o universo de colaboradores para o desenvolvimento de seu negócio (vendedores, revendedores, distribuidores, consumidores, etc);
- Que por não haver lançamento contábil inadequado ou incorretos é difícil entender a conclusão da fiscalização, serviços de terceiro não pode ser considerado fato gerador da contribuição social previdenciária, sendo que este foi devidamente contabilizado nos livros comerciais, o que é prova a favor da empresa;

- Que a conclusão da fiscalização e a notificação são ineptas por falta de fundamentação, pois a conclusão não decorre dos fatos apurados, em especial por considerar contrato com terceiros como fato gerador de contribuição, não estando isto previsto em lei, sendo nula a notificação;
- Conclui, dizendo que resta claramente demonstrada a improcedência da notificação, não sendo aceitável a conclusão da fiscalização e nem exigível a atuação, que de forma não fundamentada promoveu lesão irremediável às garantias constitucionais do devido processo legal, aplicando penalidade indevida;
- Finaliza requerendo: a) integral provimento ao recurso com declaração de improcedência do lançamento e anulação da notificação.

O Recurso Voluntário foi considerado tempestivo, fls. 130 e 131.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 131.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme AR, de fls. 114, recebido em 21/12/2007, e carimbo de recepção do recurso, de fls. 115, o que também foi reconhecido, as fls. 130 e 131.

Em Preliminar.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002.

Neste diapasão apresenta-se, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária, fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem. Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

Assim, tem-se no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já havia reconhecido a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

RECURSO ADMINISTRATIVO - DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.

(RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236.

(grifos do subscritor).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. Desta forma, e tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica admito o presente recurso.

Registre-se, ainda, por oportuno que o depósito recursal foi extinto pelo MP 413/2008 convertida na Lei 11.727/2008.

No mérito tem-se.

O ponto controverso reside na caracterização dos prêmios pagos como verba salarial ou não em razão de sua suposta eventualidade, a fim de se verificar a incidência ou não de contribuições sobre os valores pagos aos prestadores de serviço, por meio da utilização de cartões de premiação por intermédio da sociedade empresária Incentive House S.A.

Para o deslinde da questão é imprescindível a análise do campo de incidência das contribuições previdenciárias. De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir o trabalho, incluindo nesse conceito os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nestas palavras.

Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97).

PARECER/CJ Nº 2.952

ASSUNTO: Fato Gerador da Contribuição Previdenciária.

Aprovo. Publique-se.

Em, 16 de janeiro de 2003.

RICARDO BERZOINI

EMENTA: SEGURIDADE SOCIAL. CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E CONTRIBUIÇÃO DO EMPREGADO. FATO GERADOR. OCORRÊNCIA COM A EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. O fato gerador da contribuição previdenciária da empresa incidente sobre a folha de salários e demais rendimentos e contribuição do empregado sobrevém com a efetiva prestação do serviço, quando surge para a empresa o dever de remunerar o trabalhador. Inteligência dos artigos 22, inciso I, 28 e 30, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991

Pelo exposto o campo de incidência é delimitado pelo conceito remuneração. Remunerar significa retribuir o trabalho realizado. Desse modo, qualquer valor em pecúnia ou em utilidade que seja pago a uma pessoa natural em decorrência de um trabalho executado ou

de um serviço prestado, ou até mesmo por ter ficado à disposição do empregador, está sujeito à incidência de contribuição previdenciária.

Cabe destacar nesse ponto, que os conceitos de salário e de remuneração não se confundem. Enquanto o primeiro é restrito à contraprestação do serviço devida e paga diretamente pelo empregador ao empregado, em virtude da relação de emprego; a remuneração é mais ampla, abrangendo o salário, com todos os componentes, e as gorjetas, pagas por terceiros. Nesse sentido é a lição de Alice Monteiro de Barros, na obra Curso de Direito do Trabalho, Editora LTR, 3ª edição, página 730.

O salário pode ser pago em dinheiro, bem como em utilidades, como alimentação, vestuário, habitação, ou outras prestações in natura. Na caso dos autos tais prêmios foram pagos em espécie na forma de crédito em cartões de bonificação.

