



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.721537/2011-04
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.564 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de março de 2024
Recorrente HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICACOES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 28/02/2008, 01/08/2008 a 31/08/2008

AUTO DE INFRAÇÃO (AI). FORMALIDADES LEGAIS. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À HIPÓTESE NORMATIVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA

O Auto de Infração (AI's) se encontra revestido das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, apresentando, assim, adequada motivação jurídica e fática, bem como os pressupostos de liquidez e certeza, podendo ser exigidos nos termos da Lei.

Constatado que os fatos descritos se amoldam à norma legal indicada, deve o Fisco proceder ao lançamento, eis que esta é atividade vinculada e obrigatória.

DECADÊNCIA. SÚMULA VINCULANTE Nº 8 DO STF. RECOLHIMENTO PARCIAL. ART. 150, § 4º DO CTN. SÚMULA 99 CARF.

O E. Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei nº 8.212/1991, que tratava da decadência decenal das contribuições previdenciárias.

Conforme a Súmula nº 99 do CARF, havendo recolhimento do tributo, ainda que parcial, a contagem do prazo decadencial inicia-se a partir da data da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS DA EMPRESA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA. PACTUAÇÃO PRÉVIA. REGRAS CLARAS E OBJETIVAS. MECANISMOS DE AFERIÇÃO. AUSÊNCIA.

O pagamento a segurado empregado de participação nos lucros ou resultados da empresa, em desacordo com a lei específica, integra o salário de contribuição.

A Legislação não prevê a obrigatoriedade de que cada um dos instrumentos de negociação deva ser elaborado antes do início do período a que se referem os lucros ou resultados.

O requisito legal limita a que os programas de metas, resultados e prazos sejam pactuados previamente ao pagamento da participação nos lucros e resultados e não ao exercício financeiro

As regras, segundo legislação têm que ser claras e objetivas, estando firmado no próprio acordo. E, não é suficiente a existência de o rol de requisitos e condições, bem como as metas inelegíveis, e ou elaboração de cartilha explicativa sem que acuda o que determina o artigo 2º, parágrafo 1º da Lei n.º 10.101/2000. Os instrumentos decorrentes da negociação entre empregado e empregador devem constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo. A Lei nº 10.101/00 determina e impõe às partes legitimidades para a elaboração do acordo (empregador e empregados) e a obrigatoriedade na utilização dos critérios nela arrolados, com observância a regras claras e objetivas

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. GANHOS EVENTUAIS. PARCELAS PAGAS NO CONTEXTO DA RELAÇÃO LABORAL. NATUREZA SALARIAL. REMUNERAÇÃO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ABRANGÊNCIA CONCEITUAL E LEGISLATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

Dentre as regras de não incidência das contribuições previdenciárias está a exclusão dos ganhos eventuais e dos abonos expressamente desvinculados do salário.

Entretanto, não há que se falar em ganhos eventuais do segurado empregado, quando estes ocorrerem ao longo de todo o período fiscalizado.

Incide contribuições previdenciárias sobre parcelas destinadas aos segurados da Previdência Social a serviço da empresa, pagas com habitualidade e no contexto da relação laboral.

ALUGUEL. SALÁRIO INDIRETO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA.

Integra o salário de contribuição, a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título aos segurados empregados, objetivando retribuir o trabalho, inclusive àqueles recebidos a título de utilidade.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

ARGUIÇÕES DE ILEGALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS.
SÚMULA CARF N. 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade e/ou ilegalidade de lei tributária.

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

MULTAS PELO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.-
CFL 68 DECISÃO DEFINITIVA QUANTO A EXISTÊNCIA DA

OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. TRIBUTAÇÃO REFLEXA. OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA.

Havendo decisão definitiva pela manutenção da obrigação principal, por consequência lógica, seus efeitos devem ser aplicados aos respectivos lançamentos lavrados em razão do descumprimento de obrigação acessória

RETROATIVIDADE BENIGNA. MULTA POR DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA VINCULADA À GFIP.

A análise da retroatividade benigna, no caso das multas por descumprimento de obrigação acessória relacionadas à GFIP, será realizada mediante a comparação das penalidades previstas nos §§ 4º e 5º do art. 32 da Lei 8.212/91, em sua redação anterior à dada pela Lei 11.941/09, com as regradadas no art. 32-A da Lei 8.212/91.

DECADÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. ART. 173, I, DO CTN. SÚMULA CARF 148.

No caso da multa por descumprimento de obrigação acessória, a regra decadencial a ser aplicada é aquela constante no art. 173, inciso I, do Código Tributário Nacional - CTN

Súmula nº 148 do CARF: No caso de multa por descumprimento de obrigação acessória previdenciária, a aferição da decadência tem sempre como base o art. 173, I, do CTN, ainda que se verifique pagamento antecipado da obrigação principal correlata ou esta tenha sido fulminada pela decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN.

LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INFRAÇÃO. GFIP. APRESENTAÇÃO COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Apresentar a empresa Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias constitui infração à legislação previdenciária.

COBRANÇA EM DUPLICIDADE. MULTA MORATÓRIA E MULTA EX OFFÍCIO. PENALIDADES DISTINTAS. INEXISTÊNCIA DE COBRANÇA DÚPLICE.

Não há que se falar em “autuação dupla”, ou duplicidade de cobrança. Há que se atentar para a distinção entre a multa moratória, oriunda do inadimplemento do tributo, e a multa ex officio decorrente da infração dos demais dispositivos da legislação tributária. Com efeito, no primeiro caso, basta o não-pagamento da contribuição, ao passo que o segundo consiste em penalidade exigida através de Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso, exceto no que toca às inconstitucionalidades, e, na parte conhecida, em

dar parcial provimento para reconhecer a decadência do período de 01/2006 a 10/2006, inclusive, e para aplicação da retroatividade benigna da multa para a obrigação acessória, comparando-se as disposições do art. 32 da Lei 8.212/91 conforme vigente à época dos fatos geradores, com o regramento do art. 32-A dessa lei, dado pela Lei 11.941/09. Votaram pelas conclusões os Conselheiros Sara Maria de Almeida Carneiro Silva e Alfredo Jorge Madeira Rosa.

(documento assinado digitalmente)

SONIA DE QUEIROZ ACCIOLY - Presidente

(documento assinado digitalmente)

JOÃO RICARDO FAHRION NÜSKE - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Joao Ricardo Fahrion Nuske, Alfredo Jorge Madeira Rosa, Marcelo Milton da Silva Risso, Thiago Buschinelli Sorrentino, Sonia de Queiroz Accioly (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto nos autos do processo nº 19515.721537/2011-04, em face do acórdão nº 16-44.733 (fls. 1351 e ss), julgado pela 14ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (DRJ/SP1), em sessão realizada em 13 de março de 2013, na qual os membros daquele colegiado entenderam por julgar improcedente a impugnação, mantendo o crédito tributário exigido.

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DRJ de origem que assim os relatou:

DAS AUTUAÇÕES

1. O presente processo administrativo, lavrado pela Fiscalização contra a empresa em epígrafe, é constituído pelos Autos de Infração (AI's) a seguir descritos, formalizados com base nos mesmos elementos de prova:

- AIOP DEBCAD nº 37.249.842-6: Auto de Infração de Obrigação Principal, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, da parte da empresa, e para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados, bem como acréscimos legais por atraso em recolhimento (diferenças de acréscimos legais), no montante de R\$ 2.696.267,13 (dois milhões, seiscentos e noventa e seis mil e duzentos e sessenta e sete reais e treze centavos), incluindo juros e multa, abrangendo as competências 01/2006 a 12/2006, 01/2007 a 12/2007, 01/2008 a 02/2008, e 08/2008, consolidado em 03/11/2011;
- AIOP DEBCAD nº 37.249.843-4: Auto de Infração de Obrigação Principal, relativo às contribuições destinadas à Seguridade Social da parte dos segurados empregados, no montante de R\$ 721.077,46 (setecentos e vinte e um mil e setenta e sete reais e quarenta e seis centavos), incluindo juros e multa, abrangendo as competências 01/2006 a 12/2006, 01/2007 a 12/2007, consolidado em 03/11/2011;

- AIOP DEBCAD nº 37.249.844-2: Auto de Infração de Obrigação Principal, relativo às contribuições destinadas às Outras Entidades e Fundos – Terceiros, incidentes sobre as remunerações pagas a segurados empregados, no montante de R\$ 714.874,52 (setecentos e quatorze mil e oitocentos e setenta e quatro reais e cinquenta e dois centavos), incluindo juros e multa, abrangendo as competências 01/2006 a 12/2006, 01/2007 a 12/2007, consolidado em 03/11/2011;
- AIOA DEBCAD nº 37.249.839-6: Auto de Infração de Obrigação Acessória, lavrado por infração ao artigo 32, inciso IV e parágrafo 5º da Lei nº 8.212, de 24/07/1991, na redação da Lei nº 9.528, de 10/12/1997, e ao artigo 225, inciso IV e parágrafo 4º do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, código de fundamento legal 68, no montante de R\$ 335.185,40 (trezentos e trinta e cinco mil e cento e oitenta e cinco reais e quarenta centavos), consolidado em 03/11/2011;

1.1 O Relatório Fiscal de fls. 311 a 317, informa que:

- Durante a ação fiscal foram constatados pagamentos de PLR – Participação nos Lucros e Resultados em desacordo com a Lei nº 10101/2000, Gratificações pagas a título de premiação, e Aluguéis Residenciais pagos a funcionários caracterizando salários utilidade, não declarados em Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, e sem os devidos recolhimentos previdenciários; Levantamento PL - PR

- A Fiscalização emitiu os Termos de Intimação nº 2 (recebido em 31/05/2010), nº 4 (recebido em 13/09/2010), e nº 5 (recebido em 26/10/2010), intimando a empresa a apresentar documentos que mostrassem a conformidade dos pagamentos com a Lei nº 8212/91 (artigo 28, parágrafo 9º, alínea “j”);

- No caso, a empresa não constituiu comissão e nem regras de aferição. Apresentou somente o Acordo para pagamento da Participação nos Resultados da categoria. Sem esses procedimentos de negociação, tais valores são apenas um sistema de bonificação;

- Como as remunerações pagas aos segurados, a título de Participação nos Lucros, não atenderam ao disposto nos artigos 1º, 2º, e 3º da Lei nº 10101/2000, estas verbas constituem salário de contribuição para fins previdenciários. Os fatos geradores ocorreram com o pagamento destes valores sem as características legais necessárias à configuração como Participação nos Lucros/Resultados;

- Os valores das contribuições da parte dos segurados foram calculados considerando-se os valores já descontados, sempre respeitando o limite máximo do salário de contribuição;

