



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10670.005143/2008-34
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-007.384 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de outubro de 2020
Recorrente PRONTOCOR DE MONTES CLAROS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2004

MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

No curso do contencioso fiscal relativo a processo de multa por descumprimento de obrigação acessória, é incabível nova discussão das mesmas matérias de mérito já decididas anteriormente no processo vinculado em que se tratou do Auto de Infração por descumprimento de Obrigação Principal, devendo-se aplicar ao presente processo os reflexos da decisão do processo principal.

O descumprimento da obrigação acessória de informar na GFIP os fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, enseja a aplicação de multa nos termos da legislação vigente.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

O presente processo trata de recurso voluntário impetrado em face do Acórdão 02-23.356, de 13 de agosto de 2009, exarado pela 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Belo Horizonte/MG, fl. 303 a 317, relativa ao DEBCAD 37.189.976-1, que assim relatou a lide administrativa:

Relatório

Trata-se de lançamento de crédito previdenciário decorrente da aplicação de multa por descumprimento pelo interessado da obrigação acessória prevista na legislação tributária de apresentação da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias.

De acordo com o relatório fiscal não foram informados os fatos geradores relativos:

à pagamentos aos empregados e contribuintes individuais, sócios-gerentes e trabalhadores autônomos contratados, conforme Demonstrativo dos Trabalhados Não Informados em GFIP, (fls.19);

à salário-família pago aos empregados e deduzidos indevidamente das contribuições correntes em razão dos descumprimento dos requisitos legais para concessão desse benefício, conforme Demonstrativo do Pagamento Indevido do Salário Família - Acima do Limite e Demonstrativo da Glosa do Salário Família Pago sem Exigência da Frequência Escolar (fls.20,21 22);

à abono pago para compensação de diferenças salariais anteriores ao Acordo Coletivo de Trabalho do ano de 2004, conforme Demonstrativo do Pagamento do Abono Salarial e do Cálculo dos Segurados e Demonstrativo Abono Salarial Registrado Exclusivamente na Contabilidade e do Cálculo dos Segurados (fls. 23 à 32);

à remuneração de trabalhadores contratados por intermédio de cooperativas de trabalho, caracterizados como segurados empregados, conforme Demonstrativo da Caracterização dos Médicos Plantonistas (fls.33 à 35).

De acordo com o mesmo relatório foram também lavrados nos mesmo procedimento fiscal:

DEBCAD	ASSUNTO
37.189.970-2	Contribuições Patronais sobre caracterização segurado empregado
37.189.971-0	Contribuição segurado sobre caracterização segurado empregado
37.189.972-9	Contribuições outras entidades sobre caracterização segurado empregados
37.189.973-7	Contribuições patronais sobre abono e glosa de salário família
37.189.974-5	Contribuições segurados sobre abono e glosa salário-família
37.189.975-3	Contribuições outras entidades sobre abono e glosa salário-família
37.189.977-0	Deixar preparar Folha Pagamento de todos trabalhadores
37.189.978-8	Deixar de descontar a contribuição do segurado.

Informa o Auditor Fiscal que a multa foi aplicada e atualizada de acordo com os dispositivos legais pertinentes e corresponde a 100% (cem por cento) do valor devido relativo a contribuição não declarada e limitada de acordo com o número total de segurados da empresa, conforme Demonstrativo do Valor Total das

Contribuições Devidas e Demonstrativo do Cálculo da Multa Aplicada (fls.17 e 18), tendo sido fixada no valor mínimo em razão da ausência de circunstância atenuante prevista no artigo 291 do Regulamento da Previdência Social RPS.