Desse modo, a questão da habitualidade para fins de incidência de contribuições previdenciárias somente é relevante quando a parcela paga não for em dinheiro, pois do contrário estaremos na área de atuação do artigo 22, I e II, c/c o artigo 28, I, ambos, da Lei 8.212/91.

O dinheiro é a ferramenta de troca universal, e logicamente por meio de tal recurso, o beneficiário conseguirá satisfazer as suas necessidades básicas e conforme sua disponibilidade financeira escolherá o bem que lhe convier.

O pagamento para o trabalho não acarreta um rendimento para o trabalhador, um ganho ou uma vantagem para este, são valores despendidos pelo empregador e utilizados pelo trabalhador como imprescindíveis para a realização do trabalho. Não há provas nos autos de que os valores tenham sido pagos para que o trabalho fosse possível.

Pelo contrário, há provas de que os trabalhadores receberam os valores em razão do trabalho, obtendo assim um ganho econômico, uma vantagem financeira, em razão dos serviços que foram prestados à recorrente. Portanto, foram valores pagos pelo trabalho realizado, sendo uma retribuição pelos mesmos.

O pagamento do prêmio é atrelado ao cumprimento de certas metas e condições impostas pela recorrente. O critério que a sociedade empresária utilizou para pagar a verba a seus segurados é irrelevante para o deslinde da questão.

Os prêmios se caracterizam por atendimento a determinadas condições impostas pelo empregador, possuindo natureza remuneratória, integrando o salário-de-contribuição. Aliás, como transcrito pela recorrente em seu arrazoado.

Portanto, para a conceituação do prêmio como salário ou como dívida patronal, pouco importa o rótulo com que é concedido: se corresponder a trabalho executado por força do contrato do emprego, será sempre salário; se constituir recompensa à forma pela qual o trabalhador cumpriu suas obrigações (já remuneradas pelo salário ajustado), será uma liberalidade da empresa, cuja repetição não a obrigará 'ad futurum'.

Para o trabalhador fazer jus ao prêmio este deve promover um acréscimo em seu desempenho pessoal, dando uma maior produtividade a empresa. Como já analisado a empresa não demonstrou que as verbas foram pagas para o trabalho e não pelo trabalho. Além do mais, o nome dado à verba é irrelevante, o que interessa é saber se a recorrente remunerou ou não o trabalho realizado.

No presente caso, não resta dúvidas que este era o papel do sistema de prêmios, a partir das provas colacionadas, de que a verba foi paga pelo trabalho em retribuição ao trabalho ou serviço prestado e pelo aumento da produtividade do trabalhador.

No presente caso, é inconteste que houve prestação de trabalho e serviço à sociedade empresária pelos segurados empregados e os valores pagos estão no campo de incidência tributária, por remunerarem as atividades citadas.

Uma vez que a notificada remunerou os seus trabalhadores, deveria efetuar o recolhimento à Previdência Social. Não efetuado o recolhimento este pode ser objeto de lançamento de ofício.

O fato de os valores serem repassados por uma interposta empresa, no caso a Incentive House S.A., não desnatura o fato gerador de contribuições previdenciárias em relação à recorrente. O encargo financeiro foi suportado pela recorrente, conforme demonstram as notas fiscais examinadas pela fiscalização; a Incentive House simplesmente cumpria as determinações da recorrente, que informava os valores que deveriam ser disponibilizados aos segurados, bem como a relação nominal destes trabalhadores. Os valores percebidos pelos trabalhadores surgiram em função do vínculo com a recorrente e não de vinculação com a Incentive House.

A alegação de que o prêmio é eventual e desvinculado do salário, não se sustenta, pois o prêmio era pago todas as vezes que o trabalhador atingia certo patamar de produtividade e esta era aferida com certa periodicidade, o que levava o trabalhador a incrementar sua atividade laboral, ou seja, trabalhar mais, promovendo um ganho adicional ao empregador.