- Foram examinados Livros Diário e Razão, Acordos para Pagamento da Participação nos Resultados 2005 e 2006 do Sindicato dos Trabalhadores em Empresas de Telecomunicações e Operadores de Mesas Telefônicas no Estado de São Paulo, e folhas de pagamento 01/2006 a 12/2007;

- Nas folhas de pagamento estes valores estão lançados na rubrica código “216”;

Levantamento GR - Gratificação

- A Fiscalização emitiu o Termo de Intimação nº 6 (recebido em 04/11/2010), solicitando esclarecimentos sobre pagamento de Gratificação. No entanto, não houve esclarecimentos que comprovassem que os pagamentos não constituíram salário de contribuição;

- Portanto, esta remuneração destinada a retribuir o trabalho em caráter de premiação constitui fato gerador para fins previdenciários;

- Os valores das contribuições da parte dos segurados foram calculados considerando-se os valores já descontados, sempre respeitando o limite máximo do salário de contribuição;
- Foram examinados Livros Diário e Razão, e folhas de pagamento;
- Os valores pagos como Gratificação estão lançados na rubrica código “312” em folha de pagamento; Levantamentos LO e LD - Aluguéis
- A Fiscalização emitiu os Termos de Intimação nº 10 (recebido em 23/03/2011), nº 11 (recebido em 12/04/2011), nº 12 (recebido em 25/04/2011), nº 14 (recebido em 03/05/2011), nº 15 (recebido em 08/07/2011), e nº 16 (recebido em 01/08/2011), intimando a empresa a apresentar Contratos de Locação de Imóveis Residenciais, lançados na conta Locação Imóveis Residenciais, e os beneficiários dessas locações. O Contribuinte apresentou alguns contratos, mas não especificou os ocupantes dos imóveis;
- A empresa alegou que os imóveis eram alugados para hospedagem de funcionários que realizam atividades em outras cidades, sendo essa locação economicamente mais vantajosa do que a utilização de hotéis;
- Entretanto, na amostragem de Contratos de Locação, existe menção inclusive a familiares dos empregados que iriam utilizar os imóveis, caracterizando residência e não estadia temporária;
- Assim, os valores a título de aluguéis pagos para empregados, lançados na conta 05.01.06.03 – Locação de Imóveis Residenciais Indedutíveis, e na conta 05.01.06.02 – Locação de Imóveis Residenciais Dedutíveis, foram considerados salário de contribuição para fins previdenciários. No caso representam o pagamento de salário sob a forma de utilidade;
- Na conta Locação de Imóveis Residenciais Indedutíveis, existe o lançamento do Auxílio Moradia, que são valores descontados de empregados que devem ter utilizado os imóveis. Foi feito o desconto destes valores pagos como Auxílio Moradia dos valores da referida conta;
- Trata-se de um arbitramento, pois não foi possível identificar os reais beneficiários;
- Pela não apresentação dos esclarecimentos relacionados aos ocupantes das locações feitas (Termo de Intimação nº 14), foi lavrado o Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória (AIOA) DEBCAD 51.013.321-5;
- Foi emitido o Termo de Intimação Fiscal nº 07 solicitando as correções das GFIP's de 2006 a 2007: havia os recolhimentos previdenciários, mas as GFIP's estavam com omissão de segurados. A empresa fez as correções no prazo estipulado, obtendo a redução da multa no montante de 25%;
- Em função das alterações promovidas pela MP 449/2008, foi realizada a comparação entre as penalidades antes e depois destas alterações, para atender o artigo 106, inciso II, do Código Tributário Nacional, ou seja, eleger a situação mais benéfica ao Contribuinte. A comparação consta do anexo “Comparativo das Penalidades Aplicáveis”;
- O Auto de Infração CFL 68 foi lavrado sob o número DEBCAD 37.249.839-6, e acompanha e integra este processo;
- A Fiscalização foi atendida pelo Sr. William Barquete Pimentel Rosa, e Gabriela Volpini Betelli, procuradores da empresa.

1.2 O Relatório Fiscal da Infração e da Aplicação da Multa do AIOA DEBCAD 37.249.839-6, de fls. 460/461, informa que:

- A empresa apresentou as GFIP's com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias, infringindo o artigo 32, inciso IV e parágrafo 5º da Lei n.º 8.212/1991, na redação da Lei n.º 9.528/1997, e artigo 225, inciso IV e parágrafo 4º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99,
- Foi aplicada a multa de R\$ 335.185,40 (trezentos e trinta e cinco mil e cento oitenta e cinco reais e quarenta centavos), conforme dispositivos legais e Portaria MPS/MF 568 de 31/12/2010;
- A multa foi aplicada conforme artigo 32, parágrafo 5º da Lei n.º 8.212/91, na redação dada pela Lei n.º 9.528/97, e artigos 284, inciso II e 373 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, correspondendo a 100% do valor da contribuição previdenciária não declarada, respeitado o limite máximo por competência;
- A fundamentação legal é a anterior à MP 449/2008 por se tratar da penalidade mais benéfica para o sujeito passivo, face ao disposto no inciso II do artigo 106 do CTN. O anexo "Comparativo das Penalidades Aplicáveis" demonstra a aplicação da penalidade mais benéfica na autuação.

1.3 Integram o presente processo administrativo: Mandado de Procedimento Fiscal (fls. 02/03); Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário (fl. 04); Termo de Início de Procedimento Fiscal, fls. 05/09; Termos de Intimação Fiscal e de Ciência e de Continuidade de Procedimento Fiscal, fls. 99/143; Respostas à Intimação, fls. 144/155; Relatório Consolidado dos Valores das Contas, fls. 292/296; cópias do Razão, fls. 297/310; Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal – TEPF, fls. 462/463.

1.4 Além do Relatório Fiscal, integram os Autos de Infração de Obrigações Principais (fls. 383, 404 e 433): IPC – Instruções para o Contribuinte (fls. 318/319); Relatório de Vínculos (fls. 320/321); Planilhas de Análise de Dados (fls. 322/342); Resumos Mensais de Contas de Locação de Imóveis (fls. 343/345); DD – Discriminativo do Débito (fls. 346/362; 384/393; 408/421); DAL – Diferença de Acréscimos Legais (fls. 363/370); FLD – Fundamentos Legais do Débito (fls. 371/373; 394/395; 422/423); RL – Relatório de Lançamentos (fls. 374/382; 396/403; 424/432); SAFIS – Comparação de Multas (fls. 405/407).

1.5 Já o Auto de Infração de Obrigações Acessórias (fl. 434) é constituído, além do Relatório Fiscal da Infração e da Aplicação da Multa, pelo Demonstrativo do Relatório Fiscal da Aplicação da Multa anterior à MP 449, fl. 435; Planilhas de Análise de Dados (fls. 436/456); Resumos Mensais de Contas de Locação de Imóveis (fls. 457/459).

1.6 Constam ainda, no presente processo administrativo, digitalizados, os seguintes documentos: Procurações, fls. 10/18; 18ª, 19ª, 20ª, 21ª, e 29ª Alterações de Contrato Social, fls. 19/98; Contratos de Locação de Imóvel, fls. 156/289.

DAS IMPUGNAÇÕES

2. Tendo sido cientificada dos Autos de Infração em 07/11/2011, conforme fls. 383, 404, 433, e 434, a Autuada apresentou impugnação para cada um dos Autos de Infração:

- AI DEBCAD nº 37.249.839-6 – Impugnação às fls. 466/485;
- AI DEBCAD nº 37.249.842-6 – Impugnação às fls. 486/533;
- AI DEBCAD nº 37.249.843-4 – Impugnação às fls. 534/581;
- AI DEBCAD nº 37.249.844-2 – Impugnação às fls. 582/629;

2.1 Para o Auto de Infração de Obrigações Acessórias AI DEBCAD 37.249.839-6 alega em síntese o que segue:

Do Auto de Infração

2.1.1 Apresenta um breve relato sobre o resultado da fiscalização bem como sobre o Auto de Infração DEBCAD 37.249.839-6 (doc. 02).

2.1.2 Argumenta que os dispositivos legais que embasaram o AI por erro no preenchimento da GFIP foram revogados pelo artigo 79, I, da Lei nº 11941/2009, razão pela qual é nulo por falta de motivação legal (artigo 10, IV, do Decreto nº 70235/72).

2.1.3 Ainda que assim não fosse, a multa aplicada até a competência novembro/2006 foi atingida pela decadência, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional – CTN.

2.1.4 Por outro lado, no mérito, a exigência é improcedente por falta de tipicidade e previsão legal para a cobrança de multa, violando os princípios da legalidade e moralidade administrativa.

2.1.5 Como se não bastasse, tendo sido lavrados os outros dois autos de infração, com aplicação das multa atualmente previstas, a manutenção da presente autuação configura cobrança em duplicidade.

2.1.6 Passa, então, a aprofundar os argumentos apresentados.

Da Nulidade da Autuação

Da Falta de Fundamentação Legal Válida

2.1.7 Transcreve a fundamentação legal que embasou o AI e aduz que esses dispositivos fora expressamente revogados pelo artigo 79, inciso I, da MP 449/2009 (sic), convertida na Lei nº 11941/2009 (transcreve).

2.1.8 Discorre sobre o lançamento tributário, citando o artigo 142 do CTN e jurisprudência administrativa, e argumenta que como o AI está fundamentado em lei revogada, e como não há menção de qual fundamento ampara a cobrança da multa com base na legislação anterior, falta no caso fundamento legal para a cobrança. Assim o AI é nulo, por violação ao artigo 10, inciso IV, do Decreto nº 70235/72.

Da Indicação da Fundamentação Legal Equivocada

2.1.9 De qualquer modo o AI é nulo, pois indica como fundamento legal o parágrafo 5º do artigo 32 da Lei nº 8212/91, mas quer parecer que a Fiscalização realizou o cálculo com base no parágrafo 4º do artigo 32 da Lei nº 8212/91, no “Demonstrativo do Relatório Fiscal da Aplicação da Multa Anterior à MP 449” (conforme o item 03 das observações que consta do rodapé).

2.1.10 Também por este motivo o AI é nulo por falta de adequada fundamentação legal, violando especialmente o item IV do artigo 10 do Decreto nº 70235/72.

Da Decadência

2.1.11 Transcreve o parágrafo 4º do artigo 150 do CTN e aduz que no caso concreto, inexistindo dolo, fraude ou simulação, e como a própria Fiscalização reconhece que se trata de Auto de Infração para cobrança de multa sobre diferenças não declaradas, reconhecendo a existência de pagamento, não resta dúvida de que decaiu o direito de se exigir multa sobre valores relativos ao período até novembro de 2006.

