



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 35464.003747/2003-06
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-010.566 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 07 de março de 2024
Recorrente HUAWEI DO BRASIL TELECOMUNICAÇÕES LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2002

ARGUIÇÕES DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS OU ATOS NORMATIVOS. SÚMULA CARF Nº 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.*

PRECLUSÃO. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA. NÃO CONHECIMENTO DE ALEGAÇÕES SUSCITADAS EM RECURSO QUE NÃO FORAM APRESENTADAS EM IMPUGNAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO DAS PROVAS APRESENTADAS SOMENTE EM RECURSO POR PRECLUSÃO.

Nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72 a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo nela conter, conforme disposto no art. 16, inciso III, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Estabelece, ainda, o art. 17 do referido Decreto que se considerará não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante. Consideram-se, portanto, preclusas as provas e alegações da contribuinte em recurso voluntário que não integraram a impugnação do lançamento.

DECADÊNCIA. NULIDADE POR VICIO FORMAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 173, II CTN.

No lançamento substitutivo, em que o anterior foi anulado por vício formal, aplica-se o prazo previsto no artigo 173, inciso II, do CTN.

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

O Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado 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 exigido nos termos da Lei. O Relatório Fiscal e os Anexos do Auto de Infração oferecem as condições

necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa ao lançamento, estando discriminados, nestes, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam a autuação.

CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA. EMPRESA URBANA. EXIGIBILIDADE. NATUREZA DE CONTRIBUIÇÃO DE INTERVENÇÃO NO DOMÍNIO ECONÔMICO. LEGALIDADE DA COBRANÇA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL TEMA 495

A contribuição para o INCRA, devida por empregadores rurais e urbanos, mesmo após a publicação das Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, permanece plenamente exigível, inclusive em relação às empresas dedicadas a atividades urbanas, especialmente por se tratar de contribuição de intervenção no domínio econômico devida por todas as empresas.

O Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema nº 495 firmou a seguinte tese: É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. SALÁRIO UTILIDADE.

Considera-se salário de contribuição 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. (Art. 28, inc. I, da Lei 8.212/91).

Valores pagos a título de salário utilidade (aluguel, telefone, Internet, água, energia elétrica etc.) se amoldam perfeitamente na definição de remuneração “in natura” ou salário utilidade

PEDIDO DE PERÍCIA/DILIGÊNCIA. SÚMULA CARF Nº 163.

Deve ser indeferido o pedido de perícia/diligência quando for prescindível para o deslinde da questão a ser apreciada ou se o processo contiver todos os elementos necessários para a formação da livre convicção do julgador.

Conforme Súmula CARF nº 163, o indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

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/ilegalidades e alegações relativas ao arbitramento, e, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

(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 n.º 35464.003747/2003-06, em face do acórdão n.º 16-20.675 (fls. 1918 e ss), julgado pela 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em São Paulo (DRJ/SPO), em sessão realizada em 10 de março de 2009, 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:

DA NOTIFICAÇÃO

1. Trata-se de NFLD Notificação Fiscal de Lançamento de Débito Debcad no 35.620.065-5, que de acordo com o Relatório Fiscal de fls. 35/39, refere-se a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte da empresa, financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, e as destinadas aos Terceiros, aferidas mediante o pagamento de salário indireto (salário-utilidade) aos seus empregados, abrangendo o período de 01/2001 a 12/2002, no montante de R\$ 1.141.762,30 (um milhão, cento e quarenta e um mil, setecentos e sessenta e dois reais e trinta centavos), consolidado em 06/10/2003.

2. Ainda de acordo com o Relatório Fiscal:

2.1. A Constituição Federal, em seu artigo 201, § 11, determina que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, sejam incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária;

2.2. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas: as despesas pagas em contas contábeis de diversos títulos constantes dos seus livros Diários de n.º 01 e 02 e livros contábeis auxiliares (Livro Razão) de 1999 a 2002 relativas ao período de 01/2001 a 12/2002;

2.3. Os documentos examinados foram os livros contábeis auxiliares (Razão) de 1999 a 2002 e Diário, de n.ºs 01 e 02, período de 02/1999 a 12/2000, sendo o último com registro na JUCESP no 111918, de 17/07/2001 e escriturado até fls. 103, dezembro de 2000;

2.4. Chamamos a atenção para o fato de que solicitamos o registro dos Livros Diários de 2001 e 2002 diversas vezes, fazendo-o inclusive através do TIAD complementar emitido em 22/08/2003 de maneira explícita, e até esta data os livros registrados não nos foram apresentados. Tal fato gerou a lavratura do Auto de Infração DEBCAD 35.416.229 -2, emitido em 11/09/2003;

2.5. As contas contábeis examinadas foram as seguintes: No ano de 2001: 381.12.0001-6 — Locação de imóveis, 3.8.1.12.0001 — Locação de imóveis, 3.8.1.10.0005 — Imposto Predial, 3.8.1.23.0044 — Condomínio. No ano de 2002: 3.4.L02.0002 — Locação de imóveis, 3.4.1.02.0003 — Telefone e Internet, 3.4.1.02.0007 — Outras despesas com imóveis, 3.4.1.02.0009 — Despesas com água, energia elétrica e gás, 3.4.1.02.0010 — Despesas com entretenimentos, 3.4.1.02.0011 — Diversos.

2.6. Salientamos que apesar de notificada conforme TIAD — Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, emitido em 26/05/2003, e seu complemento emitido em 22/08/2003 (este com referência direta As contas em questão), além de diversas solicitações orais durante esta fiscalização, a empresa apresentou de forma deficitária a

documentação solicitada, o que gerou a lavratura do Auto de Infração DEBCAD 35.416.228-4, emitido em 11/09/2003;

2.7. A documentação solicitada referente As contas de despesas não nos foi apresentada. Os lançamentos deste crédito incluem os pagamentos efetuados nas contas acima, pelo motivo de que no ano de 2002 houve uma separação nas contas de despesas da empresa, separação esta entre despesas com os imóveis nos quais se localizam matriz e filiais e outras contas de despesa com imóveis sem vínculo algum com a empresa, bem como despesas que por sua natureza são salário indireto, fato este verificado, constatamos que tal situação se repetia também no ano de 2001, ano em que as contas de aluguel não estavam separadas.

2.8. Este levantamento/aferição não inclui as contas a seguir, que se referem a despesas dos imóveis que englobam matriz e filiais no ano de 2002: 3.3.1.02.0001 — Locação de imóveis, 3.3.1.02.0001 — Imposto Predial, 3.3.1.02.0003 — Condomínio, 3.3.1.02.0005 — Água e esgoto, 3.3.1.02.0006 — Energia elétrica, 3.3.1.06.0001 — Telefone, 3.3.1.06.0002 — Despesas com Internet.

2.9. O Livro Razão não continha o mês 09/2001, assim os valores referentes ao citado mês foram aferidos efetuando-se a diferença entre o saldo inicial do mês de outubro de 2001 e o saldo final do mês de agosto de 2001.

2.10. No ano de 2001, as contas em questão foram aferidas pela sua totalidade, uma vez que a empresa não apresentou a documentação das mesmas.

2.11 Informamos que fizemos uma pesquisa no site da Telefonica, somente na cidade de São Paulo e constam 13 imóveis em nome da empresa, cópia desta pesquisa faz parte integrante deste relatório.

DA IMPUGNAÇÃO

3. A empresa foi cientificada da NFLD via postal em 13/10/2003, conforme AR — Aviso de Recebimento de fls. 58, e apresentou defesa tempestiva em 28/10/2003, através do instrumento de fls. 62/97, acompanhado de cópias de documentos às fls. 98/1678.

4. A empresa apresenta, em síntese, as seguintes razões de defesa:

I — Histórico necessário

5. Faz um histórico da empresa Huawei Technologies e parceria com a Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda., e afirma que estas informações são fundamentais para demonstrar a importância de seus investimentos e consequente geração de empregos, em consonância com a política do atual Governo Federal e as novas relações internacionais envolvendo o mercado da China.

• II — Da autuação

6. Faz breve relato sobre a presente NFLD, destacando que dentre as contribuições devidas a Terceiros relacionadas pela Autoridade Fiscal, encontram-se a contribuição ao Salário Educação (2,5%), INCRA (0,2%), SENAC (1,0%), SESC (1,5%) e SEBRAE (0,3%), cujas alíquotas somam 5,5% e não 5,8% como lançado na NFLD.

7. Alega que o presente Auto de Infração não tem condições de subsistir, não apenas pela ausência de motivação legal, como também pelo fato de que as despesas apontadas pela Autoridade Fiscal nunca poderiam ser enquadradas como salário indireto ou salário utilidade, porquanto não foram efetivamente incorridas pelos empregados da Impugnante.

III - Preliminarmente

111.1. Ausência de motivação legal. Infração não comprovada

8. Em nenhum momento, a autuação estabeleceu relação entre as despesas, ressalte-se não operacionais, as quais variam no decorrer do período fiscalizado e os empregados da Impugnante.

8.1. Melhor dizendo, a Autoridade Fiscal sequer fez prova de condição indispensável à autuação - de que as despesas incorridas pela Impugnante referiam-se a gastos habituais com seus empregados.

8.2. Tal circunstância, antes mesmo de restringir o direito à ampla defesa da Impugnante, sendo um exemplo clássico de cerceamento, torna nula a própria autuação, uma vez que o simples elenco de despesas não é bastante para fundamentar a cobrança de contribuições sociais, calcada na simples presunção de que tais despesas teriam sido pagas aos empregados da Impugnante e, por essa razão, constituiriam ganhos habituais desses.

8.3. Assim, requer seja acatada a preliminar ora formulada, declarando nulo o presente auto de infração, que deverá ser prontamente arquivado.

IV — Do mérito

IV.1. Das despesas levantadas pela Autoridade Fiscal relacionadas no Livro Razão das contas apontadas:

a) 2001

9. A Impugnante não poderia deixar de observar a sua total oposição ao procedimento adotado pela Autoridade Fiscal, que em relação ao ano de 2001 considerou as despesas pela sua totalidade, afirmando que a Impugnante teria deixado de apresentar documentação das mesmas. Isto porque os Livros Contábeis, Diário e Livro Razão, diversamente do afirmado pela fiscalização, encontram-se nas dependências da Impugnante.

9.1. Corroborando a assertiva, a Impugnante ressalta que no Relatório, a Autoridade Fiscal afirma que a documentação relativa as despesas não foi apresentada, (item 4.4) mas de forma contraditória relaciona as contas do Livro Razão de 2001 e 2002 (item 4.1).

