



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

Processo nº 10803.720051/2012-10
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-003.440 – 3ª Turma Especial
Sessão de 17 de julho de 2014
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL e AUTO DE INFRAÇÃO: GFIP. INFORMAÇÕES INCORRETAS OU OMISSAS.
Recorrente MOBILTEL S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 01/01/2008

CARACTERIZAÇÃO DE INDÍCIO DE FRAUDE. AUSÊNCIA DE UTILIZAÇÃO PARA MAJORAÇÃO DA FALTA. DECADÊNCIA. APLICAÇÃO DA REGRA MAIS EXTENSIVA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DESCUMPRIMENTO DE DEVER INSTRUMENTAL. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. HABITUALIDADE COMPROVADA. VALORES COM NATUREZA REMUNERATÓRIA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. MULTA CORREÇÃO. APLICAÇÃO DO VALOR DO MOMENTO DA INFRAÇÃO. VEDADA A APLICAÇÃO DO VALOR DA MULTA DO ATO DA LAVRATURA DA INFRAÇÃO. NORMA REVOGADA.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, para corrigir a multa aplicada, impondo a que estava em vigor no momento do cometimento da infração, ao invés de aplicar a multa, que estava em vigor no momento da constatação da infração. Vencidos os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima e Oseas Coimbra Junior.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 11/08/2014 por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 11/08/2014

por EDUARDO DE OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 13/08/2014 por HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Impresso em 14/08/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Processo nº 10803.720051/2012-10
Acórdão n.º **2803-003.440**

S2-TE03
Fl. 2.843

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Natanael Vieira Santos, Oseas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior e Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA - DEBCAD 51.011.239-0 – CFL.78, apresentar a empresa a declaração a que se refere a Lei 8.212, de 24.07.91, art. 32, inciso IV, acrescentado pela Lei n. 9.528, de 10.12.97, e redação da MP 449, de 03.12.2008, convertida na Lei n. 11.941, de 27.05.2009, com informações incorretas ou omissas, bem como o Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA - DEBCAD 51.011.240-4 – CFL.30, deixar a empresa de preparar folha(s) de pagamento(s) das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, I, combinado com o art. 225, I e parágrafo 9º, do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99. Para órgão gestor de mão-de-obra, referente ao trabalhador portuário avulso: Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, I, combinado com o art. 225, I e parágrafos 10, 11 e 12, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, bem assim o Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA - DEBCAD 51.011.239-0 – CFL.34, deixar a empresa de lançar mensalmente em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, II, combinado com o art. 225, II, e parágrafos 13 a 17 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Termo de Verificação e Conclusão Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 10 a 17, com período de apuração de 01/2006 a 12/2007, conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 18 a 21.

O sujeito passivo foi cientificado dos lançamentos, em 08/10/2012, conforme AR, de fls. 2.532.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 2.611 a 2.628, recebida, em 06/11/2012, fls. 2.611, estando acompanhada dos documentos, de fls. 2.629 a 2.706.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 2.709.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 16-46.142 - 14ª, Turma DRJ/SP1, em 29/04/2013, fls. 2.710 a 2.744.

A impugnação foi considerada parcialmente procedente e o crédito AIOA DEBCAD 51.011.239-0, CFL.78, foi excluído do PAF.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 06/06/2013, conforme Termo de Ciência e Recebimento de Intimação, de fls. 2.747.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição com razões recursais, as fls. 2.757 a 2.768, recebido, em 08/07/2013, de fls. 2.757, acompanhado dos documentos, de fls. 2.769 a 2.821, onde se alega em síntese, o que abaixo segue.

Requisito de admissibilidade.

- que o recurso é tempestivo, pois a autuada foi notificada em 06/06/2013, terminando o prazo em 06/07/2013, sábado, devendo este ser prorrogada para 08/07/2013;

Preliminar.