2.1.12 O Fisco tinha o prazo de 5 anos para constituir o lançamento, de modo que tendo efetuado o lançamento somente em 07/11/2011, já decaiu seu direito para o período até novembro/2006. Transcreve jurisprudência administrativa.

2.1.13 Assim, eventual obrigação tributária, inclusive quanto às multas, relativamente supostamente recolhidas a menor nos meses de janeiro a novembro/2006, já está extinta em razão da decadência.

Da Inaplicabilidade do Prazo Decadencial de 10 anos previsto na Lei nº 8212/91

2.1.14 Nem se diga que no caso da contribuição previdenciária o prazo decadencial seria de 10 anos, por força da Lei nº 8212/91, pois o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade deste prazo, tendo editado a Súmula Vinculante nº 08 (transcreve jurisprudência e atos legais).

2.1.15 Portanto, já decaiu o direito do Fisco exigir os valores relativos a multa e principal, quanto ao período até novembro/2006, devendo ser cancelada esta parte da cobrança, com base na Súmula Vinculante nº 08 do STF, inclusive de ofício.

Da Improcedência da Notificação

Violação ao Princípio da Legalidade

2.1.16 Como já exposto, o Auto de Infração foi lavrado com base em fundamentação legal (§§ 3º e 5º do artigo 32 da Lei nº 8212/91) expressamente revogada pelo artigo 79, inciso I, da MP 449/2009 (sic), convertida na Lei nº 11941/2009.

2.1.17 Além do que, na prática o dispositivo legal utilizado foi outro (parágrafo 4º), ou seja, falta previsão legal para a cobrança da multa em questão, violando-se os artigos 5º, inciso II, e 37, da CF/88 (transcreve).

Da Possível Cobrança em Duplicidade

2.1.18 Argumenta que ao lavrar o AI relativo às contribuições previdenciárias da empresa, DEBCAD 37.249.842-6, a Fiscalização está cobrando multa por “Falta de Pagamento, Falta de Declaração ou Declaração Inexata”, com fundamento no artigo 44, I, da Lei nº 9430/96, que substitui a fundamentação do presente AI (artigo 32 da Lei nº 8212/91) (doc. 03).

2.1.19 Portanto, verifica-se que além de inexistir fundamento legal para a cobrança, caso seja mantida a autuação, a Impugnante estará sendo penalizada duas vezes pela suposta falta de declaração dos valores em GFIP, uma por meio do AI DEBCAD 37.249.842-6, e outra por meio do presente AI DEBCAD 37.249.839-6.

Do Cálculo da Multa

2.1.20 Sem prejuízo das nulidades mencionadas, em que pese a Fiscal Autuante afirmar que observou o artigo 106 do CTN, não há no presente Auto de Infração qualquer comparação entre as penalidades aplicáveis, considerando o conjunto das autuações.

2.1.21 Requer a total nulidade do Auto de Infração, pois no seu corpo não estão mencionados os elementos básicos e fundamentais de sua constituição formal, devido à inexistência do dispositivo legal inerente à suposta infração, uma vez que consta em anexo apenas o “Demonstrativo do Relatório Fiscal da Aplicação da Multa Anterior à MP 449”, sem menção de quanto seriam estes valores se calculados com base em outro dispositivo legal.

2.1.22 Ainda que não fosse necessário demonstrar a comparação dos valores cobrados em cada uma das hipóteses legais, é preciso, ao menos, que se verifique se esta comparação se deu com o conjunto das multas cabíveis, e não apenas com aquelas relativas a esta infração.

2.1.23 Faz-se necessário comparar o conjunto total de multas devidas (considerando aquelas objeto desta autuação, do mérito da cobrança – mora, do não preenchimento de

GFIP, etc) com a multa de 75% prevista no artigo 44 da Lei nº 9430/96, para saber qual a penalidade menos onerosa para o Contribuinte. Transcreve acórdão administrativo.

2.1.24 Improcedente a cobrança por falta de esclarecimento dos critérios que levaram à conclusão de que a multa em questão era mais benéfica.

Provimento da Defesa Quanto ao Mérito Leva ao Cancelamento da

Presente Autuação

2.1.25 Considerando que o presente auto decorre do mérito discutido nos DEBCAD's 37.249.842-6, 37.249.843-4, e 37.249.844-2, se acolhida a impugnação apresentada quanto ao mérito daquelas defesas, deve-se cancelar proporcionalmente a presente cobrança, pois o AI em tela foi lavrado por suposta não declaração em GFIP dos valores que são objeto dos outros AI's.

Pedido

2.1.26 Pelo exposto, requer o reconhecimento da nulidade do AI lavrado.

2.1.27 Caso assim não se entenda, requer o reconhecimento da decadência até novembro/2006, bem como a improcedência total por falta de previsão legal, cobrança em duplicidade, ausência de indicação/comparação da penalidade mais benéfica.

2.1.28 Por fim, requer que as intimações sejam dirigidas aos advogados Pedro Miranda Roquim, inscrito na OAB/SP sob o nº 173.481, com endereço à Rua Leopoldo

Coto de Magalhães Jr, 146, 12º andar, CEP 04542-000, São Paulo, SP.

2.2 Para os Autos de Infração de Obrigações Principais AI's

DEBCAD's 37.249.842-6, 37.249.843-4, e 37.249.844-2 apresenta as mesmas alegações, a seguir sintetizadas:

Do Auto de Infração

2.2.1 Apresenta um breve relato sobre o resultado da fiscalização bem como sobre cada um dos Autos de Infração DEBCAD's 37.249.842-6, 37.249.843-4, e

37.249.844-2 (doc. 02), transcrevendo trechos do Termo de Verificação anexo.

2.2.2 A seguir alega que (sic):

Foram indicados como fundamento legal desta autuação o art. 33, §§ 3º e 6º, arts. 231, 234 e 235 do Regulamento da Previdência Social, arts. 1º e 3º da MP 222/04, art. 18, I, do Decreto nº 5.256/04 e art. 148 do CTN.

Para a multa de mora das competências de 01/2007 a 02/2007, 08/2007 a 10/2007, 01/2008 a 02/2008 e 08/2008 foram invocados o Art. 35, incisos I a III, c' e "d", da Lei nº 8.212/91, além dos arts. 3º e 4º da Lei nº 8.620/93, artigos 239, III, "a" a "c", parágrafos 2º ao 6º e 11, bem como o art. 242, parágrafos 1º e 2º do Regulamento da Previdência

2.2.3 Finalmente, os juros de mora são cobrados com base na SELIC, artigo 34 da Lei nº 8212/91 e artigos 239 e 242 do Regulamento da Previdência.

2.2.4 Entretanto, os valores constantes do Auto de Infração jamais poderiam ser exigidos, pela nulidade por falta de motivação legal e fática adequada, como será mostrado.

2.2.5 Ainda que assim não fosse, não pode prevalecer o crédito tributário nos termos em que foi constituído, pois até a competência novembro/2006 a suposta obrigação tributária foi atingida pela decadência, nos termos do artigo 150, parágrafo 4º, do Código Tributário Nacional – CTN.

2.2.6 Por outro lado, no mérito, a exigência é improcedente, pois:

a) os valores relativos às Participações nos Lucros e Resultados (PLR) não possuem natureza salarial e não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária, como previsto na Constituição e na lei de regência, especialmente no caso presente, em que pagos em conformidade com a convenção coletiva da categoria.

b) as Gratificações pagas sem habitualidade, de forma desvinculada do salário, como é o caso, não possuem natureza salarial e não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária, como previsto no artigo 28, parágrafo 9º, letra “e”, item 7, da Lei nº 8212/91, e artigo 201, parágrafo 11, da CF/88; e

c) os valores relativos a aluguéis pagos sem habitualidade e desvinculados do salário, como é o caso, não possuem natureza salarial e não integram a base de cálculo da contribuição previdenciária, como previsto no artigo 28, parágrafo 9º, letra “m”, da Lei nº 8212/91, e artigo 201, parágrafo 11, da CF/88.

2.2.7 E em qualquer hipótese não seriam devidos os juros de mora na dimensão pretendida, pois a taxa SELIC não é índice adequado para tanto.

2.2.8 Passa, então, a aprofundar os argumentos apresentados.

Da Nulidade da Autuação

Da Falta de Fundamentação Fática e Legal da Notificação Fiscal – A Motivação dos Atos Administrativos como Condição de Sua Validade

2.2.9 Alega que durante a fiscalização apresentou 15 manifestações, esclarecendo cada uma das rubricas contábeis e valores, demonstrando que não se trata de salário indireto, e sim de valores que foram pagos de forma não habitual, desvinculada do salário, e muitas vezes para funcionários de outras empresas (sócias ou parceiras da Impugnante).

2.2.10 No entanto, os Autos de Infração foram lavrados sem esclarecer porque não foram aceitos os esclarecimentos constantes das 15 manifestações apresentadas. Não resta claro como e porque se concluiu que os pagamentos seriam salário indireto e base de cálculo das contribuições previdenciárias.

2.2.11 Assim, falta à notificação fiscal a necessária e adequada motivação fática e legal.

2.2.12 Discorre sobre o lançamento tributário e o princípio da legalidade, citando o artigo 142 do CTN, artigo 10 do Decreto nº 70235/72, e artigos 5º, II, 37, e 150, I, da CF/88, e transcrevendo doutrina e jurisprudência.

2.2.13 Conclui que no caso em tela a Fiscal Autuante não esclareceu os critérios que levaram à conclusão de que as rubricas seriam salário indireto, o que, aliado à menção de dispositivos legais genéricos, dificulta a defesa do Contribuinte, por ausência de adequada motivação fática e legal. Deve ser reconhecida, assim, a nulidade do Auto de Infração.

Da Decadência

2.2.14 Tratando-se de exigência de contribuições previdenciárias, tributo lançado por homologação, e tendo sido efetuado pagamento no período da autuação, já que o Auto de Infração é para cobrança de suposta diferença não recolhida, e não existe dolo,

fraude, ou simulação, aplica-se no caso a regra do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN (transcreve).

2.2.15 Assim, tendo sido efetuado o lançamento em 07/11/2011, ocorreu a decadência para os fatos geradores até novembro/2006, extinguindo-se o crédito tributário deste período nos termos do artigo 156, VII, do CTN. Transcreve julgados administrativos.

Da Inaplicabilidade do Prazo Decadencial de 10 anos Previsto na Lei nº 8212/91

Da Súmula Vinculante nº 8

2.2.16 Em se tratando de tributos, como é o caso das contribuições previdenciárias, os prazos de decadência e prescrição estabelecidos pelo CTN não podem ampliados por lei ordinária.