A habitualidade é assim definida pelo Prof. Sergio Pinto Martins em sua obra Direito da Seguridade Social, editora Atlas, 18ª edição, ano 2002, página 154.

“Ganhos” serão, portanto, as prestações fornecidas ao empregado de maneira habitual, decorrentes do contrato de trabalho, incluindo tanto o pagamento em dinheiro, como o fornecimento de utilidade.

“Habitual” é o que é feito com hábito, com costume, de forma repetida, duradoura, frequente.

Inexiste um critério preciso para a configuração da habitualidade, porém é possível indicar como sendo o pagamento feito por mais de três meses, ou por mais de seis meses, em um período de doze meses.

Os ganhos habituais serão prestações que o empregado recebe, porém não tem de despendar numerário para adquirir, fazendo com isso uma economia, sendo, assim, considerado ganhos.

O citado mestre em outra obra sua diz:

A natureza jurídica do prêmio decorre de fatores de ordem pessoal relativos ao trabalhador, ou seja, seria uma espécie de salário vinculado a certa condição. Havendo pagamento habitual, terá natureza salarial, integrando as demais verbas trabalhista pela média¹.

Também, os tribunais pátrios entendem que a pagamento de prêmios são base de cálculo da contribuição previdenciária, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DAS EMPRESAS EM GERAL. LEI 7.787/89. INCIDÊNCIA SOBRE PARCELA DENOMINADA 'PRÊMIO PRODUÇÃO'. CARÁTER REMUNERATÓRIO. 1. O lançamento de contribuição previdenciária patronal, relativa aos meses de julho, agosto e setembro do ano de 1990 rege-se pela Lei 7.787/89, vigente à época do fato gerador (CTN, art. 144). 2. **Dispondo, o art. 3º da Lei 7.787/89, que a base de cálculo da exação é "o total das remunerações pagas ou creditadas, a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados empregados" e, considerando-se que o "prêmio produção", no caso concreto, consistiu em "gratificação destinada à recuperação do serviço telefônico prejudicado por movimento paredista deflagrado pelo Sindicato dos empregados" (fl. 167), de caráter nitidamente remuneratório, resta evidente a incidência da contribuição previdenciária patronal. 3. Recurso especial interposto pelo INSS provido e recurso da Brasil Telecom S/A prejudicado. (RESP 200301178126, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 31/08/2006)**

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS A PARTIR DO FATO GERADOR. ART. 150, §4º, CTN. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMULAÇÃO, DOLO OU FRAUDE. PRECEDENTES. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. AJUDA DE CUSTO ALUGUEL. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. PRÊMIO DE PRODUÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE LUCROS. 1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, segue-se a norma inscrita no art. 150, §4º, do CTN, ou seja, tem-se como termo a quo para contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a data da ocorrência do fato gerador, exceto quando não há pagamento antecipado ou em situações em que se comprovar dolo, fraude ou simulação, hipótese em que dies a quo passaria a ser o primeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no termos do art. 173, I, do CTN. 2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. (STJ - REsp 395059. Rel. Ministra ELIANA CALMON. DJ 21/10/2002). 3. **O prêmio desempenho faz parte**

¹ Martins, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. São Paulo. Editora Atlas, 2002, 15ª Edição, página 246.

da remuneração paga a seus empregados, devendo incidir contribuição previdenciária sobre essa rubrica. 4. As verbas pagas ao empregado para auxiliar nas despesas de aluguel, ainda que tenham denominação de auxílio ou de ajuda de custo, não possuem natureza indenizatória, mas remuneratória, pois são concedidas de forma habitual aos trabalhadores da empresa e, por esta razão, estão inseridas no conceito de remuneração, compondo a base de cálculo da contribuição. Precedentes do STJ. 5. Se o pagamento do auxílio creche/babá é feito em desacordo com as normas pertinentes, e, conforme o art. 28, §9º, “s”, da Lei nº 8.212/91, em interpretação a contrario sensu, resulta na inclusão do benefício na base de cálculo da contribuição previdenciária. 6. O art. 7º, XI, da Constituição Federal, é norma de eficácia plena no que diz respeito à natureza não-salarial da verba destinada à participação nos lucros da empresa, pois explicita sua desvinculação da remuneração do empregado; no entanto, é norma de eficácia contida em relação à forma de participação nos lucros, na medida em que dependia de lei que a regulamentasse. (Resp 675.433). 7. Apelação autoral improvida. Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providos.(AC 199751010175528, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, 28/09/2009)