A empresa na defesa apresentada contesta o crédito lançado, em síntese, sob os seguintes argumentos:

Não é atribuição do órgão fiscalizador a interpretação de Lei ou situação jurídica, mas a fiscalização de seu exato cumprimento, na forma que lhe é apresentada;

A pesquisa da verdadeira configuração na relação de trabalho deve ocorrer exclusivamente através do poder judiciário, não podendo ser realizada de ofício;

A relação de emprego é algo que deve ser analisado individualmente e nunca de maneira genérica como feita pelo Auditor. Para cada médico que se alega haver um vínculo, deveria haver um processo judicial na justiça do trabalho para descobrir se este vínculo realmente existe;

Os médicos em questão prestam também plantões em diversos outros hospitais, serviços em consultórios particulares clínicas e outras entidades e nunca existiu nenhuma reclamação trabalhista destes profissionais pleiteando reconhecimento de vínculo empregatício comprovando que, se não o fizeram até hoje, é porque sabem claramente que não possuem vínculo empregatício junto ao Hospital Prontocor.

A empresa não forçava os médicos a exercerem os plantões neste ou naquele dia, de modo que os plantões eram pré acordados em negociações que envolviam a impugnante, a cooperativa e o próprio médico;

A empresa impugnante não tinha o poder de demitir os médicos mesmo se insatisfeita com os serviços prestados caso em que a cooperativa cuidaria de substituí-los, transferindo-os para outro hospital conveniado e que tivesse disponibilidade;

O pagamento era feito pela cooperativa e não pela empresa impugnante;

Pelo exposto observa-se a ausência de requisitos essenciais para caracterização dos médicos plantonistas como segurados empregados

O RPS, mais precisamente o seu artigo 229, §2º, citado pelo Auditor foi derrubado pelo TST, não possuindo validade;

Os acordos coletivos de trabalho têm força normativa de lei e, portanto podem sim estabelecer abonos sem natureza salarial;

A Constituição Federal em seu artigo 7º, inciso XXVI, assegura como direito dos trabalhadores o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, o que significa que através da Convenção Coletiva, o Estado concede às partes acordantes o poder de auto regular interesses gerais e abstratos da categoria, desde que não afronte norma típica de ordem pública;

Os abonos concedidos foram eventuais, posto que pagos de maio a novembro de 2004;

Os tribunais têm entendido da mesma forma conforme RR 778.753/01.4 DO TST;

A integração do abono ao salário traria benefícios para os empregados representados pelo sindicato, que utilizaram o livre arbítrio para abrir mão desta integração uma concessão durante a negociação;

A empresa está completamente regular em se tratando de salário família possuindo os documentos que comprovam tal alegação, que segue a risca o que foi estabelecido em lei e que reapresenta o citados documentos junto à impugnação.

Pelo exposto pede a impugnante a anulação do presente Auto de Infração por se tratar de multa em função de fatos geradores controversos que estão sendo impugnados e, para aprovar os fatos alegados, requer a produção por todos os meios admitidos em direito, especialmente a apresentação de prova documental e testemunhal.

Debruçada sobre os termos da impugnação, a 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte/MG exarou o Acórdão ora recorrido, em que julgou a impugnação procedente em parte, unicamente para considerar, no presente processo, os reflexos decorrentes de provimentos parciais da impugnação formalizada nos autos oriundos do mesmo procedimento fiscal. Não houve manifestação de mérito sobre os argumentos da defesa por este terem sido tratados nos processos em que se discutem as exigências decorrentes do descumprimento de obrigação principal. Ademais, o Julgador de 1ª Instância determinou a aplicação da retroatividade benigna.

Ciente do Acórdão da DRJ em 17 de setembro de 2009, fl. 321, ainda inconformado, o contribuinte apresentou, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fl. 323 a 351 em que reitera as razões apresentadas no curso da impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Relator

Por ser tempestivo e por atender as demais condições de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

Após breve histórico da celeuma administrativa, o recorrente apresenta as razões que entende justificar a modificação da decisão recorrida.

Em apertada síntese, pode-se afirmar que toda a peça recursal busca demonstrar a improcedência do lançamento a partir dos exatos termos em que se deu a defesa da mesma matéria nos processos que tratam das exigências por descumprimento de obrigações principais.