2.2.17 O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a inconstitucionalidade do prazo decadencial de 10 anos da Lei nº 8212/91, tendo editado a Súmula Vinculante nº 08 (transcreve jurisprudência e atos legais).

2.2.18 Portanto, deve ser cancelada a parte da cobrança relativa ao período

até novembro/2006, com base na Súmula Vinculante nº 08 do STF.

Da Improcedência da Notificação

2.2.19 Por meio do auto de infração a d. Fiscal Autuante está exigindo contribuições previdenciárias da empresa sobre as seguintes verbas, única e exclusivamente, em razão da análise das rubricas constantes da folha de pagamento digitais entregues durante a fiscalização.

2.2.20 Considerando que nestas rubricas existem verbas de diversas naturezas, a ora Impugnante apresenta sua defesa quanto a cada uma delas: Participação nos Lucros - PLR

2.2.21 A Lei nº 10101/2000, que regulamentou a norma contida no artigo 7º, XI, da CF/88, prevê que a PLR será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados das seguintes formas:

a) através de comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante do sindicato da categoria;

b) por meio de convenção ou acordo coletivo. 2.2.22 Em sendo assim, foram realizados os competentes Acordos Coletivos com o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO - SINTETEL e a FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS - FENATTEL e o GRUPO HUAWEI, do qual faz parte a Impugnante, com a finalidade específica de regulamentar a participação nos lucros e resultados, relativa aos exercícios de 2006 a 2007 (doc. 03).

2.2.23 Entretanto, desconsiderando os esclarecimentos prestados, a Fiscalização entendeu que faltaria, no caso, observância dos critérios constantes nas normas legais específicas (transcreve trechos do Relatório Fiscal).

2.2.24 Afirma que a interpretação da Fiscalização está equivocada, pois a Lei nº 10101/2000 deu ampla autonomia às partes, e a Impugnante pagou a PLR com

fundamento na previsão expressa no Acordo Coletivo/Convenção Coletiva (art. 7º, XXVI, da CF/88), estando seu procedimento em conformidade com o ordenamento jurídico vigente.

2.2.25 Traça o histórico da Participação nos Lucros e Resultados e conclui que esta verba não integra a remuneração, como expressamente determina a alínea “j” do parágrafo 9º do artigo 28 da Lei nº 8212/91. Transcreve jurisprudência.

2.2.26 Os acordos/convenções coletivas firmadas pela Impugnante estabelecem regras claras e objetivas tanto quanto à fixação dos direitos substantivos quanto às regras adjetivas.

2.2.27 Transcreve doutrina e alega que a convenção e o acordo coletivo obedeceram a todos os requisitos exigidos na norma infraconstitucional.

2.2.28 Reproduz parte dos Acordos Coletivos dos anos base 2005 e 2006 (doc. 03), e argumenta que o primeiro requisito de negociação entre empresa e empregados através de acordo coletivo foi plenamente preenchido. Da mesma forma, o segundo requisito relativo à previsão de regras claras quanto à fixação dos direitos de participação e a sua forma está igualmente cumprido, conforme se extrai das cláusulas do acordo coletivo.

2.2.29 Ressalta que no ITEM V destes acordos coletivos estabelece ainda expressamente os critérios de pagamento valores mínimos assegurados e forma de recebimento.

2.2.30 Finalmente, no ITEM III está expressamente mencionado que o pagamento ocorrerá uma vez ao ano, o que comprova o atendimento do terceiro requisito, bem como o fato de que as regras em questão são claras e os pagamentos são realmente participação nos lucros e resultados.

Da Impossibilidade da Fiscalização Questionar as Convenções Coletivas

2.2.31 Cita o artigo 7º, XXVI, da CF/88, os artigos 611, 622 e 623 da CLT, transcreve ilustres juristas e alega que mesmo que as cláusulas atinentes à PLR avançadas no acordo coletivo fossem nulas, a Fiscalização não poderia desconsiderá-las, pois não tem competência para tanto.

2.2.32 Portanto, são improcedentes as contribuições previdenciárias e de terceiros incidentes sobre a PLR.

Gratificação

2.2.33 Transcreve trecho do Relatório Fiscal, o artigo 28, parágrafo 9º, letra “e”, item 7, da Lei nº 8212/91, e o parágrafo 11 do artigo 201 da CF/88, e conclui que não integram o salário de contribuição as parcelas expressamente desvinculadas do salário, como a gratificação em comento.

2.2.34 Reproduz doutrina e jurisprudência, e argumenta que os valores da Gratificação foram pagos esporadicamente e sem qualquer tipo de habitualidade, por mera liberalidade da Impugnante em razão de fim de projetos específicos, fugindo à regra do artigo 457, parágrafo 1º, da CLT, e artigo 28, parágrafo 9º, letra “e”, item 7, da Lei nº 8212/91.

2.2.35 Da análise das folhas de pagamento entregues durante a fiscalização, e do demonstrativo que acompanha o Auto de Infração, verifica-se que os valores são diferentes em cada mês, e os funcionários que os recebem são diversos em cada período.

Sua natureza é de abono eventual. Aluguéis

2.2.36 Transcreve trecho do Relatório Fiscal e alega que além de tratar-se de lançamento com base em presunção (e não arbitramento, já que não invocados os dispositivos legais), o que por si só levaria à sua anulação, os valores relativos a imóveis que a Impugnante aluga referem-se a locais usados por funcionários de terceira empresa chinesa, Huawei Technologies, quando eventualmente passam períodos no Brasil, com

vistos de "negócios" e "assistência técnica", bem como para uso de seus funcionários quando estão em viagem a trabalho, no lugar do uso de hotéis.

2.2.37 Este fato foi demonstrado no curso da fiscalização, por meio da resposta a diversas intimações recebidas, e como se verifica das cópias das respostas anexas.

2.2.38 Trata-se, portanto, de valores que não têm vínculo com salários, inexistindo no caso habitualidade ou vinculação a qualquer funcionário.

2.2.39 Não se trata de valores pagos a funcionários da Huawei do Brasil, ora Impugnante, os quais possuem residência fixa, diversa dos endereços dos imóveis locados, como se pode verificar exemplificativamente pelos endereços dos funcionários da Huawei constantes nas suas fichas de registro anexadas exemplificativamente (doc. 04)

2.2.40 As contas 05.01.06.03 (locação de imóveis residenciais indedutíveis) e 05.01.06.02 (locação de imóveis residenciais dedutíveis) estão todas relacionadas e explicadas durante a fiscalização, sendo que os próprios contratos de locação evidenciam que não se trata de salário indireto (doc. 05).

2.2.41 Apesar da redação ter sido mal feita em alguns poucos contratos apontados pela Fiscalização, tal fato não pode se transformar em regra e ensejar a cobrança sobre todos os valores indiscriminadamente, sendo completamente indevido o enquadramento de seus respectivos valores como salário "in natura" (salário utilidade) dos empregados da Impugnante (doc. 04 a 06).

2.2.42 Os funcionários da Huawei Technologies apresentam relatório para o respectivo pagamento pela Impugnante, os quais são posteriormente ressarcidos pela empresa chinesa, sendo que os valores relativos a seus funcionários no Brasil, que os usam no lugar de hotéis, também não podem ser entendidos como salário in natura.

2.2.43 Com efeito, a Huawei verificou que existem muitas viagens feitas sempre para as mesmas cidades, sendo que o custo dos hotéis estava ficando muito mais caro do que a locação mensal de imóveis para uso de seus funcionários nestas viagens, razão pela qual optou a empresa por manter imóveis locados nestas cidades, os quais são usados por seus funcionários ou de terceiros, quando não conseguem retornar a seu domicílio

Os Contratos de Locação são para Uso de Funcionários de Empresa Chinesa ou dos Funcionários da Huawei em Viagens a Trabalho

2.2.44 Realmente, a Impugnante comprovou que os imóveis relacionados nos referidos livros são ocupados periodicamente por funcionários da Huawei Technologies, estabelecida em Hong Kong, CHINA, sua acionista, ou quando muito para uso de seus funcionários em viagens a trabalho, no lugar de hotéis.

2.2.45 Estes funcionários da empresa chinesa ingressaram no país com visto de negócio, em nome da empresa estrangeira, ou visto de assistência técnica, nos termos de certificado de averbação de assistência técnica firmado entre a empresa Huawei Technologies e a Impugnante.

2.2.46 Tal fato está comprovado por meio da juntada de cópia dos passaportes destes técnicos (doc. 06), em que consta o visto nestes exatos termos.

2.2.47 Por força da cooperação técnica firmada entre a Impugnante e a Huawei Technologies, sua controladora na China, e em decorrência de política mundial estabelecida pela Huawei Technologies, a fim de reduzir o valor das despesas incorridas com os profissionais expatriados da China, que ingressam no Brasil ou outros Países do mundo, por força de assistência técnica e negócios, decidiu-se que a ora Impugnante

faria locações de imóveis, que seriam utilizados pelos funcionários da Huawei Technologies China, com posterior reembolso das despesas

2.2.48 Nos poucos casos em que são usados por seus funcionários, tal ocorre quando o mesmo encontra-se em viagem a trabalho, sendo política da Huawei para redução de custos, locar imóveis em lugar de pagar hotéis, cujo custo estava muito alto

2.2.49 Tal fato é comprovado ainda pela análise dos contratos de locação destes imóveis, sendo relativas unicamente a estes contratos as despesas que serviram de base de cálculo para a presente autuação (Contas contábeis locação de imóveis).

2.2.50 A utilização por estrangeiros de vistos de negócio e de assistência técnica possui regulamentação específica, prevista em lei, e não pode a União Federal passar por cima deste fato e tentar transformar os mesmos em funcionários da empresa brasileira, apenas para tentar cobrar contribuições previdenciárias sobre os valores relativos a locações de imóveis para estas pessoas estrangeiras e funcionárias de outra empresa.

Visto de Negócio

2.2.51 Descreve as características do visto de negócio, e alega que no caso da Impugnante, como a maioria dos equipamentos fabricados e comercializados no Brasil utiliza a tecnologia da Huawei Technologies, é absolutamente natural a presença de prepostos estrangeiros, que representam a empresa chinesa durante a discussão e fechamento de negócios.

2.2.52 O trabalho exercido pelos estrangeiros portadores de vistos de negócio, no Brasil, é realizado para a empresa sediada na República da China, e em seu nome.

2.2.53 Portanto, é evidente e inquestionável que os negócios firmados pelos estrangeiros com visto de negócios são feitos em nome e em benefício da empresa chinesa ao qual se encontram vinculados e não à Impugnante.