9.2. O mais incrível de tudo isso é que a Autoridade Fiscal, no item 4.3, afirma que no ano de 2002 houve uma separação nas contas de despesas, separação esta, conforme seu relato, entre os imóveis nos quais se localizam matriz e filiais e outras contas de despesas com os imóveis sem vínculo algum com a empresa. Veja que a própria Autoridade Fiscal reconhece expressamente que muitas das despesas com imóveis não possuem nenhum vínculo com a Impugnante.

9.3. Nesse mesmo item, a Autoridade Fiscal afirma que encontrou despesas "que por sua natureza são salário indireto", fato que também se repetiu em 2001.

9.4. Ora, o cerne da discussão está todo fundamentado na presunção da Autoridade Fiscal de que as despesas incorridas pela Impugnante configurariam salário indireto em favor dos seus empregados.

9.5. Porém a própria fiscalização reconhece que para a lavratura do Auto de Infração apenas levou em conta a natureza das despesas, o que efetivamente não bastaria para suportar a cobrança de contribuições sociais sobre estes valores.

9.6. Por meio do Livro Razão das contas apontadas pela Autoridade Fiscal no ano de 2001 verificou-se que foram indevidamente incluídos no cálculo da suposta base de cálculo valores atinentes a simples provisões (expectativas) de despesas.

9.7. Da simples análise das contas do Razão, poderá se verificar que os imóveis aos quais as despesas se referem encontram-se relacionados no item IV.3., no qual a Impugnante trata dos contratos de locação.

9.8. Resta claro o equívoco da presente autuação no ano de 2001, em que foram levantados como salário utilidade despesas com locação de imóveis, imposto predial e despesas de condomínio.

b) 2002

10. As despesas com água, energia elétrica, gas, Internet e telefone referem-se, aos imóveis locados pela Impugnante que, conforme sera demonstrado, são utilizados por

funcionários da Huawei Technologies, que ingressaram no Brasil portando visto de negócio e visto de assistência técnica e não, conforme o entendimento da Autoridade Fiscal, pelos empregados da Impugnante, os quais possuem residência fixa diversa dos endereços dos imóveis locados.

10.1. Nesse sentido, as contas 3.4.1.02.00002 (locação de imóveis), 3.4.1.02.00003 (telefone e Internet), 3.4.1.02.00007 (outras despesas com imóveis) e 3.4.1.02.0009 9 (despesas com água, energia elétrica e gás) estão todas relacionadas, sendo completamente indevido o enquadramento de seus respectivos valores como salário indireto (salário utilidade) dos empregados da Impugnante, como pretendeu fazer crer a Autoridade Fiscal.

10.2. Relativamente as despesas com entretenimento (3.4.1.02.00010) e despesas diversas (3.4.1.02.00011) no ano de 2002, pode-se observar que, em sua imensa maioria, referem-se a gastos efetuados pelos funcionários da Huawei Technologies, os quais devem apresentar relatório para o respectivo pagamento pela Impugnante, vez que esses valores são posteriormente ressarcidos pela controladora, bem como a pequenas dispêndios atinentes aos imóveis e a pequenas despesas dos funcionários no Brasil.

10.3. Em todos os casos em que há dispêndios com entretenimentos e gastos diversos, como política da Impugnante, há a informação do nome do funcionário da Huawei Technologies, acompanhada do relatório de despesas.

10.4. Por essa razão, a Impugnante - não pode concordar com a presente exigência, porquanto a Autoridade Fiscal, sem levar em consideração a descrição no Livro Razão das contas por ela apontadas, em que há o nome do funcionário, a informação a que se refere, etc. simplesmente relacionou valores sem fazer qualquer referência aos empregados da Impugnante.

10.5. Mesmo nos raros casos em que as despesas se referem aos empregados da Impugnante, nominados no Livro Razão, a simples natureza da despesa não autoriza a Autoridade Fiscal a pressupor que ela configurar-se-ia ganho habitual.

10.6. Salta aos olhos a ausência de habitualidade ao mesmo empregado, a variação dos valores e principalmente a Autoridade Fiscal deveria comprovar que esses valores são acrescidos ao patrimônio do empregado, o que, em realidade, não ocorre, pois eventuais gastos com empregados, totalmente extraordinários, são posteriormente cobrados pela Impugnante.

10.7. Determinadas despesas relacionadas ao Sr. Guo Jim Ming, que exercia a função de gerente delegado, são pertinentes a gastos com clientes e, em pouquíssimos casos, a dispêndios pessoais, como exemplo compra no CARREFOUR, em 02 de janeiro de 2002.

IV.2. Dos ex-funcionários e funcionários presentes no período da autuação.

Diversidade dos endereços residenciais:

11. A fim de comprovar o equívoco da exigência em discussão, a Impugnante julga relevante acostar em sua defesa as fichas de registro de seus funcionários ainda presentes e ex-funcionários, que trabalharam e trabalham na Impugnante no período de 01/2001 a 12/2002. Por meio dessas fichas, documentos que deveriam ter sido analisados pela Autoridade Fiscal, pode-se verificar o endereço residencial e comercial dos mesmos, que não confere com os endereços dos imóveis locados pela Impugnante, cujos endereços encontram-se estampados nas contas do Livro Razão dos anos de 2001 e 2001.

IV.3. Dos Contratos de Locação. Fins Residenciais. Valores:

12. Neste tópico, a Impugnante informa que juntou aos autos os contratos de locação por ela celebrados, e faz um resumo de suas principais informações As fls. 76/78.

12.1. Ressalta que nenhum dos imóveis elencados são utilizados por funcionários da Impugnante, os quais, conforme pode ser notado em suas respectivas fichas de registro,

possuem endereço fixo diverso do endereço dos imóveis objetos dos contratos de locação, mesmo endereço dos imóveis constantes do Livro Razão.

12.2. Isso porque os imóveis relacionados são ocupados periodicamente por funcionários da Huawei Technologies, estabelecida em Hong Kong, atual acionista da Impugnante, os quais ingressaram no país portando visto de negócios em nome da empresa estrangeira ou com visto de assistência técnica, nos termos de certificado de averbação de assistência técnica firmado entre a empresa Huawei Technologies e a Impugnante.

12.3. Diante da freqüente rotatividade desses profissionais faz-se necessária a utilização usual de imóveis, e por essa razão a imensa maioria dos contratos de locação é celebrada pela Impugnante, sendo que em alguns casos os instrumentos foram celebrados pelos próprios funcionários da Huawei Technologies, figurando a Impugnante como fiadora.

12.4. A única exceção da listagem efetuada encontra-se no contrato celebrado pelo Sr. Xiao Ersong, que, em seu próprio nome, firmou contrato de locação para fins residenciais de imóvel que seria ocupado por funcionários da Huawei Technologies, no qual a Impugnante consta como fiadora e principal pagadora do aluguel.

12.5. Dessa forma, as despesas apontadas pela Autoridade Fiscal, que, em nenhum momento estabeleceu relação com os empregados da Impugnante, não se referem a estes, mas sim aos funcionários da Huawei Technologies.

A) Visto de negócio

13. 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 fabricante durante a discussão e fechamento de negócios.

13.1. 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. O interesse da Impugnante relaciona-se apenas A. possibilidade de trabalho de adaptação dos sistemas às necessidades da empresa no Brasil.

13.2. O pagamento das despesas pela Impugnante encontra suporte no volume, natureza e agilidade com que esses pagamentos devem ser feitos, não constituindo qualquer ofensa A. legislação fiscal, inclusive na seara do INSS. Em razão das dificuldades para o fechamento de câmbio, remessa de dinheiro do exterior e da burocracia advinda do registro de capital estrangeiro, que poderiam atrasar o ressarcimento das despesas relacionadas pela Autoridade Fiscal, o seu pagamento pela Impugnante é prática eficiente e necessária.

B) Visto de assistência técnica

14. Muitos dos funcionários da Huawei Technologies 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, visando esclarecer dúvidas de clientes e possibilitar a integração dos equipamentos com diferentes tecnologias, conforme a solução proposta.

14.1. Pelas mesmas razões acima aduzidas, não há que se falar na exigência de contribuições sociais ao INSS e a Terceiros sobre despesas pagas pela Impugnante aos funcionários da Huawei Technologies.

14.2. A Impugnante solicitou de sua controladora o envio de cópia dos passaportes dos funcionários que ingressaram no país durante os anos de 2001 e 2001, autorizados por meio de vistos de negócio e vistos de assistência técnica, tendo obtido determinadas cópias de passaportes de funcionários que ainda fazem parte do quadro da Huawei Technologies.

14.3. Visando facilitar a análise dos passaportes, a Impugnante traduziu as informações mais relevantes, a fim de demonstrar o curto período de permanência desses funcionários no país e a intensidade desta estada.

14.4. Desse modo, comprovou que as despesas levantadas pela Autoridade Fiscal referem-se a dispêndios incorridos em razão da presença de funcionários da Huawei Technologies no Brasil.

IV.4. Impossibilidade dos valores apontados pela Autoridade Fiscal serem classificados como "ganhos habituais" em favor de "empregados":

A) Grande variação mensal das despesas

15. Os valores apontados pela Autoridade Fiscal variam muito de mês a mês, característica esta que não pode ser arrogada à figura de "ganhos habituais", cujos valores apenas podem sofrer tributação pelo INSS e por Terceiros, caso realmente sejam "ganhos", "acréscimos" ao patrimônio do favorecido, ainda que de forma indireta.

15.1. Em nenhum momento, a Autoridade Fiscal demonstrou que os valores despendidos pela Impugnante são revertidos aos seus próprios empregados, e nem poderia, uma vez que as despesas estão relacionadas aos funcionários da Huawei Technologies. Na verdade, tal fato foi simplesmente ignorado pela Autoridade Fiscal para suportar a indevida exigência ora em discussão.

B) Classificação das despesas como não operacionais. Tributação pelo IRPJ e pela CSLL A alíquota de 34%.

16. Os valores levantados pela fiscalização como base de cálculo das contribuições ao INSS e a Terceiros são tributados pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e pela Contribuição Social sobre o Lucro à alíquota de 34%, devendo, para tanto, serem adicionados às respectivas bases de cálculo.

16.1. Esta digressão faz-se de grande relevância para a solução desta controvérsia, uma vez que, caso os valores fossem efetivamente pagos, de maneira habitual aos empregados da Impugnante, ainda que de forma indireta, eles seriam, por força do § 3º do artigo 299 do Decreto nº 3.000/99, obrigatoriamente classificados como despesas operacionais, insuscetíveis de sofrerem o peso da carga tributária de 34%, muito maior do que aquela apontada pela Autoridade Fiscal como devida a título de contribuição ao INSS e a Terceiros.