Como é de elementar sabença, a presente autuação decorre de outra em que se apurou infração por descumprimento de obrigação principal, sendo certo que, a partir da identificação de tal descumprimento, como consequência lógica, são identificadas divergências nas informações prestadas em GFIP. Assim, a autuação que se discute nos autos é diretamente

relacionada a uma obrigação principal descumprida e, normalmente, tratada em processo diverso. Assim, para contestar os motivos que lastrearam o lançamento, os argumentos de defesa, também como regra, acabam por tratar da mesma matéria suscitada no AIOP.

Quando ambas as autuações, AIOP e AIOP, são tratadas no mesmo processo, não há maiores problemas. Contudo, quando os lançamentos são julgados de forma segregada, existe a possibilidade, caso haja análise do mérito das obrigações principais no julgamento do processo de obrigação acessória, de serem emitidas decisões divergentes que, naturalmente, resultarão em dificuldades para cumprimento do decidido pela unidade responsável pela administração do tributo.

Assim, parece salutar, nos processos de obrigação acessória que se mostrem reflexos de um processo de obrigação principal, que não haja manifestação do julgador sobre tema que já tenha sido analisado no mesmo âmbito recursal, 1ª ou 2ª Instância. Mais ainda quando o tema de mérito já tenha assumido caráter de definitividade na seara administrativa.

A análise dos autos evidencia que o mesmo conteúdo do recurso sob análise foi objeto dos recursos apresentados em processos diversos, dando origem a Acórdãos diversos, todos sob a relatoria deste Conselheiro. Assim, transcrevo abaixo as conclusões já exaradas sobre cada item da defesa, as quais constam dos Acórdãos emitidos nos processos 10670.005149/2008-10 e 10670.005144/2008-89:

DA PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL PARA INTERPRETAÇÃO DE RELAÇÃO JURÍDICA E DO EQUÍVOCO DO JULGADOR QUANTO A VIGÊNCIA DO §2º DO ARTIGO 229 DO REGULAMENTO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL.

Afirma a defesa que não é atribuição do órgão fiscalizador a interpretação de lei ou situação jurídica, mas a fiscalização de seu exato cumprimento, na forma como lhe é apresentada.

Sustenta que o § 2º do art. 229 do Regulamento da Previdência Social foi derrubado pelo TST porque concedia ao Auditor-Fiscal, membro do Poder Executivo, poderes próprios de Juiz, violando o Princípio Constitucional de separação dos poderes.

Reafirma que o Auditor não pode impor ao fiscalizado sua interpretação jurídica, só lhe sendo permitido aplicar penalidades com respaldo do judiciário.

Alega que os documentos avaliados não são suficientes para caracterizar um vínculo empregatício, que é tema complexo e deve ser levada a termo por quem de direito, o poder judiciário.

Por fim aduz, citando entendimento do TRT da 12ª Região, que enquanto o judiciário faz atuar o direito, o Executivo cuida apenas de sua aplicação.

Sintetizadas as razões da defesa neste tema, cabe relembrar o que diz a legislação de regência:

Lei nº 8.212/1991:

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

I – como empregado:

a) aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado.

Decreto no 3.048/1999:

Art.229. O Instituto Nacional do Seguro Social é o órgão competente para: (...)

§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

A atividade de constituição do crédito tributário é tema de competência privativa da Autoridade administrativa, a quem compete, dentre outros, verificar a ocorrência do fato gerador do tributo e determinar a matéria tributável, tudo nos termos do art. 142 da Lei 5.172/66 (CTN). No exercício do seu mister, a Autoridade lançadora, a partir da análise dos elementos caracterizadores, pode desconsiderar o vínculo pactuado. Tal prática, vinculada e obrigatória, não afronta ou usurpa a competência da Justiça do Trabalho.

No que tange às contribuições previdenciárias, como em qualquer outro tributo, a avaliação da ocorrência do fato gerador não depende exclusivamente da forma com que a empresa enxerga a sua relação com os profissionais com quem atua. Tal avaliação demanda análise do caso concreto e identificação da ocorrência dos elementos caracterizadores do vínculo elencados pelo no citado art. 12 da lei 8.212/96, a saber, pessoalidade, não eventualidade, subordinação e onerosidade.