Visto de Assistência Técnica

2.2.54 No que diz respeito aos inúmeros funcionários da Huawei Technologies que ingressam no país portando visto de assistência técnica, nos termos do certificado de averbação de assistência técnica firmado entre a empresa Huawei Technologies e a Autuada, a situação é absolutamente a mesma. Os referidos funcionários exercem no país consoante o próprio visto que portam, funções de assistência técnica, tendo em vista a complexidade dos equipamentos fornecidos pela Huawei Technologies e utilizados pela Impugnante, prestando serviços e respondendo à empresa chinesa, e não à Impugnante.

2.2.55 Por outro lado, a Huawei verificou que existem muitas viagens feitas sempre para as mesmas cidades, sendo que o custo de hotéis estavam ficando muito mais caro do que a locação mensal de imóveis para uso de seus funcionários nestas viagens, razão pela qual optou a empresa por manter imóveis locados nestas cidades, os quais são usados por seus funcionários ou de terceiros, quando não conseguem retornar a seu domicílio.

2.2.56 Tratando-se assim de despesa com habitação fornecida para trabalho, longe da residência do funcionário, não há de que os valores não podem integrar o salário de contribuição, nos termos do art. 28, parágrafo 9º, alínea "h", da Lei nº 8.212/91.

Nenhum Funcionário da Huawei no Período da Autuação Tem Residência nos Imóveis Locados Constantes das Referidas Contas Contábeis

2.2.57 Por meio das fichas de registro dos funcionários e ex-funcionários (doc. 04), verifica-se que nenhum dos endereços residenciais de seus empregados confere com os endereços dos imóveis locados pela Impugnante, os quais encontram-se identificados no

Livro Razão das contas de locação de imóveis, despesas com imóveis, IPTU, etc. dos anos de 2006 e 2007, o que afasta a possibilidade de serem estes valores considerados salários “in natura”.

Taxa SELIC

2.2.58 Os juros de mora jamais poderiam ser exigidos na dimensão pretendida pela Autoridade Autuante, porque estão sendo calculados com base em percentual equivalente à taxa SELIC, acumulada mensalmente, a qual além de ser figura híbrida, composta de correção monetária, juros e valores correspondentes a remuneração de serviços das instituições financeiras, é fixada unilateralmente por órgão do Poder Executivo e, ainda, extrapola em muito o percentual de 1% previsto no artigo 161 do CTN.

Pedido

2.2.59 Pelo exposto, requer o reconhecimento da nulidade do AI lavrado.

2.2.60 Caso assim não se entenda, requer o reconhecimento da decadência até novembro/2006, bem como a improcedência total, inclusive quanto às multas e aos juros de mora, pelas razões expostas.

2.2.61 Por fim, requer que as intimações sejam dirigidas aos advogados Pedro Miranda Roquim, inscrito na OAB/SP sob o nº 173.481, com endereço à Rua Leopoldo Coto de Magalhães Jr, 146, 12º andar, CEP 04542-000, São Paulo, SP.

2.2.62 A Impugnante fez juntada dos seguintes documentos:

- Documento da OAB do patrono, e Procurações, fls. 630/635, 719/724, 928/933, 1.137/1.142;
- 29ª Alteração e Consolidação do Contrato Social, fls. 636/651, 725/740, 934/949, 1.143/1.158;
- Cópias dos Autos de Infração, fls. 679/718, 742/831, 951/1.040, 1.160/1.249;
- Acordos Coletivos e Fichas de Registro de Empregados, fls. 832/851, 902/927, 1.041/1.060, 1.111/1.136, 1.250/1.269, 1.319/1.345;
- Contratos de Locação de Imóveis, fls. 852/882, 1.061/1.091, 1.270/1.300;
- Cópias de Passaportes e Vistos, fls. 883/899, 1.092/1.108, 1.301/1.317.

É o relatório.

Diante da impugnação, entendeu a DRJ por manter o lançamento, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007, 01/01/2008 a 28/02/2008, 01/08/2008 a 31/08/2008

AUTOS DE INFRAÇÃO (AI). FORMALIDADES LEGAIS. SUBSUNÇÃO DOS FATOS À HIPÓTESE NORMATIVA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Os Autos de Infração (AI's) encontram-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto,

apresentando, assim, adequada motivação jurídica e fática, bem como os pressupostos de liquidez e certeza, podendo ser exigidos nos termos da Lei.

Constatado que os fatos descritos se amoldam à norma legal indicada, deve o Fisco proceder ao lançamento, eis que esta é atividade vinculada e obrigatória.

Não há cerceamento de defesa quando os Autos de Infração (AI's) e seus anexos integrantes são regularmente cientificados ao sujeito passivo, sendo-lhe concedido prazo para sua manifestação, e quando estejam discriminados, nestes, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam as autuações, tendo sido observados todos os princípios que regem o processo administrativo fiscal.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL PARA APURAR O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Nos casos extra-judiciais, constatado pela fiscalização o pagamento de valores que se enquadram no conceito de salário de contribuição, na legislação previdenciária, é indiscutível a competência do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) para apuração e lançamento das contribuições previdenciárias devidas, dado o caráter de que se reveste a atividade administrativa do lançamento, que é vinculada e obrigatória.

ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. INCAPACIDADE DE ALTERAR OBRIGAÇÕES DEFINIDAS EM LEI.

Os Acordos Coletivos de Trabalho comprometem empregadores e empregados, não possuindo capacidade de alterar as normas legais que obrigam terceiros, ou de isentar o Contribuinte de suas obrigações definidas por Lei.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

Com a declaração de inconstitucionalidade do artigo 45 da Lei n.º 8.212/91, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por meio da Súmula Vinculante n.º 8, publicada no Diário Oficial da União em 20/06/2008, o lapso de tempo de que dispõe a fiscalização para constituir os créditos relativos às contribuições previdenciárias e de Terceiros será regido pelo Código Tributário Nacional (CTN - Lei n.º 5.172/66).

O lançamento das contribuições relativas às competências abrangidas pelos Autos de Infração (AI) lavrados por descumprimento de obrigação principal, foi realizado no prazo quinquenal previsto no CTN, não havendo que se falar em decadência.

Tratando-se de Auto de Infração (AI) lavrado em razão do descumprimento de obrigação acessória, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

JUROS. TAXA SELIC.

A aplicação dos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, nos créditos constituídos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, é vinculada à previsão legal, não podendo ser excluída do lançamento.

LEGALIDADE. CONSTITUCIONALIDADE.

A declaração de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos federais, bem como de ilegalidade destes últimos, é prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

INTIMAÇÃO DIRIGIDA AO PATRONO DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE.

É descabida a pretensão de intimações, publicações ou notificações dirigidas ao Patrono da Impugnante em endereço diverso do domicílio fiscal do contribuinte tendo em vista o artigo 10 do Decreto 7.574/2011.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

ARBITRAMENTO.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, por parte da empresa, pode a Fiscalização, inscrever de ofício a importância devida, resultando no lançamento por arbitramento, que encontra amparo no § 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARCELAS INTEGRANTES.

Entende-se por salário de contribuição, para o empregado, a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma.

Em relação às contribuições previdenciárias, somente as exclusões arroladas exaustivamente no parágrafo 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, e alterações posteriores, não integram o salário de contribuição.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS DA EMPRESA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

O pagamento a segurado empregado de participação nos lucros ou resultados da empresa, em desacordo com a lei específica, integra o salário de contribuição.

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÕES DESTINADAS A TERCEIROS.

Em decorrência dos artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007 são legítimas as contribuições destinadas a Outras Entidades - Terceiros, incidentes sobre o salário de contribuição definido pelo art. 28 da Lei 8.212/91

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2007

LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INFRAÇÃO. GFIP. APRESENTAÇÃO COM DADOS NÃO CORRESPONDENTES AOS FATOS GERADORES DE TODAS AS CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Apresentar a empresa Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP) com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias constitui infração à legislação previdenciária.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Inconformada, a contribuinte apresentou dois recursos voluntários, às fls. 1.410 e ss e fls. 1.489 e ss, sob alegação de:

Recurso referente ao Autos de Infração DEBCADs 37.249.842-6, 37.249.843-4 e 37.249.844-2 (não recolhimento de contribuição previdenciária da empresa, da parte dos segurados empregados e terceiros, e SAT): 1) Nulidade por falta de fundamentação fática e legal da notificação fiscal; 2) Decadência; 3) Não incidência de contribuição previdenciária sobre participação nos lucros e resultados – PLR; 4) Não incidência de contribuição previdenciária e de terceiros sobre pagamentos não habituais (aluguéis)

Recurso referente ao Auto de Infração DEBCAD 37.249.839-6 (multa por erro no preenchimento de GFIP): 1) Nulidade por falta de fundamentação legal válida; 2) fundamentação legal equivocada; 3) Decadência; 4) Improcedência do auto de infração por violação ao princípio da legalidade; 5) a possível cobrança em duplicidade; 6) a ausência de apuração da multa mais benéfica; 7) o cancelamento da autuação caso procedente o mérito.

É o relatório

Voto

Conselheiro JOÃO RICARDO FAHRION NÜSKE, Relator.

Sendo tempestivo e preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

1. DO RECURSO REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO 37.249.842-6, 37.249.843-4 e 37.249.844-2 (não recolhimento de contribuição previdenciária da empresa, da parte dos segurados empregados e terceiros, e SAT)

1.1. NULIDADE POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO FÁTICA E LEGAL DA NOTIFICAÇÃO FISCAL

Sustenta a recorrente a nulidade do auto de infração por falta de fundamentação, mais especificamente pelo fato de que *não esclareceu a d. Fiscal Autuante quais critérios levaram a conclusão de que as rubricas em questão seriam relativas a salário indireto, o que, aliado à menção única e exclusiva de dispositivos legais genéricos, dificulta sobremaneira a defesa da Recorrente por ausência de adequada motivação fática e legal do lançamento.*

Entendo que o recurso não merece prosperar no ponto.

Os Autos de Obrigação Principal AI nº 37.249.842-6, 37.249.843-4 e 37.249.844-2 possuem fundamentação legal válida, apresentada no Relatório Fiscal de fls. 311 a 317 e nos anexos “Fundamentos Legais do Débito – FLD” de fls 371/373, 394/395 e 422/423.