IV.5 - Conclusão

17. Resta claro, pois, que a presente exigência não tem como prosseguir, uma vez que as despesas simplesmente pagas pela Impugnante referem-se aos gastos incorridos pelos funcionários da Huawei Technologies, e não como pretende fazer crer a Autoridade Fiscal, configuram ganhos habituais que seriam pagos aos empregados da Impugnante.

IV.6. Da impossibilidade de utilizar-se a Taxa SELIC como taxa de juros

18. Traça um histórico da taxa SELIC, transcrevendo doutrina e julgados, concluindo restar cabalmente demonstrada a total impossibilidade de utilizar-se a Taxa SELIC como taxa de juros de mora na atualização dos débitos em atraso para com o INSS, em face de sua manifesta inconstitucionalidade e ilegalidade, pois a aludida taxa fere os artigos 161, § 1º, do CTN, e artigos 146, III e 150, I, da Constituição Federal vigente.

IV.7 — Das contribuições a Terceiros e o INCRA

19. Conforme ressaltado anteriormente, as alíquotas das contribuições a Terceiros apontadas pela Autoridade Fiscal não somam 5,8%, mas sim 5,5%. Desta maneira, eventuais contribuições a Terceiros devidas pela Impugnante sobre valores indevidamente considerados como ganhos habituais aos seus empregados deverão ser calculados à alíquota de 5,5%.

19.1. Aliás, a contribuição ao INCRA deve ser excluída do percentual de 5,5%, uma vez que o próprio STJ, no julgamento dos Embargos de Divergência no RESP 173380/DF decidiu pela inexigibilidade desta cobrança sobre o empregador urbano.

IV.8 — Dos documentos juntados

20. Relaciona os documentos anexados à defesa, e requer, em vista da exiguidade do prazo para análise de documentos e elaboração da presente Impugnação, prazo complementar de 15 dias para apresentação de outros documentos que se fizerem necessários, como o resumo dos passaportes dos funcionários da Huawei Technologies, bem como eventuais documentos de suporte dos lançamentos efetuados no Livro Razão.

20.1. Ressalte-se que eventual controvérsia entre a presunção da Autoridade Fiscal e os documentos ora acostados deverá necessariamente ser resolvida por meio de perícia contábil, a fim de que a Impugnante possa contrapor a presente autuação exercitando o seu direito A. ampla defesa e ao contraditório.

V — Do pedido:

21. Requer seja acatada a preliminar arguida, determinando o pronto arquivamento do presente Auto de Infração

22. Na remota hipótese de não se acolher a preliminar, a Impugnante requer seja julgada improcedente a autuação, cancelando-se a pretensão fiscal em sua origem, porquanto restou demonstrado que as despesas apontadas pela Autoridade Fiscal nunca poderiam ser enquadradas como salário indireto, porquanto se referem a gastos com funcionários da Huawei Technologies, e não aos empregados da Impugnante, que sequer recebem qualquer tipo de acréscimo habitual, ainda que de forma indireta, aos seus patrimônios.

23. Requer provar o alegado por todos os meios de prova admitidos em direito, em especial a juntada de novos documentos e a realização de perícia contábil para a exata verificação das despesas levantadas pela Autoridade Fiscal.

DA DILIGÊNCIA FISCAL

24. O processo foi encaminhado em diligência fiscal, conforme despacho de fls. 1680/1690, para manifestação do Auditor Fiscal Notificante, quanto As alegações da empresa e documentos anexados As fls. 153/1658.

24.1. Como resultado da diligência fiscal, o Auditor Fiscal Notificante anexou aos autos cópias dos seguintes documentos As fls. 1691/1722: Termo de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, emitido em 23/06/2004, Mandado de Procedimento Fiscal — Diligência, Procurações, Mandados de Procedimento Fiscal — Complementar, Ofício SFISC/DRT/SP Nº 67/2003-LL, Relatório Fiscal e Auto de Infração referentes à ação fiscal desenvolvida pelo Ministério do Trabalho na empresa em tela.

24.2. Foi também emitida a Informação Fiscal de fls. 1723/1749, na qual o Auditor Fiscal Notificante se manifesta pela retificação do levantamento em função dos documentos analisados no decorrer da diligência fiscal.

DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO Nº 21.004.410146/2005

25. Foi então emitida a Decisão-Notificação nº 21.004.4/0146/20005, de 17/02/2005, fls. 1758/1809, de Lançamento Procedente em Parte, retificando-se o lançamento para R\$ 752.206,35 (setecentos e cinquenta e dois mil, duzentos e seis reais e trinta e cinco centavos), consolidado em 06/10/2003, conforme DADR — Discriminativo Analítico do Débito Retificado, fls. 1751/1757.

DO RECURSO E CONTRA RAZÕES

26. A empresa foi cientificada da referida Decisão-Notificação e copia do DADR em 30/03/2005, conforme fls. 1817, e apresentou Recurso tempestivo em 29/04/2005, através do instrumento de fls. 1821/1852, acompanhado de cópia da Guia de Depósitos Judiciais e Extrajudiciais, referente ao depósito prévio recursal, previsto no artigo 126 da Lei nº 8.213/91, introduzido pelo artigo 10 da Lei nº 9.639/98, fls. 1853.

27. Em 24/06/2005 foram emitidas contra razões de Recurso, propondo-se a manutenção da decisão recorrida, e o processo encaminhado A 4ª Câmara de

Julgamento do Conselho de Recursos da Previdência Social para julgamento, conforme despacho de fls. 1855/1879.

DO ACORDÃO Nº 102/2006

28. Em 26/01/2006 foi proferido o Acórdão nº 102/2006, fls. 1880/1885, no qual os membros da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, por unanimidade de votos, conheceram do Recurso e anularam a Decisão-Notificação, determinando-se que a Notificada seja intimada da Informação Fiscal de fls. 1723/1757, para devida manifestação, e posteriormente seja emitida nova decisão pela autoridade julgadora.

29. Assim, em cumprimento ao referido Acórdão, foram enviadas à empresa cópias de fls. 1723/1749 (Informação Fiscal), fls. 1750 (despacho interno de encaminhamento do processo) e fls. 1751/1757 (DADR — Discriminativo Analítico do Débito Retificado), e reaberto o prazo para manifestação de 10 (dez) dias, conforme disposição do art. 44 da Lei nº 9.784/99.

30. A empresa foi cientificada dos referidos documentos em 03/12/2007, conforme cópia do Aviso de Recebimento — AR de fls. 1893.

31. Em 13/08/2008, protocolizou requerimento para juntada de Procuração e documentos societários, assim como vistas e cópias dos autos, fls. 1898/1899, efetuados em 26/08/2008, e 01/09/2008, conforme fls. 1921/1925.

32. Em 17/09/2008 o processo foi encaminhado por esta DRJ à DERAT-SPO/EQREC, somente para que esta informasse sobre a manifestação ou não da empresa após ciência dos documentos relacionados no item 29, em 03/12/2007.

33. No entanto, a DERAT-SPO/EQREC enviou novamente cópias da informação fiscal de fls. 1723/1757, reabrindo o prazo para manifestação da empresa.

DA MANIFESTAÇÃO DO CONTRIBUINTE

34. A empresa foi cientificada da referida informação fiscal em 07/11/2008, conforme AR de fls. 1933, e apresentou manifestação anexada às fls. 1935/1985, apresentando, em síntese, as seguintes alegações, em sua maioria já trazidas na impugnação inicial:

Da Notificação de Lançamento

35. Após resumo dos autos, alega que o lançamento é nulo, pelas razões que passa a expor.

Da decadência

36. Como reconhecido pelo Acórdão da 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, que anulou todo o processo desde a data do refazimento do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, a alteração da cobrança pela própria fiscalização foi tão abrangente que configurou verdadeiro NOVO LANÇAMENTO, especialmente quanto aos valores relativos ao ano-base 2001, do qual foi a Impugnante intimada em 10/11/2008. Assim, verifica-se que o Fisco decaiu de seu direito, estando caduco o crédito tributário que se pretende exigir por meio do presente auto de infração, especialmente quanto aos valores relativos ao período de janeiro de 2001 a dezembro de 2001, por força do previsto no artigo 150, §4º, do CTN.

Da nulidade do Auto de Infração por falta de adequada motivação fática e jurídica

37. Com base nas contas contábeis discriminadas no Relatório Fiscal, a Autoridade Fiscal assumiu que as mesmas referiam-se 100% a salário "in natura", e procedeu a lavratura da NFLD, sem, no entanto, comprovar que os valores em questão seriam realmente salários "in natura".

37.1. Tanto assim que o próprio Fiscal Autuante reconheceu este fato na decisão que ensejou o novo lançamento, ao excluir diversos valores que compunham a base de cálculo da contribuição neste novo lançamento. Se foram excluídos é porque não eram salário "in natura" e a apuração inicial estava errada.

37.2. O problema é que também neste novo lançamento os valores mantidos também não são salários "in natura", mas mesmo assim foi mantida a exigência das contribuições previdenciárias sobre os mesmos.

37.3. Se o Fiscal Autuante não localizou os documentos que dão respaldo ao lançamento, não poderia o mesmo simplesmente autuar a Impugnante por este fato, devendo exigir estes documentos e verificar se realmente podem ou não ser tais verbas consideradas salário "in natura".

37.4. Ao assim proceder, está reconhecendo que o Auto de Infração foi lavrado sem levantamento específico e sem qualquer motivação de fato.

37.5. Esta total ausência de motivação jurídica e de motivação jurídica do auto de infração evidencia que o mesmo foi lavrado com base em suposições não comprovadas do Fiscal Autuante, o que implica em sua nulidade por absoluto cerceamento de defesa.

37.6. Como se verifica pela própria decisão que procedeu ao novo lançamento, além de expressamente reconhecer que quase 50% dos valores considerados não eram realmente salário "in natura", o Fiscal Autuante também reconhece que existem valores que o mesmo não conseguiu identificar a natureza, mas ainda assim manteve na autuação.

37.7. Assim, por vício na motivação de fato, totalmente insuficiente, o auto de infração em causa é nulo, não podendo prosperar.

37.8. Mas não é só. Não tendo sido demonstrado e nem mesmo declinado como o Fiscal Autuante chegou à conclusão de que os valores constantes do tópico 9.1 (linhas que só contêm número da conta e valor lançado), poderiam ser relativos a salários "in natura", o lançamento foi feito com base em suposições do ilustre Fiscal, desacompanhadas de qualquer prova, o que é inadmissível em matéria tributária.