- que as multas isoladas aplicadas neste PTA decorrem de suposta inexistência nas declarações fiscais de contribuições previdenciárias GFIP, transcreve os dispositivos legais, mas tais “inexistências” são frutos das divergências de entendimento sobre a natureza dos prêmios distribuídos a seus funcionários através da Expertise;
- que a não inclusão desses valores em folha de pagamento ou GFIP está de acordo com o entendimento da recorrente de que estes valores não tem natureza salarial, confundindo-se o mérito deste com o do PTA Nº 10803.720050/2012-67, tendo tido este lançamento para formalizar a multa isolada a mesma causa da obrigação principal;
- que não existe fraude na operação realizada e para se aplicar a multa agravada, do artigo 22, II, da Lei 9.430/96, bem como deslocar a decadência para o artigo 173, I, do CTN é necessário e imprescindível que o fisco demonstre a existência de indícios seguros da ocorrência dos tipos dos artigos 71 a 73, da Lei 4.502/64, conforme jurisprudência que cita e transcreve, não havendo no presente caso a exasperação da pena, mas a aplicação da decadência do artigo 173, I, do CTN, entendendo o fisco que a recorrente operou em fraude;
- que o fisco não descreveu qualquer conduta dolosa da recorrente, não trazendo a Lei 4.502/64 a conduta com clareza, o que só dá com a conjugação da Lei 8.137/90, estando o negócio jurídico da recorrente e a empresa de marketing promocional Expertise devidamente contabilizado, o que foi reconhecido pela autoridade lançadora, não escriturando ou prestando a recorrente qualquer informação falsa em seus livros;
- que a não indicação dos empregados em folha de pagamento ou GFIP como beneficiários dos pagamentos repassados a Expertise não pode caracterizar fraude, pois a recorrente entendeu que não seria o caso de recolhimento, pois comprou um serviço de marketing promocional, não relacionado aos salários, produto esse amplamente alardeado no mercado, com a adesão de diversas empresas sérias, que por essa razão e por entender que a premiação não é habitual e não caracteriza salário é que o valor não foi incluído em folha de pagamento ou GFIP, não implica em fraude, coadunando-se com seu entendimento de não ser o caso de verba salarial, cita doutrina Gabriel Troianelli;

- que no caso de erro na qualificação jurídica do fato gerador, apenas poderá ser exigido o tributo e a multa de ofício, mas não a qualificada ou a aplicação do prazo decadencial do artigo 173, I, pois não há fraude, sendo isso que se passou nesse caso, pois a empresa entendeu que não havia incidência de tributos, ocorrendo erro na qualificação jurídica, cita decisões do CARF;
- que os pagamentos não sofrem a incidência da contribuição previdenciária, pois não são habituais, não sendo verbas salariais;
- Do pedido: a) que seja dado provimento ao recurso, com o integral cancelamento do auto de infração.

A autoridade preparadora não se manifestou quanto a tempestividade do recurso.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho, de fls. 2.824.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 21/11/2013, fls. 2.825.

A recorrente apresentou nova petição, fls. 2.827 a 2.835, recebida no CARF, em 07/05/2014, onde solicita julgamento conjunto com o PROC: 10803.720050/2012-67, com declínio de competência para a 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, com fulcro no artigo 6º, do Anexo II, da Portaria MF 256/2009 Regimento Interno do CARF.

O presente processo foi pauta para a sessão de 13/05/2014, contudo a recorrente apresentou via e-mail pedido de retirada de pauta, o qual foi deferido, protocolizando tal petição, fls. 2.838 e 2.841, em 13/05/2014, no CARF.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Delimitação da lide.

Inicialmente, cabe ressaltar que o DEBCAD 51.011.239-0, foi excluído do presente PAF quando do julgamento da impugnação na DRJ, observe-se a transcrição abaixo.

CONCLUSÃO

28. Pelo exposto voto pela procedência parcial da impugnação excluindo o crédito referente ao AIOA DEBCAD nº 51.011.2390 (CFL 78), e mantendo o crédito tributário exigido nos AIOA: DEBCAD nº 51.011.2404 – (CFL 30) e DEBCAD nº 51.011.2412 (CFL 34). (o destaque é meu).

Destarte, o citado lançamento e as possíveis alegações em razão desse não serão apreciadas, pois estão fora do âmbito do presente recurso.

Requisito de Admissibilidade.

Esta questão foi superada, pois reconhecida a tempestividade pelo relator.

Pedido de conexão e declinação de competência.