A visão peculiar do recorrente sobre elementos tão basilares do Direito, ao mesmo tempo em que causa surpresa neste Relator, caminha no sentido inviabilizar a atividade de fiscalização ao limitar a competência para interpretar uma norma legal apenas ao Judiciário.

A citada surpresa estaria na avaliação recursal equivocada de que o Auditor Fiscal não teria competência para interpretar a legislação. Isso não faz o menor sentido. O próprio contribuinte tem tal prerrogativa e assim o fez quando avaliou que a forma de contratação de profissionais adotada seria a mais adequada para sua atividade. Interpretar um comento legal é papel que compete a cada cidadão. Do contrário, nem mesma haveria a necessidade de publicidade de atos legais, afinal, de que adiantaria saber o teor de um ato normativo qualquer se não poderia, a partir da leitura de seus termos, aplicar o preceito em sua rotina.

Naturalmente, podem ocorrer litígios decorrentes das diversas interpretações individuais e as ferramentas para uniformização de tais pontos de vista estão ao dispor da sociedade, inclusive no âmbito administrativo fiscal, mas com a certeza que, se a ele for submetido, cabe ao Judiciário a palavra final sobre o alcance da letra da lei.

Conforme já visto alhures, o art. 142 da Lei 5.172/66 é inequívoco ao afirmar que compete à Autoridade administrativa a atividade de constituição do crédito tributário pelo lançamento, em que, inevitavelmente, é necessário verificar a ocorrência do fato gerador em sua essência, e não na forma como se apresentam formalmente, determinando a matéria tributável e aplicando a penalidade cabível.

Por fim, não foi juntado pela defesa, tampouco identificado por este relator, qualquer ato judicial que tenha extirpado do mundo jurídico a norma contida no § 2º do art. 229 do Decreto 3.048/99.

Assim, rejeito a preliminar.

DO MÉRITO: A NÃO EXISTÊNCIA DE VÍNCULO EMPREGATÍCIO

Afirma a defesa que não existe vínculo empregatício com os médicos, já que, dentre os requisitos avaliados, equivocou-se a fiscalização no que tange à subordinação e remuneração.

Sustenta que os plantões eram acordados em negociações diretas com a cooperativa e esta com o médico. Que tais negociações não tinham documentação própria, mas restavam documentadas apenas com as escalas de plantões. Ademais, eventuais provas da existência de subordinação deveria ser apresentada por quem alega, a Receita Federal.

Alega que não tinha o poder de demitir tais profissionais e, nos casos necessários de substituição, apenas comunicava a cooperativa, a qual providenciava a transferência do profissional.

Quanto à remuneração, sustenta que quem pagava aos médicos era a cooperativa

Por fim, apresenta considerações sobre um acordo judicial com o Ministério Público do Trabalho que evidenciaria que o MP considerou regular a contratação de tais médicos. Restando acordado que a empresa não deveria contratar, por meio de cooperativas, trabalhadores ligados à sua atividade fim, ou seja, atividade hospitalar, não médica.

No que tange à subordinação e onerosidade, mister pontuar a análise efetuada pelo Agente Fiscal, fl. 29:

7.1.3 - Subordinação - a própria natureza dos serviços e as condições em que foram prestados não permitem garantir ao trabalhador a autonomia que afastaria o vínculo de subordinação à empresa tomadora dos serviços. Os serviços foram prestados em locais predeterminados, com cumprimento de jornada previamente estipulada e determinada pela administração e condicionada a Escala Mensal de Plantões. Importa observar que a subordinação se define independentemente da afirmação contrária das partes, ela se estabelece em função das próprias condições em que o trabalho é realizado. No caso em concreto, torna-se impossível imaginar um médico laborando em regime de plantão, exercendo as suas atividades sem que haja subordinação na relação jurídica.