Lançamento com base em meras suposições — inadmissibilidade

38. Em se tratando de ocorrência do fato gerador vigora o princípio da verdade material, segundo o qual a consequência tributária somente incidirá se efetivamente o evento se der no plano fenomênico. Se o Fiscal Autuante não provou a ocorrência do fato gerador, ou se existem dúvidas sobre esta prova, a autuação deve ser cancelada

38.1. Se a exigência no caso se dá sobre valores que o próprio Fiscal Autuante reconhece expressamente que não conseguiu identificar do que se tratavam porque os "documentos que não foram encontrados/apresentados/vistos", como pode o Fiscal assumir a existência do suposto ilícito e cobrar contribuições previdenciárias sobre os mesmos?

38.2. Em suma, como não há prova da ocorrência dos fatos presumidos pelo Fiscal Autuante, o auto é insubsistente, sendo nulo por vício na motivação de direito, razão pela qual não pode prosperar.

Da improcedência da cobrança da autuação

39. Como expressamente mencionado na impugnação apresentada, que requer seja considerada aqui como transcrita, apesar de todo o esforço da Autoridade Fiscal, em momento algum a autuação conseguiu comprovar que os valores das despesas constantes das contascontábeis em questão são salário "in natura".

39.1. Muito pelo contrário no que diz respeito a grande parte delas, o Fiscal Autuante expressamente reconhece que não conseguiu encontrar a documentação que pudesse justificar seu entendimento, sempre pelo mesmo motivo, que desde a primeira impugnação a Huawei demonstra neste feito: Os valores constantes destas contas contábeis não são relativos a salários "in natura". Senão vejamos:

Das despesas levantadas pela autoridade fiscal relacionadas no Livro Razão das contas apontadas:

40. Como já demonstrado de forma cabal na impugnação apresentada, os valores relativos a imóveis que a Impugnante aluga servem de moradia para os funcionários de

terceira empresa, Huawei Technologies, que eventualmente passam períodos no Brasil, com vistos de "negócios" e "assistência técnica".

40.1. Não se trata de valores pagos a funcionários da Huawei do Brasil, ora Impugnante, os quais possuem residências fixas, diversas dos endereços dos imóveis locados, como cabalmente comprovado na impugnação apresentada, a qual novamente se reporta para mais uma vez evitar desnecessária repetição.

40.2. As contas 3.4.1.02.00002 (locação de imóveis), 3.4.1.02.00003 (telefone e Internet), 3.4.1.02.00007 (outras despesas com imóveis) e 3.4.1.02.00009 (despesas com água, energia elétrica e gás) estão todas relacionadas e explicadas na Impugnação, sendo completamente indevido o enquadramento de seus respectivos valores como salário "in natura" dos empregados da Impugnante, como pretendeu fazer crer a Autoridade Fiscal.

40.3. Da mesma forma, todas as despesas em entretenimento (3.4.1.02.00010) e despesas diversas (3.4.1.02.00011) no ano de 2002, referem-se, em sua imensa maioria, a gastos efetuados pelos funcionários da Huawei Technologies.

40.4. Estes funcionários apresentam relatório para o respectivo pagamento pela Impugnante, os quais são posteriormente ressarcidos pela empresa chinesa. O restante refere-se a pequenos dispêndios nos imóveis e, por fim, algumas poucas despesas dos funcionários no Brasil.

40.5. Em todos os casos em que há dispêndios com entretenimentos e gastos diversos com funcionários da Huawei Technologies, existe informação do nome do funcionário, acompanhada do relatório de despesas.

40.6. Nestas condições, se está comprovado que as despesas são com funcionários de outra empresa, que são posteriormente ressarcidos, está comprovada de forma cabal a improcedência da autuação, devendo ser cancelada a cobrança.

40.7. Mesmo nos raros casos em que as despesas se referem aos empregados da Impugnante, nominados no Livro Razão das contas mencionadas pela fiscalização, a simples natureza da despesa não autoriza a Autoridade a pressupor que configurar-se-ia ganho habitual. Deveria ainda a fiscalização que esses valores são acrescidos ao patrimônio do empregado, o que na realidade não ocorre, pois estes valores extraordinários são posteriormente cobrados pela Impugnante.

Nenhum funcionário da Huawei no período da autuação tem residência nos imóveis locados constantes das referidas contas contábeis.

41. Por meio das fichas de registro funcionários, anexados à primeira impugnação, nunca verificados pela fiscalização, é possível identificar, um a um, o endereço residencial e comercial dos empregados da Impugnante no período da autuação. Nenhum destes 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 2001 e 2002, o que afasta a possibilidade de serem estes valores considerados salários "in natura".

Os contratos de locação são para fins residenciais de estrangeiros

42. Os imóveis relacionados nos Livros Razão são ocupados periodicamente por funcionários da Huawei Technologies, estabelecida em Hong Kong, China, acionista da Impugnante, os quais ingressaram no país portando visto de negócios em nome da empresa estrangeira ou com visto de assistência técnica, nos termos de certificado de averbação de assistência técnica firmado entre a empresa Huawei Technologies e a Impugnante.

42.1. A quase totalidade dos contratos de locação é celebrada pela Impugnante, sendo que em alguns casos os instrumentos foram celebrados pelos próprios funcionários da Huawei Technologies, figurando a Impugnante como fiadora. A opção por estes imóveis se deu em razão da frequente rotatividade dos profissionais, que ingressam no

país com propósito específico de realizar determinado negócio ou de participar de projeto exclusivo.

Visto de negócio

43. 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 fabricante durante a discussão e fechamento de negócios.

43.1. 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. O interesse da Impugnante relaciona-se apenas a possibilidade de trabalho de adaptação dos sistemas às necessidades da empresa no Brasil.

43.2. Portanto, sem ignorar os benefícios indiretos que a venda de equipamentos da Huawei Technologies proporciona à Impugnante, é evidente e inquestionável que 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

44. 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.

Das alegações constantes da decisão que determinou o novo lançamento

45. No afã de salvar a autuação, tentou o Fiscal Autuante descaracterizar o vínculo dos funcionários da empresa chinesa, vinculando-os à Huawei do Brasil, sob alegação de que: a) seriam sempre os mesmos funcionários que vinham ao país; b) muitos deles vinham ao país e saíam para outros locais na América Latina e logo após retornavam; c) existiria autuação do Ministério do Trabalho contra a Huawei tentando caracterizar estes funcionários da empresa chinesa como sendo funcionários da Huawei.

45.1. No entanto, a relação da Huawei do Brasil com a Huawei Technologies é perfeitamente válida e legal, inexistindo qualquer decisão transitada em julgado que tenha anulado estes contratos firmados.

45.2. Assim, não há que se falar na exigência de contribuições sociais ao INSS e a Terceiros sobre despesas pagas pela Impugnante aos funcionários da Huawei Technologies.

45.3. Os passaportes destes estrangeiros, juntados com a impugnação, comprovam o fato de que os mesmos não são brasileiros e que estão no país exatamente para a realização de negócios e assistência técnica.

45.4. O fato de que muitas vezes o mesmo funcionário da Huawei Technologies retorna ao Brasil para questões de negócio e/ou de assistência técnica decorre de política da companhia estrangeira. Aquele funcionário que conhece mais as diferenças e particularidades de cada país é normalmente enviado para solucionar os problemas no país.

45.5. Por outro lado, o fato de alguns destes funcionários terem saído do país, passado por países da América Latina e posteriormente retornado decorre dos mais variados motivos, como prestação de serviços em outro local, turismo, entre outros, não sendo este fator suficiente para transformar os mesmos em funcionários da empresa brasileira.

45.6. Finalmente, o fato de existir questionamento pelo Ministério Público do Trabalho sobre a natureza da relação com estes funcionários da empresa chinesa, não transforma

a Huawei em empregadora. Ainda não existe decisão final naquelas questões, e mesmo que houvesse, a aplicação de multa a Huawei não altera o fato de que estes funcionários são da empresa Huawei Technologies.

Impossibilidade dos valores apontados pela Autoridade Fiscal serem "ganhos habituais" de "empregados":

46. Ainda que se tratasse de funcionários da Impugnante, não seria possível estabelecer relação de habitualidade, por força da grande variação mensal de despesas e do fato de que os valores jamais ingressaram no patrimônio destes trabalhadores estrangeiros.

Grande variação mensal das despesas e não ingresso no patrimônio do suposto empregado:

46.1. Os valores apontados pela Autoridade Fiscal variam muito de mês a mês, característica esta que afasta qualquer possibilidade de caracterização dos mesmos como "ganhos habituais".

46.2. Os valores jamais ingressaram no patrimônio dos supostos empregados da empresa chinesa, ainda que de forma indireta, como aquilo que não se gasta, o que igualmente afasta qualquer possibilidade de caracterização do mesmo como "ganhos habituais".

46.3. Os valores são pagos pela Impugnante a terceiros, proprietários dos imóveis, os quais por sua vez são ocupados por funcionários de empresa chinesa que passam breve período no país.

46.4. Em nenhum momento, da Autoridade Fiscal conseguiu demonstrar que os valores despendidos pela Impugnante são revertidos aos seus próprios empregados, e que existe a habitualidade, o que seria sua obrigação para poder sustentar esta autuação. Em nenhum momento, a Autoridade Fiscal demonstrou que os valores despendidos pela Impugnante são revertidos aos seus próprios empregados, e nem poderia, uma vez que as despesas estão relacionadas aos funcionários da Huawei Technologies.

Classificação das despesas como não operacionais. Tributação pelo IRPJ e pela CSLL A alíquota de 34%.

47. Como se verifica dos documentos anexados A impugnação, no ano de 2002, quando passou a calcular o IRPJ pela sistemática do Lucro Real, a Impugnante classificou as despesas apontadas pela fiscalização como "não operacionais". Estas são indedutíveis na determinação das bases de cálculo do IRPJ e da Contribuição Social sobre o Lucro, que incidem conjuntamente à alíquota de 34%.

47.1. Isto significa dizer que os valores levantados pela fiscalização como base de cálculo das contribuições ao INSS e a Terceiros são tributados pelo Imposto de Renda da Pessoa Jurídica e pela Contribuição Social sobre o Lucro A. alíquota de 34%. Se estes valores fossem mesmo base de cálculo de contribuições previdenciárias, mais precisamente salário "in natura", os mesmos seriam despesas operacionais e não precisariam compor a base de cálculo do IRPJ e CSL.

47.2. Realmente, os valores pagos, de maneira habitual, a empregados da Impugnante são, por força do §3º do artigo 299 do RIPJ (Decreto nº 3.000/99) obrigatoriamente classificados como despesas operacionais, as quais são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ e CSL.

47.3. Assim, caso seja mantida a autuação, a Impugnante fará jus imediatamente a restituição de CSL e IRPJ no montante correspondente a aplicação da alíquota de 34% sobre esta mesma base de cálculo, montante este muito superior ao que ora é cobrado a título de INSS.