Ainda, quanto aos motivos de fato que ensejaram o lançamento, os mesmos se encontram previstos no Relatório Fiscal:

- dos fatos geradores - remunerações pagas aos segurados empregados, caracterizando salários utilidade conforme artigo 28 da Lei nº 8212/91, não declarados em Guia de

Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP, e sem os devidos recolhimentos previdenciários, quais sejam:

- pagamentos de PLR – Participação nos Lucros e Resultados, rubrica código “216” da Folha de Pagamento, em desacordo com a Lei nº 10101/2000;
- Gratificações pagas a título de premiação, rubrica código “312” da Folha de Pagamento;
- Aluguéis pagos a funcionários cujos lançamentos encontram-se na conta 05.01.06.03 – Locação de Imóveis Residenciais Indedutíveis, e conta 05.01.06.02 – Locação de Imóveis Residenciais Dedutíveis;
- das contribuições devidas:
 - contribuições à Seguridade Social, da parte da empresa e para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT);
 - contribuições à Seguridade Social, da parte dos segurados empregados;
 - contribuições destinadas a Outras Entidades e Fundos – Terceiros;
 - também foram lançados acréscimos legais por atraso em recolhimento (diferenças de acréscimos legais),
- dos períodos a que se referem: - 01/2006 a 12/2006, 01/2007 a 12/2007, 01/2008 a 02/2008, e 08/2008.

Por fim, os documentos “DD – Discriminativo do Débito”, “RL – Relatório de Lançamentos”, “DAL – Diferença de Acréscimos Legais”, e as Planilhas de Análise de Dados (fls. 322/342), e Resumos Mensais de Contas de Locação de Imóveis (fls. 343/345) indicam expressamente as bases de cálculo, alíquotas e as contribuições exigidas, por fato gerador e competência, permitindo o exercício da ampla defesa e do contraditório.

1.2. DECADÊNCIA

Busca a recorrente o reconhecimento da decadência dos valores devidos de Janeiro à Novembro de 2006 em decorrência da aplicação do art. 150, §4º do CTN.

Primeiramente, cumpre salientar a aplicação da Súmula Vinculante nº 8 do STF

Vejamos. O Acórdão de 1ª Instância considerou o prazo decadencial como sendo quinquenal, considerada aplicação da Súmula vinculante nº 8 do STF, sendo assim, o prazo decadencial às contribuições previdenciárias respeita o regramento do CTN: art. 150, § 4º ou art. 173, I.

Examinando os documentos dos autos, bem como o Relatório Fiscal, observa-se recolhimento patronal, cota segurados e de contribuições a terceiros em todas as competências de Janeiro à Novembro de 2006.

Ainda, o Relatório Fiscal, a fls. 311 e ss, não descreve comportamento fraudulento, simulatório e doloso, ensejador da aplicação do art. 173, I, do CTN.

A matéria já foi objeto de Súmula neste Conselho de Recursos Fiscais, conforme texto abaixo reproduzido:

Súmula CARF nº 99: Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

Desta forma, utilizando-se o dispositivo 150, §4º do CTN e considerando a cientificação da autuação aos 07/11/2011 (fls. 433), constata-se que as competências lançadas, relativamente aos fatos geradores de 01/2006 a 10/2006 encontram-se fulminadas pela decadência.

1.3. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS

Busca a recorrente o reconhecimento da não incidência de contribuições sociais sobre verbas decorrentes de Participação nos Lucros e Resultados –PLR – afirmando que:

A Recorrente firmou os competentes Acordos Coletivos com o SINDICADO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO (“SINTETEL”) e a FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS (“FENATTEL”), com a finalidade específica de regulamentar a participação nos lucros e resultados relativa aos exercícios de 2006 a 2007.

Em que pese a efetiva assinatura dos Acordos Coletivos mencionados, necessário realizar a análise da data da assinatura dos mesmos.

Conforme se constata dos documentos de fls. 145 e ss, o Acordo para pagamento da participação nos resultados 2005, com o SINDICATO DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS DO ESTADO DE SÃO PAULO, refere-se a **período avaliativos de Janeiro à Dezembro de 2005, porém somente foi assinado em 20 de março de 2006, para pagamento no mês de MAIO de 2006**

Com relação ao Acordo de fls 148, com a FEDERAÇÃO NACIONAL DOS TRABALHADORES EM EMPRESAS DE TELECOMUNICAÇÕES E OPERADORES DE MESAS TELEFÔNICAS (“FENATTEL”), refere-se a **período Avaliativo de Janeiro à Dezembro de 2006, porém somente foi assinado em 12 de fevereiro de 2007, para pagamento no mês de MAIO de 2007.**

Em que pese a divergência existente entre a necessidade de assinatura de o Acordo Coletivo ser antes do período avaliativo, ou antes do pagamento, filio-me a corrente que a interpretação restritiva que deve ser dada ao art. 2, §7º da Lei nº 10.101/2000 é no sentido de que a assinatura deva preceder **ao pagamento.**

Art. 2o A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

§ 7º Consideram-se previamente estabelecidas as regras fixadas em instrumento assinado

I - anteriormente ao pagamento da antecipação, quando prevista; e

II - com antecedência de, no mínimo, 90 (noventa) dias da data do pagamento da parcela única ou da parcela final, caso haja pagamento de antecipação.

Com isto, o requisito legal limita que os programas de metas, resultados e prazos sejam pactuado previamente ao pagamento, e não ao exercício financeiro.

Neste sentido o precedente desta 2ª Turma Ordinária no Acórdão nº 2202-010.380:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2011 a 31/12/2013

PLR. PACTUAÇÃO PRÉVIA.

A determinação legislativa de que a regra isentiva seja interpretada literalmente impõe limitação ao aplicador da lei à liberdade interpretativa, restrita ao alcance do texto posto, sem ampliações ou restrições de conceitos.

Neste sentido, o normativo isentivo não prevê a obrigatoriedade de que cada um dos instrumentos de negociação deva ser elaborado antes do início do período a que se referem os lucros ou resultados. Essa foi uma construção jurisprudencial decorrente de interpretação contextual ou intertextual, mecanismos utilizados na interpretação extensiva, vedada pelo legislador pátrio.

O requisito legal limita a que os programas de metas, resultados e prazos sejam pactuados previamente ao pagamento da participação nos lucros e resultados e não ao exercício financeiro.

ASSINATURA DO REPRESENTANTE SINDICAL NO ACORDO.
COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NA NEGOCIAÇÃO.

Havendo nos autos a comprovação de que o representante do sindicato assinou o acordo para pagamento da PLR celebrado por comissão eleita para esse fim, deve-se considerar cumprido o requisito legal que exige a participação do ente sindical nas negociações.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 108.

Nos termos da Súmula Carf nº 108, incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Desta forma, válido o acordo nos termos acima.

Ultrapassada esta questão, necessária a análise do conteúdo dos acordos acostados aos autos.

Conforme trazido também em sede de recurso, a documentação apresentada (Acordo Coletivo) prevê:

1. – Anualmente, serão prévia e formalmente fixados valores, objetivos individuais e organizacionais e respectivos pesos para cada funcionário dentro de cada área de atuação, os quais constarão de formulário padronizado, formulário esse que, vistado pelo funcionário e respectivos superiores hierárquicos, passará a ser o instrumento hábil de controle, apuração e atribuição dos valores a serem pagos, se for o caso, aos funcionários cobertos por este acordo.
- 2 – O recebimento integral dos valores aqui avençados dependerá do pleno atingimento dos objetivos organizacionais preestabelecidos e previamente comunicados (...)
- 3 – Os objetivos organizacionais citados em “2” acima, serão atribuídos, avaliados e recompensados de maneira diferenciada, conforme a área de atuação dos funcionários cobertos por este acordo, a saber “Vendas e Marketing”, Finanças, Elaboração de Propostas Comerciais, Engenharia e Todas as Demais
- 4 - Do mesmo modo, os objetivos individuais serão atribuídos, avaliados e recompensados de maneira diferenciada, conforme a área de atuação de cada funcionário, obedecendo-se para tanto a mesma subdivisão setorial citada em “3”.
- 5 – Havendo mudança na situação funcional do funcionário, a partir da qual passe o mesmo a integrar categoria não coberta por este acordo, será o respectivo valor-alvo ajustado “pro rata temporis” ao período em que fez jus ao mesmo
- 6 – O afastamento do trabalho durante o período avaliado, exceto se por acidente de trabalho, implicará na redução proporcional dos valores-alvo relativos ao mesmo período avaliativo.
- 7- Funcionários que tenham sido suspensos por motivos disciplinares e/ou desligados por justa causa perderão automaticamente o direito ao recebimento do “PLR”.

Em que pese a recorrente afirmar ter atendido a todos os requisitos legais para pagamento de PLR, previstos na Lei 10.101, entendo não existir nos autos a comprovação de que os Acordos possuem formas claras sobre mecanismos de aferição. A mera leitura do Acordo Coletivo revela a inexistência de regra clara e objetiva sobre os critérios, valores e sobre os mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado.

Ainda, o acordo refere que *Anualmente, serão prévia e formalmente fixados valores, objetivos individuais e organizacionais e respectivos pesos para cada funcionário dentro de cada área de atuação, os quais constarão de formulário padronizado.*

Todavia, referido documento não foi trazido aos autos, não sendo possível concluir, com base no acordo coletivo firmado que a empresa possui critérios claros e objetivos para aferição de metas e resultados. Pelo contrário, o acordo somente traz informações genéricas incapazes de serem enquadradas na previsão da Lei 11.101, art. 2º, §1º.

Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

§ 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Saliento não se estar diante de um questionamento da validade do acordo coletivo, mas sim se o mesmo preenche os requisitos da Lei 11.101/00.

Com isto, não tendo sido atendido os requisitos da Lei 11.101/00, nego provimento ao recurso neste ponto.

1.4. GRATIFICAÇÃO

Afirma a recorrente a impossibilidade de se considerar os valores pagos à título de gratificação sob o argumento de que os mesmos seriam **diferentes à cada mês** e pagos por liberalidade do empregador.

O Relatório Fiscal afirma:

- A Fiscalização emitiu o Termo de Intimação nº 6 (recebido em 04/11/2010), solicitando esclarecimentos sobre pagamento de Gratificação. No entanto, não houve esclarecimentos que comprovassem que os pagamentos não constituíram salário de contribuição;
- Portanto, esta remuneração destinada a retribuir o trabalho em caráter de premiação constitui fato gerador para fins previdenciários;
- Os valores das contribuições da parte dos segurados foram calculados considerando-se os valores já descontados, sempre respeitando o limite máximo do salário de contribuição;
- Foram examinados Livros Diário e Razão, e folhas de pagamento;
- Os valores pagos como Gratificação estão lançados na rubrica código “312” em folha de pagamento;

Em que pese a argumentação trazida pela recorrente, entendo que não há que se falar em ganhos eventuais quando os mesmos ocorrem durante todo o período fiscalizado, passando os mesmos a assumirem natureza de salário de contribuição.