7.1.4 - Remuneração - corresponde ao pagamento do serviço prestado consta da Relação de Atendimentos a Conveniado, correspondente ao repasse feito pela cooperativa relativo aos serviços prestados ao tomador.

Sobre a questão da onerosidade, assim se manifestou a Decisão recorrida:

A presença da onerosidade em relação aos serviços prestados, terceiro elemento fático, é facilmente reconhecida ao analisarmos as parcelas dirigidas a remunerar o trabalhador em função dos serviços individualmente e efetivamente realizados constantes da Relação de Atendimentos a Conveniado fls 35 a 39, ainda que seja tal verba qualificada como repasse à cooperativa de trabalho.

Já em relação à subordinação, o Julgador de 1ª Instância assim pontuou:

De acordo com a cláusula terceira do Contrato Social da impugnante o objeto da sociedade é *a prestação de serviços hospitalares, clínica de repouso com fornecimento de alimentação tendo iniciado suas atividade em 01/02/1972(fl.66).*

A fiscalização constatou que os plantões médicos eram realizados por cooperados associados à Cooperativa de Trabalho Médico e Profissionais da Área de Saúde do Norte de Minas Ltda — SANCOOP que conforme cláusula do contrato de

fls. se obrigou, a *através dos seus cooperados prestar assistência integral em todas as especialidades disponíveis, de acordo com as especialidades dos referidos associados, a todos os usuários da Contratante, nas dependências do Hospital Prontocor.*

Com relação à subordinação não se concebe que uma empresa que possua padrões mínimos de qualidade mantenha trabalhadores exercendo funções diretamente ligadas a sua atividade fim (como no caso dos médicos plantonistas) sem o caráter de subordinação, sem se assegurar que executarão suas tarefas de acordo com os padrões e critérios adotados pela empresa ainda que possa haver a participação do profissional contratado na organização dos serviços. (...)

Ressalte-se, mais uma vez, que ao exercerem a atividade diretamente relacionada com os serviços hospitalares os referidos profissionais se inseriram no eixo em torno do qual gravita a atividade empresarial do impugnante de modo que simultaneamente. A não eventualidade e a subordinação, esta última ainda que possa conter um viés mais brando, se mesclaram e legitimaram a caracterização da relação empregatícia. (...)

Não se trata de inverter o ônus da prova, mas de incumbir de fazer a comprovação àquele que tem condições de demonstrar o fato controvertido. Cabe a empresa demonstrar que procede a sua alegação, de que as atividades concernentes à sua atividade principal podem ser exercidas sem a necessidade de subordinação por parte de seus trabalhadores.

Limitado o litígio à questão da onerosidade e subordinação, com apresentação dos argumentos das partes envolvidas, passa-se à análise deste Relator.

O tema que merece menos detalhamento é o relacionado à onerosidade. Afinal, é inconteste que a atividade é remunerada, Não se trata de serviço voluntário prestado de forma graciosa. Trata-se de serviço médico prestado por profissionais habilitados mediante retribuição em dinheiro. O fato do pagamento se dar por intermédio de uma cooperativa não desnatura o caráter oneroso da atividade.

Quanto à subordinação, como se viu acima, estamos tratando de profissionais médicos plantonistas, que atuavam por escala regular (vide fl. 35/36) e que estavam a serviço da Prontocor, em suas dependências, em dias e turnos determinados e atendendo aos usuários da recorrente.

Neste sentido, não parece haver espaço para, a partir de tais peculiaridades e considerando que o exercício da medicina tem protocolos próprios a serem seguidos por todos seus profissionais médicos, pudéssemos entender pela ausência de subordinação.

O regimento Interno da recorrente, inserido nos autos a partir de fl. 53, evidencia diversas situações em que se mostra inequívoca a subordinação, conforme exemplos abaixo:

Artigo 1º O Hospital Prontocor de Montes Claros Ltda... ... disporá de um Corpo Clínico cuja constituição é composto por todos os médicos que nele trabalham, segundo as normas contidas neste Regimento Interno. Poderão fazer parte do Corpo Assistencial os demais profissionais da área de saúde com nível superior. (...)