Não há razões para que a atual disposição de julgamento seja alterada. A norma suscitada pela recorrente diz que os processos “poderão ser distribuído para julgamento na Câmara para qual houver sido distribuído o primeiro processo”.

Ora no caso em análise foi justamente isso que se deu, pois o contribuinte informa que o primeiro processo esta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF e este processo está na 3ª Turma Especial da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF, desta forma a norma esta amplamente atendida, pois, ambos, os processos estão na 3ª Câmara como manda o regimento interno do CARF.

Preliminar.

Cabe, inicialmente, esclarecer que não há multa isolada aplicada no presente PAF, mas sim multa punitiva por descumprimento de dever instrumental, lançada na mesma ação fiscal que exige a contribuição previdenciária propriamente dita, isto é, a obrigação principal, ainda, que lançada em outros autos.

As inexatidões no preenchimento da GFIP e nos demais documentos fiscais e trabalhistas como: folha de pagamento e contabilidade não são supostas, são comprovadas, haja vista que a empresa recorrente deixou de incluir nesses documentos parcela de remuneração

disponibilizada a seus empregados e colaboradores por intermédio de empresa interposta, sob a alegação de que tais pagamentos são prêmios de campanha de marketing motivacional e que por serem pagamentos eventuais não possuem natureza salarial e assim não são base de cálculo da contribuição social previdenciária.

No caso em tela o entendimento da recorrente é irrelevante, pois tal entendimento não muda a natureza da verba e não impossibilita que o fisco cumpra o seu dever determinado no artigo 142 e seu parágrafo único, da Lei 5.172/66.

Não há confusão ou sobreposição do mérito do lançamento constante do PAF 10803.720050/2012-67, com o mérito do presente processo, uma vez que tais lançamentos apresentam obrigações distintas, ou seja, obrigação principal naquele – contribuição social previdenciária propriamente dita e descumprimento de obrigação acessória ou dever instrumental nestes autos. Aliás, essa é a posição do Supremo Tribunal Federal – STF, que reconhece que as questões relativas a acessoriedade não tem no âmbito tributário a relação com que se apresenta na seara cível.

O Supremo Tribunal Federal – STF no RE 250.844 – SP posicionou-se a esse respeito em voto - vista do Ministro Luiz Fux, que acabou acompanhado pelo relator Ministro Marco Aurélio Melo, do qual transcrevo o trecho abaixo.

Vê-se, assim, que o cumprimento da obrigação tributária acessória nada tem a ver com a existência, concomitante, de certa e determinada obrigação principal, ambas devidas pelo mesmo sujeito. O cumprimento de obrigações acessórias possui relevância externa e independente da relação articulada a partir do dever de pagar certo tributo. Projeta-se sobre outras relações jurídico-tributárias, travadas ou não entre os mesmos sujeitos em torno de exações também idênticas ou não.

Em verdade, toda controvérsia sobre a matéria decorre do emprego, pela legislação, de um mesmo rótulo (principal/acessória) para designar realidades distintas nos campos civil e tributário. Daí por que a terminologia “acessória”, vista em abstrato, é equívoca. Melhor seria que as mesmas fossem indicadas, pelo menos no campo justributário, por expressão mais precisa e infensa a ambiguidades, tal como “deveres instrumentais”. Sem embargo, o nomen iuris empregado pelo legislador não tem o condão de alterar-lhes a essência, a qual, esta sim, deve informar o regime jurídico aplicável à hipótese.

Relembro que o presente auto não exige multa isolada, mas sim multa punitiva pro descumprimento de dever instrumental.

No presente auto não foi aplicada multa agravada, embora o artigo 290, II, do Regulamento da Previdência Social – RPS apenso ao Decreto 3.048/99, admita tal possibilidade no caso de fraude, estando tal fato consignado no Termo de Verificação e Conclusão Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 10 a 17, item 5.7; 6.4 e 7.3.

Tam pouco, foi a decadência deslocada para o artigo 173, I, da Lei 5.172/66 em razão desta causa e tal fato é evidente no Acórdão *a quo*, transcrevo abaixo trecho das disposições sobre a decadência fixadas no acórdão guerreado.