Neste sentido o Acórdão nº 2202-010.340 desta 2ª Turma Ordinária

Ementa: ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA. UNIÃO FEDERAL.

A competência para legislar sobre contribuições sociais previdenciárias, na qual se incluem as parcelas que integram e não integram o salário de contribuição, é da União Federal, não cabendo ao município a concessão de benefícios nesta seara para trabalhadores filiados ao Regime Geral de Previdência Social (RGPS), ainda que contratados pela edilidade.

(...)

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. GANHOS EVENTUAIS. PARCELAS PAGAS NO CONTEXTO DA RELAÇÃO LABORAL. NATUREZA SALARIAL.

REMUNERAÇÃO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. ABRANGÊNCIA CONCEITUAL E LEGISLATIVA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INCIDÊNCIA. As contribuições previdenciárias patronais incidem, na forma da lei, sobre a remuneração total do segurado empregado e do segurado contribuinte individual, assim como, também na forma da lei, são definidas, de forma expressa e exaustiva, porquanto excepcionais, as hipóteses de não incidência dessas exações. Dentre as regras de não incidência das contribuições previdenciárias está a exclusão dos ganhos eventuais e dos abonos expressamente desvinculados do salário. **Entretanto, não há que se falar em ganhos eventuais do segurado empregado, quando estes ocorrerem ao longo de todo o período fiscalizado. Incide contribuições previdenciárias sobre parcelas destinadas aos segurados da Previdência Social a serviço da empresa, pagas com habitualidade e no contexto da relação laboral.** O conceito de remuneração permite à legislação abarcar rubricas como vencimento, soldo, subsídios, pró-labore, honorários ou qualquer outra espécie de retribuição que “remunere”, de sorte a englobar, nos exatos limites da Lei nº 8.212/91, não só a contraprestação (trabalho efetivamente prestado) e a disponibilidade (tempo à disposição”), como também quaisquer outras obrigações decorrentes da relação de trabalho, inclusive as interrupções remuneradas do contrato de trabalho e outras conquistas sociais, ressalvadas as regras de inclusão, exclusão e limites descritos nos parágrafos do artigo 28 da Lei nº 8.212/91. Quanto ao conceito de salário-de-contribuição para empregados e avulsos, a Lei nº 8.212/91 foi generosa em termos extensivos, definindo-o como a remuneração auferida, “assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho” (art. 28 da Lei nº 8.212/91), ressalvadas, igualmente, as regras de inclusão, exclusão e limites descritos nos parágrafos do artigo 28 da Lei nº 8.212/91.

Com isto, não tendo a recorrente efetivamente realizado prova em sentido contrário, nego provimento ao recurso no ponto.

1.5. NÃO INCIDÊNCIA SOBRE PAGAMENTOS NÃO HABITUAIS (aluguéis)

Busca a recorrente reconhecer a não incidência tributária sobre valores referente a aluguéis, sob a alegação que os mesmos seriam destinados ao uso de funcionários da empresa chinesa Huawei Technologies.

Nestes pontos, transcrevo o voto proferido no acórdão da DRJ, conforme faculta o artigo 114, §12º, do Regimento Interno deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 1.634/2023, haja vista não haver novas razões de defesa no recurso voluntário além daquelas já analisadas pela decisão de primeira instância que abaixo transcrevo e que, desde logo, acolho como minhas razões de decidir

9.3 A Impugnante alega que além de tratar-se de lançamento com base em presunção (e não arbitramento, já que não invocados os dispositivos legais), os valores relativos a imóveis que ela aluga referem-se a locais usados por funcionários de terceira empresa chinesa, Huawei Technologies, quando eventualmente passam períodos no Brasil, com vistos de "negócios" e "assistência técnica", bem como para uso de seus funcionários quando estão em viagem a trabalho, no lugar do uso de hotéis.

9.3.1 Afirma que este fato foi demonstrado no curso da fiscalização, por meio da resposta a diversas intimações recebidas, e como se verifica das cópias das respostas anexas.

9.3.2 Constituem, portanto, valores que não têm vínculo com salários, inexistindo no caso habitualidade ou vinculação a qualquer funcionário.

9.3.3 De início, cabe destacar novamente que o Relatório Fiscal justifica o procedimento e os critérios do arbitramento, em função da não apresentação pela empresa, no decorrer da ação fiscal, dos documentos relacionados às contas de locação de imóveis residenciais que serviram de base para o levantamento:

- a Fiscalização emitiu os Termos de Intimação nº 10 (recebido em 23/03/2011), nº 11 (recebido em 12/04/2011), nº 12 (recebido em 25/04/2011), nº 14 (recebido em 03/05/2011), nº 15 (recebido em 08/07/2011), e nº 16 (recebido em 01/08/2011), intimando a empresa a apresentar Contratos de Locação de Imóveis Residenciais, lançados na conta Locação Imóveis Residenciais, e os beneficiários dessas locações. O Contribuinte apresentou alguns contratos, mas não especificou os ocupantes dos imóveis;

- Trata-se de um arbitramento, pois não foi possível identificar os reais beneficiários;

- Pela não apresentação dos esclarecimentos relacionados aos ocupantes das locações feitas (Termo de Intimação nº 14), foi lavrado o Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória (AIOA) DEBCAD 51.013.321-5;

9.3.4 E tendo em vista que o Contribuinte não identificou os ocupantes dos imóveis objeto dos lançamentos das referidas contas de Locação de Imóveis Residenciais, as bases de cálculo e as contribuições devidas foram apuradas por arbitramento, conforme disposto no artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8212/91. Este fundamento legal, ao contrário do que afirma a Defendente, encontra-se apresentado nos anexos de Fundamentos Legais – FLD's, às fls. 371, 394, e 422, consta a rubrica "062 – CONTRIBUIÇÕES APURADAS POR AFERIÇÃO INDIRETA – EMPRESAS EM GERAL", que relaciona toda a fundamentação legal da aferição indireta utilizada.

9.3.5 A empresa também alega que os imóveis em questão são ocupados por funcionários da Huawei Technologies, estabelecida em Hong Kong, que ingressam no país portando vistos de negócio ou vistos de assistência técnica. Desta forma, as locações apontadas pela Autoridade Fiscal não se referem a empregados da Impugnante, mas sim aos funcionários da Huawei Technologies no Brasil. Junta ainda cópia dos passaportes de funcionários que ingressaram no país através de vistos de negócios e assistência técnica e que fazem parte do quadro da Huawei Technologies.

9.3.6 Entretanto, somente os documentos juntados não são hábeis a comprovar estas alegações, de que os segurados beneficiados pelo salário indireto são funcionários da Huawei Technologies, com sede em Hong Kong.

9.3.7 O Contribuinte alega, ainda, que os imóveis eram alugados para hospedagem de funcionários que realizam atividades em outras cidades, sendo essa locação economicamente mais vantajosa do que a utilização de hotéis. Anexa diversos documentos, tais como cópias autenticadas de Fichas de Registro de Empregados (ainda presentes e exfuncionários), cópias de contratos de locações para fins residenciais, com o intuito de comprovar que os endereços residenciais dos empregados registrados não coincidem com os endereços dos imóveis por ela locados no período em questão.

9.3.8 Também neste caso os documentos juntados não comprovam o argumento da Impugnante, como segue.

9.3.9 Foram juntadas somente algumas Fichas de Registro de empregados da empresa durante o período das autuações. Em consulta às GFIP's da empresa nos sistemas informatizados da RFB pode-se verificar que a empresa possuía mais de 100 empregados no período de 01/2006 a 12/2007:

9.3.10 Esta informação está confirmada pela Fiscal Autuante no item 3 das Observações do Demonstrativo do Relatório Fiscal da Aplicação da Multa anterior à MP 449, fl. 435.

9.3.11 Além do que, vários dos empregados cujas Fichas de Registro foram juntadas tornaram-se ex-empregados já no período das autuações, 01/2006 a 12/2007:

- Nan Laishun, fl. 845;
- Erivan Fernandes Paiva, fl. 919;
- Renata Jacob, fl. 922;
- Kátia Keiko Kom, fl. 925.

9.3.12 Conforme o Relatório Fiscal, na amostragem de Contratos de Locação, existe menção inclusive a familiares dos empregados que iriam utilizar os imóveis, caracterizando residência e não estadia temporária.

9.3.13 Assim, os valores a título de aluguéis pagos para empregados, lançados na conta 05.01.06.03 – Locação de Imóveis Residenciais Indedutíveis, e na conta 05.01.06.02 – Locação de Imóveis Residenciais Dedutíveis, foram considerados salário de contribuição para fins previdenciários. No caso representam o pagamento de salário sob a forma de utilidade. Na conta Locação de Imóveis Residenciais Indedutíveis, existe o lançamento do Auxílio Moradia, que são valores descontados de empregados que devem ter utilizado os imóveis. Foi feito o desconto destes valores pagos como Auxílio Moradia dos valores da referida conta;

9.3.14 Ao considerar o salário indireto uma parte da remuneração do empregado, o legislador supõe que tal prestação, se fosse obtida pelo trabalhador pelas vias regulares, implicaria na retirada de valores de seu salário para tal aquisição. Como recebe de seu empregador, torna-se desnecessário o gasto salarial indicado, o que representa o verdadeiro acréscimo patrimonial mensal.

9.3.15 Por outro lado, o conceito de habitualidade não implica em que um mesmo empregado receba determinada remuneração por mais de uma vez. A noção de habitualidade a que se refere a Constituição Federal (art. 201, parágrafo 11), é abordada pelo especialista em direito previdenciário, Wladimir Novaes Martinez, que na obra A Seguridade Social na Constituição Federal (Ed. LTR, 2ª edição, pág. 138/140), assim ensina: (...)

9.3.16 A aferição indireta foi o procedimento adotado pela fiscalização em função da não apresentação de informações e documentos solicitados no decorrer da ação fiscal, com fundamento no artigo 33, §3º da Lei nº 8.212/91, ressaltando-se que cabe à empresa o ônus da prova em contrário;

9.3.17 A empresa não comprova suas alegações de que os segurados beneficiados pelo salário indireto são funcionários da Huawei Technologies, com sede em Hong Kong, ou que sejam empregados que frequentemente têm que prestar serviços em outras cidades.

9.3.18 A este respeito, assim dispõe o artigo 333, inciso II do Código de Processo Civil (CPC), a seguir transcrito:

(...)

9.3.19 A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, se sujeita às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar. Neste sentido, manifesta-se com precisão Lídia Maria Lopes Rodrigues Ribas, em sua obra Processo Administrativo Tributário, Malheiros Editores, 2000, pg. 184 -185:

" As alegações de defesa que não estiverem acompanhadas de produção das competentes e eficazes provas desfiguram-se e obliteram o arrazoado defensivo, pelo que prospera a exigibilidade fiscal.