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE SALÁRIO-MATERNIDADE, ADICIONAIS NOTURNO, DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE, COMISSÕES E PRÊMIOS DE PRODUÇÃO. CABIMENTO DA EXAÇÃO. De acordo com a alínea 'a' do inciso I, do artigo 195, com redação posterior à Emenda Constitucional nº 20/98, a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada incidirá sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.” A partir da emenda constitucional, estava o legislador ordinário autorizado a fazer incidir a contribuição previdenciária sobre quaisquer rendimentos pagos ao trabalhador, não importando a denominação dada. O eg. Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que as contribuições para a seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária, quando compreendidas nas hipóteses do art. 195, I da CF/88, só se exigindo lei complementar quando se trata de criar novas fontes de financiamento, pelo que não se lhe aplica a regra do art. 194, § 4º da CF/88. Toda a remuneração percebida pelo trabalhador é passível da cobrança da contribuição previdenciária, haja vista comporem o salário-de-contribuição. Integram o salário, todas as parcelas habitualmente recebidas pelo trabalhador como contraprestação de um serviço realizado, não importando aqui se a denominação dada é gratificação, adicional, ou qualquer outra. No que se refere ao salário-maternidade, a própria Lei nº 8.212/91 é expressa em determinar a incidência de contribuição

previdenciária sobre tal verba. Os adicionais noturno, de horas extras, de insalubridade e de periculosidade nada mais são do que a contraprestação por um serviço realizado, não havendo que se falar em caráter indenizatório de tais verbas. Encontram-se enumeradas no art. 28, § 9º, as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não está prevista a exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade. A inclusão dos referidos adicionais na base-de-cálculo da contribuição previdenciária tem ainda seu fundamento na própria Constituição, (artigo 201).

O prêmio de produção pago periodicamente ao empregado tem natureza salarial por se constituir em parcela variável da remuneração, à semelhança das comissões.(AC 200150010098604, Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, 01/07/2009)

Obs: os destaques não contam dos originais.

TRF2

AC199751010175528AC - APELAÇÃO CIVEL - 341935

TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS A PARTIR DO FATO GERADOR. ART. 150, §4º, CTN. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMULAÇÃO, DOLO OU FRAUDE. PRECEDENTES. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. AJUDA DE CUSTO ALUGUEL. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. PRÊMIO DE PRODUÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE LUCROS.

3. O prêmio desempenho faz parte da remuneração paga a seus empregados, devendo incidir contribuição previdenciária sobre essa rubrica.

(grifo do relator deste recurso administrativo)

O decreto em nada ultrapassa a sua competência como alegado pela recorrente e a questão é simples para fins trabalhista quem define salário é a CLT para fins previdenciários quem define salário é o Plano de Custeio e Organização da Seguridade Social, ambos, os instrumentos são leis, assim, por simples regra de hermenêutica e lógica do sistema só outra lei pode alterar, restringir, ampliar e modificar tal conceito, o decreto apenas deixo isto claro. Assim sendo, inexistente a citada ilegalidade do decreto.

Não há dúvidas da habitualidade do pagamento, pois num período fiscalizado de trinta e cinco meses o prêmio foi paga em vinte e seis destes meses.

O agente lançador bem analisou o objeto e objetivo do contrato e deixou isto claro em seu Relatório Fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – REFISC, de fls. 31 a 34. Aliás, estes demonstram sem sombras de dúvidas que a Cliente (contratante) pagava os valores que eram disponibilizados e a prestadora (contratada) disponibilizava os recursos alocados pela cliente para pagamento dos prêmios concedidos, por intermédio dos cartões.