16.5. Na discussão sobre a ocorrência de fraude, percebe-se que o que realmente intenta a Impugnante é a aplicação do instituto da decadência, no prazo decadencial, pela aplicabilidade da regra do art. 150, §4º do Código Tributário Nacional CTN, mas, razão não assiste à Impugnante, a ocorrência de fraude em nada altera a aplicabilidade do prazo decadencial nas regras do art. 173, I, do CTN, senão vejamos:

16.5.6. O lançamento referente aos Debcads nº 51.011.2390; 51.011.2404 e 51.011.2412, **decorrem de descumprimento de obrigação acessória** e, que a partir do entendimento sumulado pelo STF (Súmula Vinculante nº 08/2008) pelo Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, aprovado pelo Sr. Ministro do Estado da Fazenda, que vincula a Secretaria da Receita Federal do Brasil à tese jurídica fixada (art. 42 da Lei Complementar nº 73/1993), e ainda, da Nota Técnica da PGFN/CAT nº 856/2008, que, no tocante às obrigações acessórias, complementa o disposto no Parecer PGFN/CAT nº 1.617/2008, entende:

1) o prazo de decadência para constituir os créditos referentes **às obrigações tributárias acessórias** relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos; e 2) o prazo deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN, dado que o descumprimento de obrigação acessória não é instância procedimental que se equipare à antecipação do pagamento.

CONTAGEM DO PRAZO DECADENCIAL PELA FORMA DO ARTIGO 173, I, do CTN

17. Na contagem do prazo decadencial pela forma do artigo 173, I, do CTN, tem-se que observar que o crédito lançado corresponde às competências 01/2006 a 12/2007 e o lançamento foi efetuado em 03/10/2012, com ciência do contribuinte em 08/10/2012, portanto, as competências de 01/2006 a 11/2006 encontram-se em período decadente (superior a cinco anos);

17.1. Quanto ao DEBCAD nº 51.011.2390 AIOA (CFL 78), objeto de análise mais detalhada, deixo de apreciar a matéria referente a decadência por perda de objeto, como abaixo se verificara.

Autos de Infração : DEBCAD nº 51.011.2404 – AIOA (CFL 30) e DEBCAD nº 51.011.2412 AIOA (CFL 34).

17.2. Quanto aos autos de infração DEBCAD nº 51.011.2404 – AIOA (CFL 30), lavrado por deixar a empresa de preparar as folhas de pagamento contemplando todas as remunerações pagas ou creditadas a segurados empregados a serviço da empresa e, DEBCAD nº 51.011.2412 AIOA (CFL 34), lavrado por deixar a empresa de lançar na contabilidade os fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, em que pese o fato de que o contribuinte intimado, deixou de atender à intimação e, que tinha o dever de proceder à escrituração desses livros e elaborar as folhas, na mesma época dos fatos geradores de contribuição previdenciária, a infração ocorreu durante o

procedimento fiscal, ou seja, quando a empresa deixou de atender à intimação, assim, sob esse aspecto, não há que se falar em decadência.

17.3. Por outro lado, considerando que a exigibilidade das obrigações acessórias decorre do interesse da arrecadação tributária, há de se concluir que a regra do art. 173, I, do CTN, deve ser aplicada ao período até novembro/2006 e 13º sal. 2006.

17.4. Ressalte-se, ainda, que, embora as competências 01/2006 a 11/2006, estejam decaídas, não há que se alterar o valor das multas aplicadas que independem do número de ocorrências cometidas, dessa forma, um único registro ou uma única folha não elaborada relativa a período não decaído, já é motivo suficiente para mantê-las em sua integralidade.

17.5. Isto posto, reconhecida a DECADÊNCIA PARCIAL, nos moldes do art. 173, I do CTN, os autos de infração nº 51.011.2404 e nº 51.011.2412 NÃO serão retificados, pois a multa aplicada é única. (os reais são do original)

Evidente, pois que a contagem do prazo decadencial não tem a ver com a questão da fraude, mas sim por estarmos no campo da obrigação acessória, lançamento de ofício.

Aliás, no caso do PAF 10803.720050/2012-67, citado pela recorrente e que encerra a obrigação principal a regra decadencial foi fixada pelo artigo 173, I, da Lei 5.172/66 em razão da ausência de pagamento da contribuição e não em razão da fraude, veja a passagem transcrita do Acórdão *a quo* do citado processo.