(...)

A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados se sujeita às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar."

9.3.20 A prova documental, amplamente utilizada no processo administrativo tributário, e especialmente, no contencioso tributário, é elemento que representa um fato, e o fixa de modo idôneo e permanente, constituindo-se em instrumento probatório da maior importância.

9.3.21 Em busca da verdade material, como elemento essencial ao julgamento, impõe-se a exigência da prova, como sendo a soma dos fatos produtores da convicção do julgador. No entanto, o ônus da prova é atribuído ao Impugnante, como se depreende da doutrina de Marcos Vinicius Neder e Maria Teresa Martinez López, in "Processo Administrativo Fiscal Federal Comentado", Dialética, 2002, p. 207:

"A palavra ônus, do latim onus, significa carga, peso, encargo, obrigação. Quando se indaga a quem cabe o ônus da prova, quer se saber a quem cabe a obrigação de prover os elementos probatórios suficientes para formação do convencimento do julgador. No processo administrativo fiscal federal, tem-se como regra que aquele que alega algum fato é quem deve provar. Então, o ônus da prova recai a quem dela se aproveita. Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o interessado aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a existência de fatores excludentes"

9.3.22 Portanto, com base na legislação retro mencionada, e tendo em vista que o ato administrativo de lançamento goza da presunção de legitimidade, e que a empresa não trouxe aos autos documentos hábeis a comprovar que os valores relativos a imóveis que ela aluga referem-se a locais usados por funcionários de terceira empresa chinesa, Huawei Technologies, quando eventualmente passam períodos no Brasil, com vistos de "negócios" e "assistência técnica", bem como para uso de seus funcionários quando estão em viagem a trabalho, no lugar do uso de hotéis, devem ser mantidas as contribuições previdenciárias e de Terceiros incidentes sobre os alugueis pagos.

Assim, não havendo novas razões de defesa no recurso voluntário além daquelas já analisadas pela decisão de primeira instância, verifica-se que carece de razão à contribuinte, não merecendo reforma a decisão recorrida neste ponto. Desse modo, ratifico as razões de decidir do julgamento de primeira instância

2. DO RECURSO REFERENTE AO AUTO DE INFRAÇÃO 37.249.839-6 (MULTA POR ERRO NO PREENCHIMENTO DE GFIP)

Conforme bem menciona o recorrente, a fiscalização lavrou 3 NFLDs para cobrança das contribuições previdenciárias da empresa, dos segurados e de terceiros e o DEBCAD ora em análise para cobrança de multa por erro no preenchimento da GFIP, em razão de não terem sido incluídas as verbas cobradas nas 3 NFLDs.

2.1. DA VEDAÇÃO DE ANÁLISE DE ILEGALIDADE

É preciso salientar que este órgão possui vedação para análise de inconstitucionalidade e ilegalidade de norma tributária vigente e eficaz, nos termos da Súmula 2 do CARF:

Súmula CARF nº 2: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária".

Assim, a alegação de ilegalidade da fixação de multa com base no art. 32, §§3º e 5º da Lei nº 8.212/91, não pode ser conhecido.

2.2. DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DA APLICAÇÃO DA MULTA DA CFL 68 DA AUSÊNCIA DE NULIDADE E DA RETROATIVIDADE BENIGNA

Nestes pontos o recorrente afirma que inexistente base legal à autuação, na medida em que o §5º do art. 32, da Lei nº 8.212/91 foi revogado pela Lei 11.941/91. Alternativamente, busca a aplicação da retroatividade benigna, lastreado na Lei 11.941/2009.

De fato, as normas relativas à imposição de penalidades decorrentes da não entrega de Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social (GFIP), ou de sua entrega contendo incorreções, foram alteradas pela Lei nº 11.941/2009, cuja aplicação poderá resultar aplicação de multas mais benéficas ao infrator.

Considerando o posicionamento já firmado por esta Turma, cito abaixo voto proferido pela Conselheira Sonia de Queiroz Accioly:

A Lei 11.941/2009 não revogou a infração tributária, mas alterou os dispositivos de quantificação da multa a ser imposta, inserindo o art. 32A, abaixo reproduzido:

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas:

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento.

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas:

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício;

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação.

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de:

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

Dessa forma, foram definidas novas penalidades em decorrência das mesmas infrações previstas na norma. Isso implica afirmar que a base legal à aplicação de penalidade pela infração tributária foi alterada, restando afastada a alegação recursal de inexistência de base legal à autuação.

Pois bem, neste sentido, e lastreado no art 106, II, “c”, do CTN, é preciso aplicar a penalidade mais benéfica, respeitada alteração da Lei 8.212/91.

Não cabendo mais a aplicação da Súmula CARF nº 119, cancelada, é preciso comparar multas por descumprimento da obrigação acessória imposta, sobre o regramento do art. 32, IV, da Lei 8.212/91, com a multa devida segundo prescrição do posterior art. 32-A da Lei 8.212/91 (redação da Lei 11.941/09), a fim de aplicar a penalidade mais benéfica ao Recorrente.

Desta forma não vislumbro nulidade no lançamento e voto pela aplicação da retroatividade benigna da multa para a obrigação acessória, comparando-se as disposições do art. 32 da Lei 8.212/91 conforme vigente à época dos fatos geradores, com o regramento do art. 32-A dessa lei, dado pela Lei 11.941/09.

2.3. DA DECADÊNCIA

No que tange a alegação de decadência, o único pedido é de que, caso seja afastada a cobrança do principal referente aos períodos de Janeiro à Novembro de 2006, deverá também ser cancelada a multa por descumprimento de obrigação acessória do referente período.

Todavia, no caso de multa por descumprimento de obrigação acessória previdenciária, a aferição da decadência tem sempre como base o art. 173, I, do CTN, ainda que se verifique pagamento antecipado da obrigação principal correlata ou esta tenha sido fulminada pela decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN

Neste sentido é a Súmula CARF nº 148:

No caso de multa por descumprimento de obrigação acessória previdenciária, a aferição da decadência tem sempre como base o art. 173, I, do CTN, ainda que se verifique pagamento antecipado da obrigação principal correlata ou esta tenha sido fulminada pela decadência com base no art. 150, § 4º, do CTN.

Desta forma, considerando a data da notificação de lançamento e o art. 173, I do CTN, não ocorre a decadência do lançamento.

2.4. POSSÍVEL COBRANÇA EM DUPLICIDADE E DO CÁLCULO DA MULTA

Sobre a possível existência de uma cobrança em duplicidade, também não vislumbro razão ao recorrente, conforme já afirmado pela DRJ:

10.5 Também não merece acolhida a alegação da empresa de que teria cobrança em duplicidade, pelo fato de a Impugnante estar sendo penalizada duas vezes por esta suposta falta de declaração dos valores em GFIP, uma por meio do AI DEBCAD 37.249.842-6, outra pelo AI DEBCAD 37.249.839-6.

10.6 A multa consubstanciada no Auto de Infração DEBCAD 37.249.839-6 é multa punitiva pelo descumprimento de obrigação acessória. Seus parâmetros são estabelecidos pela Lei, conforme restou demonstrado pelos dispositivos legais retro mencionados.

Conforme dispõe o artigo 113 do Código Tributário Nacional:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

10.7 Assim, ao deixar de cumprir as obrigações tributárias acessórias, comete a empresa infração à legislação, cabendo a lavratura de Auto de Infração, aplicando-se a multa (penalidade pecuniária) correspondente.

10.8 Deste modo, não há que se falar em “autuação dupla”, ou duplicidade de cobrança. Há que se atentar para a distinção entre a multa moratória, oriunda do inadimplemento do tributo, e a multa ex officio decorrente da infração dos demais dispositivos da legislação tributária. Com efeito, no primeiro caso, basta o não-pagamento da contribuição, ao passo que o segundo consiste em penalidade exigida através de Auto de Infração por descumprimento de obrigação acessória.

10.9 Cabe destacar que é considerada infração tributária qualquer ação ou omissão, voluntária ou involuntária, praticada pelo sujeito passivo contra a legislação tributária. No Direito Tributário, via de regra, inversamente ao que ocorre no Direito Penal, a responsabilidade por infrações à legislação fiscal é de ordem objetiva, pois independe da vontade do agente ou responsável.

10.10 Desse modo, em princípio, não importa se o sujeito passivo tem ou não a intenção de transgredir a legislação tributária, sendo irrelevante, para a punição do infrator, o elemento subjetivo do ilícito, isto é, se houve dolo ou culpa na prática do ato.

10.11 Também não importa perquirir se o ato ilícito praticado gerou efeitos, nem interessa saber qual a natureza do ato ou a extensão dos seus efeitos. Assim, a penalidade a ser aplicada no campo tributário independe das circunstâncias ou dos efeitos das infrações, bastando, para sua aplicação, que se caracterize o fato ocorrido como desobediência à legislação tributária.

10.12 Cabe ressaltar que o Auto de Infração é Ato Procedimental e nele se efetiva o Ato Administrativo que aplica norma legal ao caso concreto, tem a função de atribuir consequências jurídicas relacionadas ao ilícito, é um elemento integrante do procedimento administrativo criado para a apuração do crédito tributário, disciplinado na legislação pertinente. Não cabe avaliação quanto à conveniência e à oportunidade da prática do ato, pois, identificado o ilícito, é obrigatória a autuação, a qual deve seguir os estritos limites das normas que disciplinam as etapas do procedimento fiscal.

10.13 A fiscalização, ao constatar a não declaração de todos os fatos geradores e contribuições em GFIP - subsunção do fato às normas retro mencionadas - não poderia se abster da lavratura do presente Auto de Infração, com a aplicação da multa correspondente, sob pena de responsabilidade funcional, consoante o disposto no artigo 293, caput do Regulamento da Previdência Social (RPS), bem como artigo 142 do Código Tributário Nacional (CTN), já transcritos.

Portanto, verifica-se que não merece reforma a decisão recorrida neste ponto. Desse modo, ratifico as razões de decidir do julgamento de primeira instância.

Conclusão.

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, exceto no que toca às inconstitucionalidades, e, na parte conhecida, em dar parcial provimento para reconhecer a decadência do período de 01/2006 a 10/2006, inclusive, e para aplicação da retroatividade benigna da multa para a obrigação acessória, comparando-se as disposições do art. 32 da Lei 8.212/91 conforme vigente à época dos fatos geradores, com o regramento do art. 32-A dessa lei, dado pela Lei 11.941/09.

(documento assinado digitalmente)

JOÃO RICARDO FAHRION NÜSKE