Artigo 2º Os médicos que compõem o Corpo Clínico se organizarão nas seguintes clínicas: (...)

§ 1º Cada uma das clínicas que compõem a estrutura organizacional do Hospital terá um coordenador a ser eleito clínica, referendado pela instituição. (...)

Artigo 16 - Qualquer membro do Corpo Clínico será considerado infrator, sujeito às penalidades deste regimento quando: (...)

Artigo 20 - Os atos médicos que impliquem grande risco de vida, incapacidade física permanente deverão ser previamente submetidos à apreciação do Diretor Clínico e da Comissão de Ética, com registro em ata.

§ Único: em caso de urgência, esta junta poderá ser exercida por três médicos presentes ao ato, sendo o fato posteriormente comunicado ao Diretor Clínico.

Considerando desnecessários maiores detalhamentos do Regimento Interno acima, pondera-se que, além da liberdade técnica própria da profissão, onde estaria embutida a autonomia dos citados profissionais se estes estão submetidos à coordenação, à direção, à comissões de ética e a penalidades instituídas pela própria instituição?

Na verdade, a subordinação não se verifica, exclusivamente, nos casos em que ocorrem comandos diretos sobre a atividade do colaborador, mas se manifesta, igualmente, com a inserção do trabalhador na dinâmica da atividade econômica do tomador dos serviços, como o que se vê no caso presente, em que todos os membros do Corpo Clínico estão inseridos na estrutura da entidade autuada e a ela submetidos por direção e fiscalização.

Assim, presente o critério de subordinação, irrelevante para o caso sob apreço o conteúdo de ajuste efetuado com o Ministério Público do Trabalho, já que, conforme exposição supra, a atividade de lançamento é competência privativa da Autoridade administrativa, cabendo apenas a este Conselho avaliar tal autuação sob o prisma da legalidade.

Assim, nada a prover neste tema.

ABONO SALARIAL

Afirma a defesa que se viu obrigada ao pagamento do abono mensal durante o período de 05 a 11/2004 para todos os funcionários representados pelo Sindicato de Empregadores de Estabelecimento de Serviços de Saúde de Montes Claros, valor este que não foi integrado ao salário dos funcionários e foi pago em razão de Acordo Coletivo de Trabalho.

Sustenta que tal Acordo tem força de lei e pode estabelecer abonos de natureza salarial, conforme precedente que cita. Afirma, ainda, que os valores foram concedidos de forma eventual, já que foram pagos no período de maio a novembro de 2004.

Assim, é justa a anulação de todas as infrações relacionadas ao citado abono indenizatório.

Sintetizadas as razões da defesa, importante lembrar as considerações do Relatório fiscal sobre os tema, fl. 52 a 56,

A empresa, por força de Termo de Acordo Coletivo de Trabalho, de 24/05/2004, ficou obrigada a pagar um abono mensal durante o período de 05/2004 a 11/2004, previamente estipulado e vinculado ao nível da categoria funcional, objetivando compensar as diferenças salariais de possíveis perdas anteriores à data base dos empregados em estabelecimentos de serviços de saúde de Montes Claros. A empresa, induzida ao erro pelo Termo de Acordo Coletivo de Trabalho, que diz que o abono não integra o salário para qualquer fim, deixou de considerá-lo com base de incidência das contribuições previdenciárias. No entanto, Os abonos

de qualquer natureza integram a remuneração para todos os fins e efeitos, exceto aqueles cuja incidência seja expressamente excluída por lei, conforme expresso no inciso "j", do parágrafo 9º, do art. 214 do RPS — Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06 de maio de 1999. A determinação expressa em lei não pode ser negociada, transacionada ou transgredida em acordo coletivo de trabalho ou de qualquer natureza.