*15.6. Conforme consta nos autos, **não houve pagamento antecipado** da contribuição exigida nos lançamentos que constituem os autos de infração em comento, eis que o sujeito passivo não considerou como base de cálculo as contribuições devidas à previdência Social, a título de prêmio, paga através de cartões emitidos pela "Expertise" e que, portanto, não as declarou em GFIP. Assim, como **o contribuinte não efetuou qualquer recolhimento referente às contribuições sociais devidas sobre referidas remunerações**, houve a necessidade **do lançamento de ofício** pela Administração e, desta forma, para efeito de contagem do prazo decadencial para constituição do crédito correspondente, aplica-se o artigo 173, I, do CTN, que dispõe: (os destaque são da DRJ).*

Assim, não há que se falar na caracterização de fraude para majoração (agravamento ou qualificação) da multa e tão pouco em sua utilização para a fixação da decadência pelo artigo 173, I, do Codex tributário.

O agente fiscal autuante no item 2.6 e 2.7, do Termo de Verificação e Conclusão Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – PAF, de fls. 10 a 17, deixou claro a situação, que em seu sentir autorizou a constatação de indícios de fraude, abaixo as conclusões postas.

2.6 Assim, restou constatado que o contribuinte deixou de incluir em suas folhas de pagamento e respectivas GFIP's as remunerações pagas por conta dos valores creditados nos cartões emitidos, a seu pedido, pela Expertise, conforme consta em cláusula contratual, e tão pouco identificou os reais beneficiários e os respectivos valores pagos aos mesmos.

2.7 A partir dos fatos e evidências ora narrados, conclui-se que o sujeito passivo fez uso da estratégia de remunerar pessoas e ocultar tais beneficiários aos olhos do fisco, mantendo à tona apenas e tão somente as operações realizadas com a pessoa jurídica administradora dos cartões, situação que, certamente, lhe traria expressiva vantagem frente aos desembolsos com encargos sociais e tributos.

Entretanto, como esclarecido anteriormente não houve maiores consequências desta verificação no lançamento tributário em si.

Ao que tudo indica o problema não é apenas a divergência de interpretação – fisco/contribuinte, mas a não apresentação de informações, tais como valores pagos? A quem foi pago? Quando foi pago? Quantas vezes foi pago?

O fato de ser o serviço amplamente alardeado no mercado e com a adesão de diversas empresas sérias e idôneas, não implica em regularidade, validade e legalidade do serviço, que se está adquirindo, sendo que o acordo particular não obriga o fisco, artigo 123, da Lei 5.172/66.

Mérito.

Quanto a questão da habitualidade esta deve ser verificada caso a caso, pois não existe na lei definição em relação a essa.

Mas, a lei diz o que é salário de contribuição e no caso de trabalhador empregado o artigo 22, I c/c o artigo 28, I, da Lei 8.212/91 não deixa margens a dúvidas, veja o texto legal.

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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 9.876, de 1999).

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)

Logo, todo e qualquer valor para remunerar o trabalho é base de cálculo da contribuição social previdenciária.

No que tange a habitualidade o mestre e juiz trabalhista Sergio Pinto Martins, diz:

“Habitual” é o é feito com habito, com costume, de forma repetida, duradoura e freqüente.

Será considerado ganho habitual qualquer prestação proporcionada ao empregado que seja repetida no tempo, tendo, portanto, constância. Pagamentos eventuais serão, assim, excluídos.

A lei não dispõe o que seja habitualidade, que será interpretada em cada caso concreto.

.
.
.

Os ganhos habituais deverão ter, portanto, certa frequência ou periodicidade para serem considerados como tal. Assim, um pagamento feito a cada cinco anos não será incluído no conceito de ganho habitual. Pagamentos anuais serão considerados ganhos habituais, desde que sejam realizados todo ano, como, por exemplo, gratificação de balanço. Inexiste um critério preciso para 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.