Ainda, que os prêmios não fossem destinados exclusivamente aos empregado em nada isto afeta a notificação, pois o agente notificante deixou explícito que o crédito abrange a remuneração paga aos empregados por meio de cartão de premiação, o que por certo exclui qualquer outro tipo de colaborador. Além do que, tal alegação está desprovida de qualquer elemento probatório.

Em momento algum o objeto social da prestadora foi criticado, isto é, irrelevante. O que importa no lançamento é o fato da cliente (contratante) ora recorrente se utilizar de terceira pessoa para disponibilizar valores salariais a seus próprios empregados apenas este repasse intermediado foi objeto da notificação.

O Acórdão de primeiro grau, embora, de forma lacônica e parcimoniosa cuida da preliminar suscitada na impugnação, ao demonstrar a ocorrência do fato gerador da exação e ao dizer que a Portaria 10.875/2007 veda a apreciação de legalidade e inconstitucionalidade.

O lançamento está calçado nos artigos 142 c/c o 149, ambos, da Lei 5.172/66, bem como no artigo 8º, da Lei 10.593/2002 c/c o artigo 2º, da Lei 11.457/2007, sendo irrelevante o motivo pelo qual a fiscalização foi implementada, o que importa é que ela foi realizada, haja vista, que é pelo procedimento fiscalizatório, que se busca a comprovação dos fatos, estando tal procedimento dentro do planejamento do ente fiscalizador, sendo que qualquer conduta incorreta do contribuinte não que tange a arrecadação das contribuições só lhe será endereçada com o notificação do lançamento, momento que surge para este a oportunidade de se defender.

EMENTA: HABEAS CORPUS. "DENÚNCIA ANÔNIMA" SEGUIDA DE INVESTIGAÇÕES EM INQUÉRITO POLICIAL. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E AÇÕES PENAIIS NÃO DECORRENTES DE "DENÚNCIA ANÔNIMA". LICITUDE DA PROVA COLHIDA E DAS AÇÕES PENAIIS INICIADAS. ORDEM DENEGADA. Segundo precedentes do Supremo Tribunal Federal, nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada "denúncia anônima", desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados (86.082, rel. min. Ellen Gracie, DJe de 22.08.2008; 90.178, rel. min. Cezar Peluso, DJe de 26.03.2010; e HC 95.244, rel. min. Dias Toffoli, DJe de 30.04.2010). No caso, tanto as interceptações telefônicas, quanto as ações penais que se pretende trancar decorreram não da alegada "notícia anônima", mas de investigações levadas a efeito pela autoridade policial. A alegação de que o deferimento da interceptação telefônica teria violado o disposto no art. 2º, I e II, da Lei 9.296/1996 não se sustenta, uma vez que a decisão da magistrada de primeiro grau refere-se à existência de indícios razoáveis de autoria e à imprescindibilidade do monitoramento telefônico. Ordem denegada HC 99490 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA Julgamento: 23/11/2010.

(grifo meu).

Os esclarecimentos que possa ter feito a empresa contratada são irrelevantes frente ao fisco, pois cabe a este verificar se a hipótese de incidência abstratamente descrita na

norma se encaixa e se amolda a qualquer conduta do contribuinte, caso isto ocorra tem-se o fato gerador e nasce a exação, nos termos do artigo 113, 194 a 196, da Lei 5.172/66.

Demonstrou-se de forma cristalina e objetiva que, o que foi objeto de tributação não foi o serviço da pessoa jurídica contratada – Incentive House -, mas sim os pagamentos realizados por esta interposta pessoa, por intermédio do sistema de premiação de produtividade, via cartões, aos empregados da contratante recorrente. Ou seja, o pagamento de salários pelo empregador, ainda, que por via transversa ou oblíqua.

Fica, assim, afastada a alegação de falta de fundamentação do lançamento e de violação às garantias constitucionais alegadas.

Desta fora, inexistem motivos para declarar a improcedência do lançamento, bem como para anular a notificação.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo **CONHECIMENTO** do recurso para no mérito **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, pois não há razão jurídica ou fática para declarar a improcedência do lançamento, bem como para anular a notificação.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.