Salutar, portanto, rever os exatos termos da legislação que trata da matéria:

Lei 8.212/91

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) (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (...)

e) as importâncias: (...)

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (Redação dada pela Lei nº 9.711, de 1998). Grifou-se

Decreto 3.048/99

Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição:

I - para o empregado e o 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; (...)

§9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:(...)

V - as importâncias recebidas a título de: (...)

j) ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 1999) Grifou-se

Acerca da tributação do abono, neste caso pago nas competências 05 a 11/2004, alega o sujeito passivo se tratar de parcela paga em razão de Acordo Coletivo e que foi repassada de forma eventual, o que lhe retira a natureza de salário de contribuição.

Objetivando clarear ainda mais a controvérsia sobre a questão, relevante destacar os termos do Parágrafo Primeiro da Cláusula Décima Nona do citado Acordo Coletivo de Trabalho, fl. 92, no qual se verifica existência da previsão de pagamento de abono salarial nos seguintes termos:

Parágrafo Primeiro: As partes usando do direito a livre negociação, transigiram e transacionaram possíveis diferenças anteriores, para isto ajustando com pagamento de um abono indenizatório, dividido em 07 (sete) parcelas, mensalmente, a partir de 01 de maio de 2004, a todos os seus empregados as importâncias abaixo discriminadas, sendo que tais valores no integrará o salário para qualquer fim.

A preocupação da requerente se manteve fixa à tese dos efeitos de lei para os Acordos Coletivos de Trabalho. Não obstante, está correta a DRJ ao pontuar que tais Acordos não se opõem à Fazenda Pública, em razão do que dispõe o art. 123 da lei 5.172/66 (CTN), o qual justifica que o preceito contido no Decreto 3.048/99, que exclui da base de cálculo os *ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei*, tenha se apresentado mais restrito que os termos da lei 8.212/91, para a qual não integram o salário de contribuição as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.

Assim, ainda, caberia avaliar a questão sobre o prisma da alegação sobre a eventualidade dos pagamentos.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional – PGFN, em razão da existência de decisões reiteradas de ambas as Turmas de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça – STJ no sentido de que o abono único, disposto em Convenção Coletiva de Trabalho, quando desvinculado do salário e pago sem habitualidade, não é passível de incidência de contribuição previdenciária, emitiu o Parecer PGFN/CRJ/Nº 2114/2011, cuja conclusão merece ser destacada:

"Assim, presentes os pressupostos estabelecidos pelo art. 19, inciso II, da Lei nº 10.522, de 2002, c/c o art. 5º do Decreto nº 2.346, de 1997, recomenda-se sejam autorizadas pela Senhora Procuradora-Geral da Fazenda Nacional a não apresentação de contestação, a não interposição de recursos e a desistência dos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante, nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o abono único, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho, desvinculado do salário e pago sem habitualidade, não há incidência de contribuição previdenciária".

De tal Parecer, após aprovação do Sr. Ministro de Estado da Fazenda, decorreu o Ato Declaratório n. 16/2011, nos seguintes termos:

"A PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL (...)

DECLARA que fica autorizada a dispensa de apresentação de contestação e de interposição de recursos, bem como a desistência dos já interpostos, desde que inexistir outro fundamento relevante "nas ações judiciais que visem obter a declaração de que sobre o abono único, previsto em Convenção Coletiva de Trabalho, desvinculado do salário e pago sem habitualidade, não há incidência de contribuição previdenciária".

Assim, temos que, para que os efeitos do Ato Declaratório nº 16/2011 fossem aplicados ao presente caso, é mister verificarmos se a situação fática tratada no presente processo se enquadra perfeitamente aos termos prescritos pela PGFN, a saber:

- 1º - Estamos diante de um abono único?
- 2º - A verba está prevista em Convenção Coletiva de Trabalho?
- 3º - O valor está expressamente desvinculado do salário?
- 4º - O pagamento é feito com habitualidade?