Tanto são ganhos habituais os pagamentos diretos feitos ao empregado como os indiretos.¹

Da análise do autos verifica-se que, as folhas 164 a 1.126, estão acostadas as notas fiscais de prestação serviço do fornecimento de cartões de premiação, assim disposto.

MÊS	2006 (fls.)	2007 (fls.)
JAN	593 a 613 - 21; 768 a 788 - 21	789 a 822 – 34
FEV	580 a 592 - 13; 755 a 767 -13	823 a 849 – 27

¹ Martins, Sergio Pinto. DIREITO DA SEGURIDADE SOCIAL. Editora Atlas. 18ª Edição. Ano 2002. São Paulo.
pág. 154

MAR	554 a 579 - 26; 729 a 754 - 26	850 a 882 – 33
ABR	524 a 553 – 30; 706 a 728 - 23	883 a 908 – 26
MAI	499 a 523 – 25	909 a 937 – 29
JUN	461 a 498 – 38	938 a 961 – 24
JUL	404 a 460 – 57	962 a 992 – 31
AGO	252 a 255 – 4; 350 a 403 – 54	993 a 1.015 – 23
SET	197 a 251 – 55	1.016 a 1.040 – 25
OUT	164 a 196 - 33; 677 a 705 - 29	1.041 a 1.067 – 27
NOV	326 a 349 – 24; 614 a 676 - 63	1.068 a 1.093 – 26
DEZ	256 a 325 - 70	1.094 a 1.126 – 33
Total de Notas Fiscais no ano (neste processo).	625	338

Obs: as dezenas após o número das páginas do processo indicam a quantidade de notas na competência.

Pode-se perceber da tabela acima que o pagamento é habitual, pois no período fiscalizado foram pagos todos os meses.

A fiscalização abrangeu um período de vinte e quatro meses e nesse período foram efetuados novecentos e sessenta e três pagamentos ou emissão de notas fiscais para o serviço contratado pagamento de premiação aos colaboradores.

A média de pagamentos no período é de mais de quarenta pagamentos por competência fiscalizada, isto é, mais de um por dia.

Verifica-se do que consta dos autos que todas as vezes que o colaborador atingir as metas, ele fará jus ao pagamento e isso pode ocorrer em todos os meses ou uma ou duas ou três vezes ao ano, mas na lição da doutrina suscitada, uma vez ao ano caracteriza habitualidade.

Demonstrada a habitualidade do pagamento evidente que este é integrante da remuneração e assim base de cálculo da contribuição social previdenciária.

Todavia, entendo que a fixação do patamar mínimo da multa como sendo de R\$ 1.617,12 nos termos da Portaria Interministerial MPS/MF Nº 02/2012, que divulgou o novo valor, está incorreto, pois o parágrafo 8º, do artigo 32, da Lei 8.212/91 que autorizava a aplicação do valor da multa vigente no momento da lavratura do auto de infração foi revogado pela MP 449, convertida na Lei 11.941/2009.

Assim sendo, em obediência ao artigo 37, *caput*, da CRFB/88, princípio da legalidade, moralidade e eficiência, deve-se aplicar o artigo 106, II, “c” c/c o artigo 112, IV, ambos, da Lei 5.172/66 e desta forma a multa mínima a ser aplicada deve ser a maior que esteve em vigor no período de 01/2006 a 12/2007, pois em todas essas competências houve o cometimento da infração.

A multa variou de 01/2006 – R\$ 1.101,75 – PT/MPS 822, de 11/05/2005, para 12/2007 – R\$ 1.195,13 - PT/MPS 142, de 12/04/2007, assim a multa aplicada no presente AI dever ser o valor mínimo em 12/2007 – R\$ 1.195,13, no que tange ao AIOA - DEBCAD 51.011.240-4 – CFL.30.

Para o AIOA - DEBCAD 51.011.239-0 – CFL.34 a multa deve ser de R\$ 11.951,21 em razão da norma supramencionada e da mesma razão jurídica.

Assim com esses esclarecimentos rejeito todas as alegações suscitadas pela recorrente em preliminar e em mérito, rejeitando todos os pedidos.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial para corrigir a multa aplicada, impondo a que estava em vigor no momento do cometimento da infração, ao invés de aplicar a multa, que estava em vigor no momento da constatação da infração.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.