47.4. Resumindo, a Impugnante está pagando muito mais tributos do que precisaria pelo fato de não reconhecer estas despesas como salário "in natura". Ou seja, nem mesmo do ponto de vista econômico teria a Impugnante interesse em disfarçar a contratação destes funcionários da empresa Huawei Technologies, tudo a demonstrar a absoluta improcedência da autuação e a necessidade de cancelamento da mesma.

Ilegalidade da exigenciada contribuição ao INCRA

48. Discorre sobre a contribuição ao INCRA, alegando ser a mesma manifestamente ilegal, tendo em vista não ter sido recepcionada pela nova ordem constitucional.

Inconstitucionalidade da contribuição ao SEBRAE

49. É igualmente indevida a exigência da contribuição ao SEBRAE no presente caso, visto que é uma contribuição nova e foi instituída em violação de três exigências constitucionais: a) o da necessidade de lei complementar para sua instituição (artigo 149, III, "a"); b) o da vedação de cumulação com outras contribuições que tenham o mesmo fato gerador ou base de cálculo; e c) o da necessária relação de pertinência entre os contribuintes e a categoria profissional ou econômica que a contribuição objetiva incrementar.

Da imprestabilidade da Taxa SELIC como índice para efeitos de cômputo dos juros de mora

50. Os juros de mora jamais poderiam ser exigidos na dimensão pretendida pela ilustre 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.

Do pedido:

51. Ante o exposto, protestando pela juntada de documentos e realização de perícia para apuração dos valores reais que poderiam ser lançados, se o caso, bem como para que na parte aplicável seja a primeira impugnação e os documentos colacionados A. mesma, considerados como parte da presente, pede e espera a Impugnante seja recebida e processada sua impugnação para o fim de ser julgada improcedente e cancelada a cobrança objeto da NFLD, caso antes não seja reconhecida a decadência e/ou sua nulidade.

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

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2002

Documento: NFLD nº 35.620.065-5, de 08/10/2003

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. ARBITRAMENTO. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, por parte da empresa, pode a fiscalização, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, resultando no lançamento por arbitramento, que encontra amparo no § 30 do artigo 33 da Lei nº 8.212/91, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. Considera-se salário de contribuição 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. (Art. 28, inc. I, da Lei 8.212/91).

CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. O crédito previdenciário lançado encontra-se de acordo com o disposto no Código Tributário Nacional, que determina o prazo de 5 (cinco) anos para a constituição e cobrança do crédito tributário, e passou a reger a matéria após a publicação da Súmula Vinculante nº 8 do STF, que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91.

JUROS. TAXA SELIC. Sobre as contribuições sociais pagas com atraso incidem, a partir de 01.04.1997, juros equivalentes à taxa referencial, do Sistema Especial de Liquidação e Custe: a - SELIC

TERCEIROS. São devidas as contribuições destinadas a Entidades e Fundos-Terceiros: Salário Educação (2,5%), INCRA (0,2%), SENAC (1%), SESC (1,5%) e SEBRAE (0,6%), para as empresas enquadradas no FPAS 515.

INCRA. As empresas urbanas estão legalmente obrigadas ao recolhimento da contribuição para o INCRA.

SEBRAE. A contribuição ao SEBRAE abrange as empresas em geral e não somente às pequenas e micro empresas.

CONSTITUCIONALIDADE. APRECIACÃO. VEDAÇÃO. No âmbito do processo administrativo fiscal é vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade.

PRODUÇÃO DE PROVAS. INDEFERIMENTO. A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, salvo se fundamentado nas hipóteses expressamente previstas.

PEDIDO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO. Considerar-se-á não formulado o pedido de perícia quando a empresa não apresentar os motivos que a justifique, a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, o nome, endereço e a qualificação profissional de seu perito.

INTIMAÇÃO. ENDEREÇAMENTO. Por expressa determinação legal, as intimações devem ser endereçadas ao domicílio fiscal eleito pelo sujeito passivo.

Lançamento Procedente em Parte

Inconformada, os contribuintes apresentaram recurso voluntário, às fls. 1975 e ss sob alegação de: 1) Decadência, 2) Nulidade do Auto de Infração por falta de adequada motivação fática e jurídica, 3) Inexistência de Lançamento por Arbitramento; 4) Inocorrência de pagamento de salário “in natura”; 5) a inexigibilidade da contribuição para o INCRA, 6) a ilegalidade da contribuição para o SEBRAE; 7) a ilegalidade da Taxa SELIC, 8) Cerceamento de defesa por não realização de perícia.

Voto

Conselheiro João Ricardo Fahrion Nüske, Relator.

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

1. DO NÃO CONHECIMENTO PARCIAL DO RECURSO

1.1. DA VEDAÇÃO DE ANÁLISE DE INCONSTITUCIONALIDADE E 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, as **alegações de inexigibilidade da contribuição para o SEBRAE e a ilegalidade da aplicação da Taxa SELIC não podem ser conhecidos.**

Todavia, apenas para ressaltar a aplicação da SELIC já foi objeto de Súmula pelo CARF

Súmula CARF nº 4, “A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.”.

1.2. MATÉRIA NÃO IMPUGNADA

Em sede de recurso voluntário a contribuinte faz requerimento de nulidade do lançamento sob alegação de não se tratar de um lançamento por arbitramento.

Tais alegações destoam daquelas apresentadas em impugnação, razão pela qual não podem ser conhecidas, por preclusão. Houve, claramente, inovação quanto a causa de pedir.

A DRJ de origem não apreciou tais alegações, por inexistir na impugnação qualquer insurgência quanto a tal matéria.

Portanto, trata-se de inovação recursal, estando preclusas tais alegações, razão pela qual não devem ser conhecidas por este Conselho, haja vista que não foram alegadas em impugnação. O conhecimento destas alegações ocasionaria indevida supressão de instância administrativa.

Ocorre que nos termos do art. 14 do Decreto nº 70.235/72 a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento, devendo nela conter, conforme disposto no art. 16, inciso III, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir. Estabelece, ainda, o art. 17 do referido Decreto que se considerará não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pela impugnante.

Ainda que se conhecesse do argumento, o que não se faz, também não mereceria respaldo, conforme documento de fls. 22, tratou-se de lançamento por arbitramento desde o início.

2. DA DECADÊNCIA

Sustenta o recorrente a ocorrência de decadência ao argumento de que, *a alteração da cobrança pela própria fiscalização foi tão abrangente que configurou verdadeiro NOVO LANÇAMENTO, especialmente quanto aos valores relativos ao ano-base de 2001, sendo que já havia decorrido o prazo decadencial para constituição do crédito tributário.*

Ainda, que *a alteração na autuação original efetivamente levou a modificação das razões do primeiro auto de infração (...) ocorrendo novo lançamento.*

Afirma que e tendo em vista que *a Recorrente foi intimada deste novo lançamento somente em 10/11/2008, por força de equívoco do INSS, o que se verifica é que o Fisco já decaiu de seu direito.*

Cumpra salientar que o lançamento primeiramente realizado (fls. 2 à 56) foi realizado de forma arbitrada, tendo em vista que a empresa não forneceu a documentação solicitada pela fiscalização, conforme reiteradamente afirmado no curso do processo.

Posteriormente, com a apresentação – ainda que parcial – da documentação, foi retificado o lançamento realizado, agora à partir da documentação fornecida todavia, com o vício de não ter sido intimada a ora recorrente.

Salienta-se, contudo, que não houve alteração dos elementos do lançamento, tão somente a correção dos valores, agora à partir também da documentação apresentada.

Com a decisão proferida pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS, em 26.01.2006, no Acórdão nº 102/2006, fls. 1880/1885 restou determinado que:

Assim, deixando a autoridade julgadora de primeira instância de intimar a contribuinte do resultado da diligência requerida, para devida manifestação, após a apresentação de sua impugnação e antes de proferida a decisão, incorreu em cerceamento de defesa da recorrente, em total afronta ao princípio do devido processo legal, o que enseja a nulidade da decisão recorrida, bem como de todos os atos subsequentes, devendo o **presente processo ser remetido a origem para INTIMAR a notificada das razões da fiscalização consubstanciada na Informação Fiscal, às fls. 1723/1757, para que seja proferida nova decisão pela autoridade monocrática.**

Percebe-se, aqui, que não se trata da anulação do lançamento por vício material mas sim para que seja o contribuinte devidamente intimado das razões da fiscalização de fls. 1723 à 1757 e para que, com isso, oportunizada a ampla defesa, fosse proferida nova decisão pela autoridade monocrática.

Não houve fundamento em vício do lançamento para nulidade do mesmo, aplicando-se com isso, o art. 173, II do CTN, conforme reiteradas decisões deste Conselho.

A declaração de nulidade por vício formal reabre a contagem do prazo decadencial, nos termos do disposto no art. 173, inciso II, do CTN.

Considerando que não houve o transcurso de mais de 5 anos entre a decisão que anulou a NFLD e a notificação da NLFD substitutiva, não paira dúvida de que não transcorreram os cinco anos que o fisco teria para exercer o seu direito potestativo de efetuar o lançamento substitutivo do crédito tributário objeto da NFLD tomada nula, não havendo que se falar, portanto, em extinção pela decadência.

Com isto, afasto a alegação de decadência.

3. DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO POR FALTA DE ADEQUADA MOTIVAÇÃO FÁTICA E JURÍDICA, DA INOCORRÊNCIA DE PAGAMENTO DE SALÁRIO “IN NATURA”

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

55. A presente NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito encontra-se revestida das formalidades legais, tendo sido lavrada de acordo com os dispositivos

legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante ao disposto no "caput" do artigo 33 e artigo 37 da Lei nº 8.212/91, e como consequência não há que se falar em sua nulidade.

55.1. A Impugnante protesta pela nulidade do lançamento, alegando cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que o simples elenco de despesas não é bastante para fundamentar a cobrança de contribuições sociais, calcada na simples presunção de que tais despesas teriam sido pagas aos empregados da Impugnante e por esta razão constituiriam ganhos habituais desses. E que a autoridade fiscal sequer fez prova de condição indispensável autuação — de que as despesas incorridas pela Impugnante referiam-se a gastos habituais com seus empregados.

55.2. Cabe esclarecer que o arbitramento é uma faculdade da fiscalização sempre que não estiverem presentes os elementos que viabilizem a apuração direta do total devido, conforme disposto na Lei nº 8.212/91, sendo que, no caso, de acordo com o Relatório Fiscal, foi o próprio contribuinte que deu causa à necessidade de utilização do arbitramento e da aferição indireta, não há, portanto, que se falar em cerceamento do direito de defesa.

55.3. Determina o artigo 33, §§ 2º e 3º da Lei nº 8.212/91, que a empresa é obrigada a exhibir qualquer documento ou livro relacionado com as contribuições para a Seguridade Social, bem como, que ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o órgão arrecadador pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo a empresa o ônus da prova em contrário:

Art. 33. (...)

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devidas, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da ' prova em contrário.

55.4. Conforme visto, a fiscalização procedeu ao lançamento através da aferição indireta, em razão da não apresentação pela empresa, dos documentos solicitados durante a ação fiscal, inscrevendo de ofício as importâncias reputadas devidas, sendo que as razões do procedimento adotado, a metodologia do arbitramento e os demonstrativos de cálculos estão devidamente estabelecidos no Relatório Fiscal e seus anexos, não tendo incorrido em nenhuma irregularidade, porquanto concedida à empresa a oportunidade do ônus da prova em contrário, na forma do que dispõe o artigo 33, parágrafo 3º, da Lei nº 8.212/91, acima transcrito.

55.3. O Relatório Fiscal de fls. 35/39 descreve a situação verificada no decorrer da ação fiscal e o procedimento adotado para a lavratura da presente NFLD, cabendo destacar as seguintes informações:

55.3.1. Constituem fatos geradores das contribuições lançadas: as despesas pagas em contas contábeis de diversos títulos constantes dos Livros Diários de números 01 e 02 e livros contábeis auxiliares (Livro Razão) de 1999 a 2002 relativas ao período de 01/2001 a 12/2002;

55.3.2. Os documentos examinados foram os livros contábeis auxiliares (Razão) de 1999 a 2002 e Diário, de nºs 01 e 02, período de 02/1999 a 12/2000, sendo o último com registro na JUCESP nº 111918, de 17/07/2001 e escriturado até fls. 103, dezembro de 2000;

55.3.3. Solicitamos o registro dos Livros Diários de 2001 e 2002 diversas vezes, fazendo-o inclusive através do TIAD complementar emitido em 22/08/2003 de maneira explícita, e até esta data os livros registrados não nos foram apresentados. Tal fato gerou a lavratura do Auto de Infração DEBCAD 35.416.229-2, emitido em 11/09/2003;

55.3.4. Salientamos que apesar de notificada conforme TIAD — Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, emitido em 26/05/2003, e seu complemento emitido em 22/08/2003 (este com referência direta às contas em questão), além de diversas solicitações orais durante esta fiscalização, a empresa apresentou de forma deficitária a documentação solicitada, o que gerou a lavratura do Auto de Infração DEBCAD 35.416.228-4, emitido em 11/09/2003;

55.3.5. A documentação solicitada referente As contas de despesas não nos foi apresentada. Os lançamentos deste crédito incluem os pagamentos efetuados nas contas acima, pelo motivo de que no ano de 2002 houve uma separação nas contas de despesas da empresa, separação esta entre despesas com os imóveis nos quais se localizam matriz e filiais e outras contas de despesa com imóveis sem vínculo algum com a empresa, bem como despesas que por sua natureza são salário indireto, fato este verificado, constatamos que tal situação se repetia também no ano de 2001, ano em que as contas de aluguel não estavam separadas.

55.3.6. O Livro Razão não continha o mês 09/2001, assim os valores referentes ao citado mês foram aferidos efetuando-se a diferença entre o saldo inicial do mês de outubro de 2001 e o saldo final do mês de agosto de 2001.

55.3.7. No ano de 2001, as contas em questão foram aferidas pela sua totalidade, uma vez que a empresa não apresentou a documentação das mesmas.

55.4. Quanto a este tópico, cabe ainda citar o pronunciamento do Auditor Fiscal Notificante na Informação Fiscal de fls. 1723/1749:

(..)

2.1. Ausência de motivação legal, Infração não comprovada

2.1.a (..)

2.1.b Conforme Relatório Fiscal fls 35/39 deste, esta Notificação Fiscal de Lançamento de Débito-NFLD, refere-se a uma Aferição devido a impossibilidade de fazer a prova alegada acima pela não apresentação dos documentos solicitados.

55.5. Desta forma, **não se verifica qualquer nulidade no procedimento da fiscalização, que se fundamentando no artigo 33, §§2º e 30 da Lei nº 8.212/91, lavrou a presente NFLD por aferição indireta, sendo que posteriormente, analisou todos os documentos apresentados pela empresa na impugnação e diligência fiscal, excluindo do levantamento aqueles valores para os quais a empresa efetivamente comprovou não se tratar de salário "in natura".**

55.6. **Quanto aos demais valores mantidos na NFLD, para estes a Impugnante continua não fazendo prova de suas alegações, portanto, válida a apuração dos mesmos por aferição indireta e sua manutenção no presente levantamento.**

Da procedência da cobrança da autuação

56. A empresa, a fim de comprovar a improcedência da NFLD, traz inúmeras alegações, em diversos tópicos, contestando o procedimento adotado pela fiscalização, tanto em relação ao ano de 2001 como 2002.

56.1. Anexa diversos documentos, tais como cópias autenticadas de Fichas de Registro de Empregados (ainda presentes e ex-funcionários), 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.

56.2. 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, nos termos do certificado de averbação de assistência técnica firmado entre as empresas. Desta forma, as despesas apontadas pela Autoridade Fiscal, que, em nenhum momento estabeleceu relação com os empregados da Impugnante, não se referem a estes, mas sim aos funcionários da Huawei Technologies.

56.3. Junta ainda cópia dos passaportes dos funcionários que ingressaram no país nos anos de 2001 e 2002 através de vistos de negócios e assistência técnica e que ainda fazem parte do quadro da Huawei Technologies, afirmando que desse modo comprovou que as despesas levantadas pela Autoridade Fiscal referem-se a dispêndios incorridos em razão da presença de funcionários da Huawei Technologies no Brasil.

56.4. Conforme já exposto, o Relatório Fiscal justifica o procedimento e os critérios da aferição, em função da não apresentação pela empresa, no decorrer da ação fiscal, dos documentos relacionados às contas de despesas que serviram de base para o levantamento.

56.5. Por outro lado, considerando as alegações trazidas e documentos anexados à impugnação, o processo foi encaminhado em diligência fiscal, sendo verificados pelo Auditor Fiscal Notificante estes documentos, assim como outros por ele solicitados através de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, fls. 1691/1694, constando abaixo conclusão do AFPS Notificante extraída da Informação Fiscal de fls. 1723/1749:

2.2 Das despesas levantadas pela Autoridade Fiscal relacionadas no Livro Razão, das contas apontadas.

2.2.a (..)

2.2.b Em relação a não apresentação dos documentos e a separação das contas contábeis em 2002, tudo já está esclarecido no Relatório Fiscal fls 35/39 deste, somente reforçamos que os Livros Diário de 2001 e 2002 não estavam registrados e portanto não poderiam ser usados como documentos oficiais e a documentação não apresentada, se referia justamente aos documentos que geraram os lançamentos nos Livros Razão, os contratos de locação, os relatórios de despesas., etc

Informamos ainda que esta aferição deveu-se ao fato de a empresa não ter colaborado em nada com esta fiscalização, não apresentando documentos mesmo sendo diversas vezes solicitados, e devido aos indícios encontrados com as poucas ferramentas que esta Auditoria tinha em mãos, uma vez que a ferramenta de trabalho do Auditor são os documentos a serem auditados.

Os imóveis em questão foram percebidos em uma pesquisa ao site da Telefônica, e esta aferição tinha entre outros objetivos, resguardar os cofres públicos contra possíveis enganos cometidos pelo contribuinte bem como a vista aos documentos necessários , uma vez que a empresa se defendendo desta Notificação Fiscal de Lançamento de Débito seria obrigada a apresentar os documentos para as suas alegações, o que de fato está ocorrendo em parte.

(...)

2.4.a Refere -se a variação mensal de valores apurados, característica que não pode ser arrogada a figura de "ganhos habituais", cujos valores apenas podem sofrer tributação pelo INSS e por Terceiros, caso sejam realmente "ganhos", "acréscimos" ao patrimônio do favorecido, ainda que de forma indireta.

Reitera o fato de a Autoridade Fiscal não ter em nenhum momento demonstrado que os valores despendidos pela impugnante são revertidos aos seus próprios empregados, e nem poderia, uma vez que as despesas estão relacionadas aos funcionários da Huawei Technologies.

2.4.b Mesmo sendo repetitivo, saliento que nada poderia ser demonstrado, uma vez que me foi negada as vistas a documentação necessária para poder visualizar e demonstrar as diferentes situações que geraram as aferições efetuadas.

3- Informamos que retornamos em diligência a empresa acima, para podermos verificar os documentos que não nos foram mostrados a época da fiscalização e necessários para a constatação dos fatos alegados pela empresa em sua defesa, conforme cópia do TIAD complementar (Termo de Intimação Para a Apresentação de Documentos) emitido em 23/06/2004 cópia as fls. 1691/1694 deste.

4- No mesmo Mandado de Procedimento Fiscal nº. 09152791 de 13/05/2004, cópia as fls. 1695/1701 deste, que oficializava a Diligência para dar andamento aos processos de aferição (vistas dos documentos que a empresa alegou estarem a disposição quando do nosso retorno), recebemos também para dar cumprimento um Ofício do Ministério do Trabalho e Emprego (Delegacia Regional do Trabalho no Estado de São Paulo — Seção de Fiscalização do Trabalho), Ofício este: SF1SC/DRT/SP Nº. 67/2003-LL, referente ao processo 46000.017604/2002-66 se tratando do Relatório da ação fiscal realizada na empresa em questão com respeito a situação dos empregados estrangeiros e conclusão da mesma.

Cópias do Ofício, do Relatório Fiscal, do Auto de Infração nº. 006012302 emitido em 08/05/2003 e relatório anexo ao Auto de Infração estilo as fls. 1702/1722 deste processo.

5- Em síntese, a Fiscalização do Min. Do Trabalho em seu Relatório Fiscal conclui:

5.1 A empresa Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda contrata na China, empregados que são enviados ao Brasil, para a prestação de serviços em seu benefício e dá a contratação aparência falsa da realidade, mediante o subterfúgio de vistos de negócios e assistência técnica.

5.2 Ampla prova documental, consistente em pagamentos ardilmente camuflados sob o rótulo de adiantamento de despesas, em valores que superam, muitas vezes os limites de isenção de imposto de renda retido na fonte.

5.3 Fornecimento de salário in natura compreendendo:

Moradia - apartamentos fornecidos graciosamente aos portadores de visto de negócios e assistência técnica, pagamento de todas despesas em hotéis.

Alimentação — a empresa fornece jantar gratuito aos estrangeiros e inclusive preocupou-se até mesmo em trazer um cozinheiro da China, dada as diferenças culturais com referência à alimentação.

Transporte Além de contar com vans e motoristas brasileiros, os portadores de vistos de negócio e assistência técnica, tem todas as suas passagens aéreas custeadas pela empresa, inclusive as de regresso a China. A empresa paga licenciamento de veículos e multas de trânsito.

5.4 Ampla prova escrita, consistente em documentos que comprovam:

Pessoalidade das contratações, o estrangeiro sai do país para obter novo visto e no regresso assume a mesma função

Não eventualidade, a maior parte dos estrangeiros permanece no país até o prazo de esgotamento do visto, renovando-o.

Subordinação, todos os estrangeiros exercem cargos de chefia, (não existe nenhum funcionário brasileiro em cargo de chefia) revelada pela supervisão dos funcionários brasileiros da empresa, que lhe são tecnicamente subordinados, bem como pelo controle da empregadora quanto ao seu "modus operandi". Acresce o fato de que todos os estrangeiros recebem da empregadora, telefone celular, ficando à disposição da mesma, inclusive nos finais de semana.

5.5 A robusta prova documentada sobre a presença dos requisitos para a caracterização da relação de emprego, sobrepõe-se a eventuais documentos (vistos

de assistência técnica e de negócios) , forjados para mascarar direitos assegurados pela legislação do trabalho. As condições fáticas demonstram a existência do contrato de trabalho, privilegiando a realidade sobre a estrutura utilizada pelo empregador.

5.6 A empresa Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda, importou mão de obra alienígena, em detrimento da mão de obra nacional. Por intermédio de artifício, obteve para seus empregados estrangeiros, vistos admitidos na Lei 6.815/80 e após o ingresso dos mesmos no país, descaracterizou tais vistos, atribuindo-lhes funções de gestão, perpetrando tal situação desde o exercício de 2001, face a inexistência de fiscalização.

5.7 A Lei nº. 6815, de 19 de agosto de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) e o Decreto nº. 86.715 de 10 de dezembro de 1981 foram editados para disciplinar a vinda de estrangeiros ao país, atendendo precipuamente aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil, bem assim como defesa do trabalhador nacional.

O detentor de visto temporário está proibido de exercer cargo de gestão em empresa brasileira. Tal proibição tem como finalidade proteger, tanto a empresa, quanto aqueles que, de uma forma ou de outra, possam ser afetados pelas decisões do diretor estrangeiro. A provisoriedade da residência do estrangeiro com visto temporário causa insegurança quanto responsabilização pessoal por atos previstos na legislação.

5.8 Face a situação constatada e da efetividade da Lei, eis que as Leis Trabalhistas existem para ser efetivamente cumpridas, foi lavrado o Auto de Infração nº. 006012302 pelo artigo 41 caput da Consolidação das Leis do Trabalho, relacionando como empregados os estrangeiros portadores de visto de "negócios" e "assistência técnica".

5.9 Abaixo um resumo do relatório do Auto de Infração Nº. 006012302.

5.9.a A empresa admitiu a seus serviços como empregados, estrangeiros que entraram no país com o visto de "negócios" obtido no exterior consoante com o disposto no artigo 13 nº. H da Lei nº. 6.815, de 19 de agosto de 1980 e artigo 22 nº. 2 do Decreto nº. 86.715 de 1981.

Uma vez no país, tais negociantes passaram a trabalhar em benefício da empresa autuada, como funcionários, mediante remuneração camuflada sob a rubrica de "reembolso de despesas", evidenciada a pessoalidade pelos sucessivos regressos do mesmo empregado ao Brasil e o exercício da mesma função, mediante o cumprimento de jornada de trabalho definida pela empregadora, e exercendo inclusive, atividades de gestão e gerenciamento. Em síntese deve o estrangeiro portador do visto de "negócios", arcar com todas as despesas relativas ao desenvolvimento de sua atividade no país.

No presente caso , a empresa Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda, verdadeira empregadora e beneficiária da prestação de serviços, arca com todas as despesas, inclusive com os valores referentes as passagens aéreas necessárias à obtenção de novos vistos de negócios, para os sucessivos reingressos.

Os empregados elencados recebem da autuada, sob o artifício de "reembolso de despesas" além de valores em espécie, "salário in natura", através do fornecimento de moradia, transporte e alimentação.

O fornecimento de moradia se dá através de apartamentos colocados disposição dos "negociantes" empregados em São Paulo, e hospedagem em hotéis no Rio de Janeiro, Campinas e Brasília.

Esgotado o limite do visto, o mesmo empregado sai do país, por curto período de tempo (as vezes somente os dias necessários para a obtenção do documento em qualquer país limítrofe da América Latina) obtém um novo visto de "negócios" e retorna ao país reassumindo a mesma função.

A dependência e subordinação à atuada revelam-se incontestáveis, tendo em vista que tais funcionários além de assinarem documentos pela empresa, dão ordens aos empregados brasileiros sob sua supervisão, inclusive aprovando despesas, e submetendo-se a advertências de seu real empregador.

5.9.b A empresa admitiu ainda, a seus serviços como empregados, estrangeiros que entraram no país com vistos de assistência técnica obtido no exterior consoante o disposto no item nº. 5 do artigo 13 da Lei 6.815/80, art. 22, item V do Decreto 86.715/81 e Resolução Normativa nº. 34 de 10 de agosto de 1999 do Conselho Nacional de Imigração.

Para a obtenção do visto de "assistência técnica", o estrangeiro compromete-se junto ao Conselho Nacional de Imigração a somente trabalhar no país, na prestação de serviços de assistência técnica, nos termos do contrato devidamente averbado no Instituto Nacional de Propriedade Industrial — INPI.

Os estrangeiros admitidos no país para a prestação de serviços de "assistência técnica", exercem na verdade atividades de gerenciamento e gestão da empresa Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda, conforme constatação física, entrevista pessoal e prova documental.

A fiscalização foi atendida na primeira visita pela chinesa Zhang Yu, também conhecida como Solena Zhang, que se identificou como "gerente de recursos humanos" da atuada. Zhang Yu foi admitida no país com visto de assistência técnica (processo DRT 46000.003536/2002-58), para prestação de serviços de assistência técnica relacionada a supervisão de montagem, instalação e efetivação de testes de equipamento de comutação e de transmissão para telecomunicações. Na verdade, é a responsável pela administração do pessoal nacional e estrangeiro (departamento de recursos humanos, admissões e dispensas, folhas de pagamento, etc.) e somente após sua autorização expressa, teve a fiscalização acesso a documentos trabalhistas, inclusive o Livro de Inspeção do Trabalho.

5.9.c A empresa por intermédio de artifício ingresso de estrangeiros com visto de trabalho regular, para a realização de trabalho irregular, somente admitido na legislação pátria por intermédio de contrato de trabalho por prazo determinado, adotou atos e procedimentos tendentes a fraudar os direitos trabalhistas e furtar-se ao pagamento de encargos sociais.

No presente caso, não foi constatado o cumprimento dos termos de um contrato de assistência técnica entre empresas para transferência de tecnologia ou o ingresso de estrangeiros para viagens ditas de negócios, mas um modelo de fraude aos direitos laborais.

5.9.d Resta reconhecer a existência do contrato realidade, do contrato de trabalho, com a presença de todos os requisitos do artigo 30 da Consolidação das Leis do Trabalho: prestação não eventual de serviços subordinados, em caráter pessoal e oneroso a empresa que assume o risco de uma atividade econômica.

A despeito da relação de emprego estar amplamente configurada, a atuada optou por fraudar a legislação trabalhista, impondo-se a descaracterização, nos termos do artigo 444 da Consolidação das Leis do Trabalho, do simulacro dos vistos de "negócios" e "assistência técnica" e o consequente enquadramento dos estrangeiros como empregados eis que:

- recebem remuneração mensal
- prestam de forma continuada serviços relacionados diretamente com as atividades normais da atuada, sendo que, sem esses profissionais não possível a consecução do objetivo social
- executam os serviços nas dependências da atuada, com a utilização de seus equipamentos, instalações, empregados e supervisão direta.
- dão ordens aos empregados registrados da atuada, que lhe são tecnicamente subordinados

- as contratações objetivam a pessoa do prestador de serviço, eis que o mesmo estrangeiro entra e sai sucessivamente do país e no retorno exerce sempre a mesma função

- sua atuação e desempenho são fiscalizados e controlados pela empregadora, sendo inclusive admoestados com relação à não observância do "modus operandi" da atuadora com relação ao uso de telefones e e-mails.

6- Conforme Relatório Fiscal fls 35/39 deste, este levantamento refere-se a valores aferidos mediante ao pagamento de salário indireto (salário utilidade) aos seus empregados. A Constituição Federal, em seu art. 201, §1º, determina que os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, sejam incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária

6.1 As contas contábeis examinadas foram as seguintes:

No ano de 2001

381.12.0001-6 Locação de imóveis

3.8.1.12.0001 Locação de imóveis

3.8.1.10.0005 Imposto Predial

3.8.1.23.0044 Condomínio

No ano de 2002

3.4.1.02.0002 Locação de imóveis

3.4.1.02.0003 Telefone e Internet

3.4.1.02.0007 Outras despesas com imóveis

3.4.1.02.0009 Despesas com água, energia elétrica e gás

3.4.1.02.0010 Despesas com entretenimentos

3.4.1.02.0011 Diversos

A documentação solicitada referente às contas de despesa, não nos foi apresentada, os lançamentos deste crédito incluem os pagamentos efetuados nas contas acima, pelo motivo de que no ano de 2002 houve uma separação nas contas de despesa da empresa; Separação esta entre despesas com os imóveis nos quais se localizam matriz e filiais e outras contas de despesa com imóveis sem vínculo algum com a empresa, bem como despesas que por sua natureza são salário indireto, fato este verificado, constatamos que tal situação se repetia também em 2001, ano em que as contas de aluguel não estavam separadas.

Este levantamento/aferição, não inclui as contas a seguir que se referem a despesas dos imóveis que englobam matriz e filiais no ano de 2002: valor no encerramento: 3.3.1.02.0001 Locação de imóveis R\$ 1.107.919,83; 3.3.1.02.0002 Imposto Predial R\$ 30.783,88; 3.3.1.02.0003 Condomínio R\$ 153.574,92; 3.3.1.02.0005 Água e esgoto R\$ 12.169,85; 3.3.1.02.0006 Energia elétrica R\$ 94.562,63; 3.3.1.06.0001 Telefone R\$ 1.042.053,36; 3.3.1.06.0002 Despesas com Internet R\$ 55.236,34;

7- Resumindo, a empresa está afirmando (comprovando) que estas despesas são referentes aos funcionários da Huawei Technologies que ingressam no Brasil portando vistos de negócio e vistos de assistência técnica e o Ministério do Trabalho e Emprego descaracterizando-os e enquadrando-os como empregados.

7.1 Para melhor caracterizar o parágrafo acima, a empresa em sua defesa anexou as fls. 647, 945/990, 993/1169 e 1251/1384, uma amostragem de cópias simples de informações constantes de passaportes referentes aos funcionários estrangeiros para os quais estas despesas se referem, muitos deles constam da relação de empregados anexa ao Auto de Infração Nº. 006012302 cópia as fls. deste, conforme segue:

(...)

8- Durante esta diligência, pudemos analisar alguns documentos que nos foram apresentados e constatamos o que já estava suposto:

8.1 No ano de 2002 houve realmente uma separação entre as contas de despesa. Locação de imóveis, Imposto Predial, Condomínio, Água e esgoto, Energia elétrica, Telefone, Despesas com Internet, referentes a matriz e filiais e as contas de despesa: Locação de imóveis, Telefone e Internet, Outras despesas com imóveis, Despesas com água energia elétrica e gás, Despesas com entretenimentos, Diversos, relativas aos gastos com os empregados estrangeiros, as contas consideradas nesta aferição como já dito anteriormente foram somente as relativas aos empregados estrangeiros.

8.1.a Dentre a documentação apresentada, foi feita uma amostragem nos meses de janeiro, fevereiro, março e junho para confirmar o fato conforme demonstrado no item 10 abaixo:

8.2 No ano de 2001 não havia a separação das despesas em questão em contas diferentes, estavam todas incluídas nas mesmas contas: Locação de imóveis, Imposto Predial, Condomínio.

8.2.a Foi verificada toda a documentação apresentada e a separação de despesas entre as efetuadas com matriz e filiais e as despendidas com empregados estrangeiros, estão explicadas no item 9 e demonstradas no item 10 abaixo.

9- O demonstrativo mensal no item 10 abaixo se compõe dos lançamentos que compuseram esta aferição e contém as seguintes colunas:

Conta = refere-se ao da conta contábil na escrituração da empresa.

Tipo de nota = Documento apresentado referente ao lançamento.

Razão Social = A quem foi feito o pagamento ou o endereço do imóvel dependendo das informações obtidas no documento apresentado.

Valor = Valor lançado na contabilidade da empresa.

Tipo Serviço = Para que se destinava o pagamento.

9.1 As linhas que só contém número da conta e valor lançado, dizem respeito a documentos que não foram encontrados/apresentados/vistos e por consequência foram mantidos nesta aferição

9.2 As linhas em negrito dizem respeito a valores pagos em despesas efetuadas por matriz e filiais, portanto excluídas desta aferição.

9.3 As linhas totalmente preenchidas (e não em negrito), são valores pagos para a manutenção dos empregados estrangeiros no Brasil e portanto mantidas nesta aferição

56.6. Desta forma, resta demonstrado que:

56.6.1 A aferição indireta foi o procedimento adotado pela fiscalização em função da não apresentação de documentos solicitados no decorrer da ação fiscal, com fundamento no artigo 33, §3º da Lei nº 8.212/91, não possibilitando a fiscalização as provas requeridas nas impugnações, ressaltando-se uma vez mais que de acordo com o referido dispositivo legal, cabe à empresa o ônus da prova em contrário;

56.6.2. A empresa não comprova suas alegações de que os segurados beneficiados pelo salário indireto são empregados da Huawei Technologies, com sede em Hong Kong, e em contrapartida, tem-se o Auto de Infração Nº. 006012302, lavrado pelo Ministério do Trabalho, cujo relatório, acima transcrito, confirma exaustivamente que "a Huawei do Brasil Telecomunicações Ltda. contrata na China, empregados que são enviados ao Brasil, para a prestação de serviços em seu benefício e dá à contratação aparência falsa da realidade, mediante o subterfúgio de vistos de negócios e assistência técnica."

56.6.3. A empresa questiona a utilização do referido Auto de Infração como subsidio à manutenção, em parte, do presente levantamento, uma vez que não existe decisão final em relação ao mesmo, no entanto, por outro lado, não traz prova capaz de elidir o procedimento fiscal. Nota-se que os documentos apresentados na impugnação e

diligência fiscal, hábeis a retificar o lançamento, referem-se tão somente aos pagamentos de aluguéis, impostos, condomínios, relativos A empresa e suas filiais. Embora a NFLD não tenha sido lavrada em função do Auto de Infração lavrado pelo Ministério do Trabalho, a Instrução Normativa INSS/DC nº 70, de 10/05/2002, vigente A. época da lavratura, possibilitaria este procedimento, conforme abaixo transcrito:

Art. 58. O procedimento de aferição indireta será utilizado, quando, comprovadamente:

II- a empresa, o empregador doméstico ou o segurado recusar-se a apresentar qualquer documento ou sonegar informação ou apresentá-los deficientemente;

(..)

Art. 61. Nas empresas em geral, a base de cálculo da contribuição previdenciária poderá ser aferida indiretamente analisando-se, conjuntamente ou não:

(...)

V - a existência de Auto de Infração emitido pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE);

57. Cabe ressaltar que as contribuições para a seguridade social têm sua base impositiva definida na Constituição da República de 1988, prevendo esta para a empresa a contribuição incidente sobre folha de salários, nos seguintes termos:

(...)

57.1. Por sua vez, o artigo 28 da Lei nº 8.212/91, ao conceituar o salário-de contribuição, assim dispõe:

(...)

57.2. Via de regra, portanto, todos os 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, e os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nos termos da lei, contrato, ou convenção/acordo coletivo de trabalho, são considerados salário-de contribuição.

57.3. Destaca-se que o rol das parcelas não integrantes do salário de contribuição é taxativo, somente sobre as rubricas nele identificadas não incide a contribuição para a Previdência Social. Qualquer verba paga que não esteja expressamente arrolada no § 90 do art. 28 da Lei nº 8.212/91, em seu Regulamento ou outro ato expedido pela administração previdenciária constituir-se-á em base de cálculo das contribuições para a Seguridade Social.

57.4. Cabe transcrever entendimento sobre salário utilidade:

"Sempre que unia prestação "in natura" represente um ganho para o trabalhador, isto é, satisfaça total, ou parcialmente um consumo que se ele não existisse o trabalhador só teria podido realizar as suas próprias expensas, deve ser considerado salário" (TST-RR-7198.4, Ac.1ªT 2803/90, de 19/11/90)

57.5. 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, nos termos da jurisprudência dominante:

(...)

57.6. 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, § 11), é abordada pelo especialista em direito previdenciário, Wladimir Novaes Martinez, na obra A Seguridade Social na Constituição Federal (Ed. LTR, 2 edição, pág. 138/140), assim ensina:

(...)

57.7. O que se observa no caso presente, é que os valores pagos a título de salário utilidade (aluguel, telefone, Internet, água, energia elétrica etc.) se amoldam perfeitamente na definição de Wladimir Novaes Martinez no sentido de que ganhos habituais são os frequentemente auferidos pelo trabalhador, lembrando que a periodicidade pode ser mensal, semestral, anual ou quinquenal, desde que o espaçamento não seja tão grande que atente contra a incorporação à remuneração, consoante explicação oferecida pelo autor:
(...)

Salienta-se que não foram trazidos argumentos distintos capazes de afastar as conclusões acima, nem mesmo as conclusões da fiscalização trabalhista.

Desta forma, o Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado 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 exigido nos termos da Lei.

O Relatório Fiscal e os Anexos do Auto de Infração oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa ao lançamento, estando discriminados, nestes, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam a autuação.

Por fim, não restou afastada a natureza de salário “in natura”.

Portanto, 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

4. DA INEXIGIBILIDADE DE CONTRIBUIÇÃO PARA O INCRA

Alega a recorrente a inexigibilidade da contribuição para o INCRA, com fundamento em decisão do Superior Tribunal de Justiça, ao argumento de que a empresa urbana deve contribuir tão somente para a Previdência Urbana.

Todavia, ainda que apresentado precedente do Superior Tribunal de Justiça, o tema já foi objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar o Tema 495:

É constitucional a contribuição de intervenção no domínio econômico destinada ao INCRA devida pelas empresas urbanas e rurais, inclusive após o advento da EC nº 33/2001.

Desta forma, sem razão o recorrente

5) CERCEAMENTO DE DEFESA – PEDIDO DE PERÍCIA

Entendo ser desnecessária a realização da perícia solicitada pelo sujeito passivo por ser absolutamente prescindível para o deslinde da questão a ser apreciada, ante a verificação de que constam nos autos todos os elementos para a formulação da livre convicção do julgador, em consonância com o art. 18 do Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972, que regulou o Processo Administrativo Fiscal (PAF), que assim dispõe:

“Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entende-las

necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.” (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993)

É oportuno, ainda, salientar que cabe ao interessado juntar, quando da apresentação da impugnação, momento propício para contraditar, as provas necessárias à comprovação de suas alegações, a teor do que dispõem os art. 15 e 16 do Decreto nº 70.235/1972:

Assim, pedidos de produção de provas, diligências e afins são indeferidos, com fundamento no art. 18 do Decreto nº 70.235/1972, com as alterações da Lei nº 8.748/1993, por se tratar de medidas absolutamente prescindíveis já que constam dos autos todos os elementos necessários ao julgamento.

A solicitação para produção de provas não encontra amparo legal, uma vez que, de modo diverso, o art. 16, inciso II do Decreto 70.235/72, com redação dada pelo art. 1º da Lei 8.748/93, determina que a impugnação deve mencionar as provas que o interessado possuir, de modo que o *onus probandi* seja suportado por aquele que alega. Descabe, portanto, a inversão do ônus da prova pretendida pelo recorrente, sendo tal requerimento inferido.

Ademais, o indeferimento do pedido de perícia não ocasiona cerceamento ao direito de defesa e ao contraditório, conforme Súmula CARF nº 163, que assim dispõe:

Súmula CARF nº 163: “O indeferimento fundamentado de requerimento de diligência ou perícia não configura cerceamento do direito de defesa, sendo facultado ao órgão julgador indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis.”

Descabe, portanto, a inversão do ônus da prova pretendida pelo recorrente, sendo tal requerimento inferido

Conclusão.

Ante o exposto, voto por conhecer parcialmente do recurso, exceto no que toca às inconstitucionalidades/ilegalidades e alegações relativas ao arbitramento, e, na parte conhecida, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

João Ricardo Fahrion Nüske