Quanto ao segundo e terceiro questionamentos, não há qualquer dúvida. Pois, de fato, o valor está previsto em Convenção Coletiva, com expressa desvinculação de salários.

Em relação ao primeiro questionamento, não se identifica unicidade no pagamento. Embora os termos do ACT apontem para um único abono, este valor acaba sendo dividido pelo restante do ano, de forma mensal, em sete parcelas, o que desnatura esse viés de pagamento único e evidencia uma essência de pagamentos mensais, habituais, respondendo, portanto, também, o último questionamento.

Assim, o valor pago pelo contribuinte a este título não se enquadra na exceção objeto do Ato Declaratório PGFN nº 16/2011, tampouco na exceção contida no art. 28, § 9º, alínea "e", item 7 da Lei 8.212/91, c/c o Inciso I do art. 214 do Decreto 3.048/99.

Por fim, nota-se que o valor do "abono indenizatório" previsto no Acordo Coletivo não teve e não tem o objetivo de reparar qualquer perda, já que não repõe nada ao patrimônio de ninguém. Nos exatos termos do Acordo Coletivo em comento, conforme citado alhures, o valor seria pago a título de "indenização" para cobrir "possíveis diferenças anteriores". Portanto, não há que se falar em recomposição de "*um direito malferido*", não havendo caráter indenizatório no numerário em questão.

Portanto, pelo exposto, não merece acolhida as alegações do contribuinte, devendo-se manter a inclusão do abono pecuniário na base de cálculo previdenciária.

DO SALÁRIO FAMÍLIA

Neste tema, a defesa apenas afirma sua estranheza em relação a afirmação da Autoridade lançadora de que tais valores foram pagos em desacordo com a legislação.

Aduz que possui documentos que comprovam que a mesma segue integralmente as exigências legais, os quase foram reapresentados ao Auditor.

Sustenta que este equívoco é facilmente resolvido com a reapresentação destes documentos.

Sintetizados argumentos da defesa, temos que o lançamento decorre da convicção da Autoridade lançadora que valores foram pagos a este título sem exigência de comprovação de frequência escolar e, ainda, em alguns casos, acima do limite estabelecido pela legislação. As planilhas de fl. 78 e ss evidenciam que foram pouquíssimos os beneficiários da citada rubrica (no máximo 7), dos quais, a Decisão recorrida manteve apenas a exigência fiscal para dois colaboradores, em uma competência para um e duas competências para o outro, apenas por estes terem recebido, nestas três competências, remunerações acima do limite estabelecido na Portaria MPS nº 479/2004.

Ocorre que a defesa trata toda a questão de forma genérica, não se insurgindo contra esta conclusão específica. Neste caso, bastaria o contribuinte demonstrar que as remunerações em questão estariam dentro dos limites estabelecidos ou, ainda, apresentar suas considerações sobre um eventual descontentamento contra a limitação em si.

Veja o que preceitua a Lei 13.105/2015 (Código de Processo Civil):

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

Não obstante, o que se vê nos autos é que as alegações genéricas não contribuem efetivamente à defesa, a quem caberia apresentar elementos impeditivos,

modificativos ou extintivos do direito da Fazenda Pública de constituir o crédito tributário pelo lançamento.

Assim, nada a prover neste tema.

Por fim, fica a ressalva de que o tema “DOS TRABALHADORES AUTÔNOMOS”, veiculado pelo recurso voluntário formulado no presente processo, trata de tema afeto a descumprimento de obrigação acessória autônoma, cuja discussão não aproveita à exigência que se discute nos autos.

Assim, não identifico mácula que justifique a alteração da decisão recorrida, razão pela qual nego provimento ao recurso voluntário, sendo certo que a este processo devem ser aplicados os reflexos decorrentes da posição majoritária deste Colegiado em relação aos processos em que se discutem as exigências decorrentes de descumprimento de obrigações principais.

Conclusão:

Assim, tendo em vista tudo que consta nos autos, bem assim na descrição e fundamentos legais que integram do presente, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo