



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

Processo n° 10680.725134/2010-69
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° **2803-003.784 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 04 de novembro de 2014
Matéria CP: REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS EM FOLHA DE PAGAMENTO e REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS: PARCELAS DESCONTADAS DOS SEGURADOS e SALÁRIO INDIRETO: PREMIAÇÃO DE INCENTIVO.
Recorrente ELMO CALÇADOS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 01/01/2008

DECADÊNCIA PARCIAL. RECONHECIMENTO. OCORRÊNCIA DA ANTECIPAÇÃO DO PAGAMENTO. VERBA PREMIAÇÃO. TRATA-SE DE BASE DE CÁLCULO DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA, UMA VEZ QUE VISA A RETRIBUIR O TRABALHO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO QUE OBJETIVA O LANÇAMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ARBITRAMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO LEGAL. VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE. EXCLUSÃO.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, determinando: I) a exclusão da decadência para as contribuições anteriores a 29/12/2005, retroagindo-se cinco anos a contar do lançamento, ou seja, estão decadentes todas as contribuições até a competência 11/2005, inclusive, independentemente do levantamento e do estabelecimento;

II) a exclusão dos levantamentos TE e TE1 em razão de sua nulidade por cerceamento de defesa e violação ao contraditório. Vencidos os Conselheiros Oseas Coimbra Junior e Helton Carlos Praia de Lima quanto aos levantamentos TE e TE1.

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

Processo nº 10680.725134/2010-69
Acórdão n.º **2803-003.784**

S2-TE03
Fl. 329

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

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

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal - PAF contempla o Auto de Infração de Obrigação Principal - AIOP - DEBCAD 37.289.580-7, que objetiva o lançamento das contribuições decorrentes da remuneração paga, devida ou creditada aos trabalhadores da categoria de empregados, inclusive, sobre premiação via cartão Incentive House aos coladores beneficiados, destinadas a outras entidades e fundos – terceiros, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC, de fls. 105 a 116 com período de apuração de 01/2005 a 12/2007, conforme Termo e Início de Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 90 e 91.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 28/12/2010, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, fls. 02.

O contribuinte apresentou petição de defesa/impugnação, as fls. 183 a 192, recebida, em 20/01/2011, acompanhada dos documentos, de fls. 193 a 232.

A defesa foi considerada total e tempestiva, fls. 233.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 02-44.181 - 8ª, Turma DRJ/BHE, em 24/04/2013, fls. 234 a 244.

No qual a impugnação foi considerada procedente em parte, pelo reconhecimento da decadência.

O contribuinte tomou conhecimento do decisório da DRJ pela abertura do arquivo Intimação do Resultado do Julgamento, em 19/06/2013, conforme Termo, de fls. 308. Contudo, consta, as fls. 309, Termo de Ciência por Decurso de Prazo, dando conta que a data de ciência por decurso de prazo foi dia 29/06/2013.

Irresignado o contribuinte impetrou Recurso Voluntário, recebido, em 25/07/2013, acostado, as fls. 311 a 322, acompanhado dos documentos, de fls. 323 a 326.

As razões recursais sumariadas estão a seguir expostas.

Mérito.

- que ocorreu decadência de todas as contribuições exigidas para o período de 01/2005 a 11/2005, devendo ser aplicada a regra do artigo 150, §4º, do CTN;
- que as verbas pagas a título de premiação não são base de cálculo da contribuição previdenciária, pois não são pagas em decorrência do trabalho, não são habitual e por ter nítido caráter indenizatório, enquadrando-se tais valores no artigo 28, §9º, item 7, alínea “e”, cita jurisprudência e doutrina;
- que os valores lançados em razão de GPS's de reclamatória trabalhista, são nulos e indevidos, uma vez que não existe previsão

legal para tal lançamento, bem como por não terem sido lançadas nas competências a que se referem as parcelas pagas, mas sim nas competências de emissão das GPS's, podendo estas serem verificadas nos processos trabalhistas a que se referem, sendo, ainda, que dito lançamento está alcançado pela decadência, tendo em vista que as ações foram distribuídas na JT no período de 2003 a 2006, assim os valores reclamados referem-se a anos anteriores e como o crédito foi lançado em 28/12/2010 estão decadentes, devendo os levantamentos TE e TE1 serem cancelados;

- Dos requerimentos e pedidos: a) reconhecer a extinção do período e 01/2005 a 11/2005 em razão da decadência para os levantamentos PR e PR1; b) que seja reconhecida a natureza não salarial da premiação, sendo julgado improcedente o lançamento com o seu cancelamento; c) que seja cancelado o levantamento TE e TE1 contribuições para Terceiros apurados nos processos trabalhistas.

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

Os autos subiram ao CARF, fls. 327.

Os presentes autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 18/07/2014, Lote 03.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

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

Decadência.

No que tange a decadência assiste razão a recorrente é irrelevante para fins de sua contagem para qual rubrica o pagamento parcial tenha sido realizado, bastando a sua ocorrência, inteligência da Súmula CARF 99, a qual transcrevo.

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

A respeito desse tema sigo *in totum* a orientação do E. Superior Tribunal de Justiça – STJ, que abaixo cito.

RECURSO ESPECIAL Nº 970.947 SC (2007/0173291-6)

Esta Corte tem firmado o entendimento de que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário pode ser estabelecido da seguinte maneira:

a) em regra, segue-se o disposto no art. 173, I, do CTN, ou seja, o prazo é de cinco anos, contado "do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado";

b) nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, cujo pagamento ocorreu antecipadamente, o prazo é de cinco anos, contado do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º do CTN

O lançamento foi realizado em 28/12/2010, data da ciência do contribuinte, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Principal – AIOP, de fls. 02.

O lançamento encerra o período de apuração de 01/2005 a 12/2007, incluindo o 13º/2007.

Não verifiquei nos autos prova da ocorrência de pagamento, porém o Acórdão de primeiro grau diz.

Exige-se no lançamento em tela, contribuições sociais incidentes sobre diferença de remuneração apurada entre folha de

pagamento e GFIP (levantamentos FP, FP1, FS e FS1), diferença de contribuição para terceiros apurada em reclamatória trabalhistas (levantamentos TE e TE1), bem como sobre prêmios de incentivo à produtividade (levantamentos PR e PR1), apurados através de registros contábeis e notas fiscais da Incentive House.

No que se refere às diferenças de remuneração entre folha de pagamento e GFIP (levantamentos FP, FP1, FS e FS1) e diferenças de recolhimento de contribuição incidente sobre reclamatórias trabalhistas (TE e TE1), considerando que houve pagamento parcial das contribuições devidas e que o lançamento foi realizado, bem como cientificado o contribuinte em 12/2010, com base no artigo 150, § 4º, do CTN, encontra-se extinta a exigência fiscal do período de 01/2005 a 11/2005. (esse grifo também é meu).

No presente caso estando sendo exigido diferenças de reclamatória trabalhista fica evidente a ocorrência de pagamento e desta forma a regra decadencial a incidir deve ser a do artigo 150, § 4º, da Lei 5.172/66.

Destarte, vislumbro a ocorrência da decadência para as contribuições anteriores a 29/12/2005, retroagindo-se cinco anos a contar do lançamento, ou seja, estão decadentes todas as contribuições até a competência 11/2005, inclusive, independentemente do levantamento e do estabelecimento.

Premiação como base de cálculo.

O programa de premiação e incentivo de marketing em verdade busca encobrir o pagamento de salário/remuneração aos empregados da recorrente por intermédio de uma interposta pessoa jurídica, que repassa aos empregados da primeira os valores por essa disponibilizados em favor de cada empregado.

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

Para o deslinde da questão é imprescindível a análise do campo de incidência das contribuições previdenciárias.

De acordo com o previsto no art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, para o segurado empregado entende-se por salário-de-contribuição a totalidade dos rendimentos destinados a retribuir o trabalho, incluindo nesse conceito os ganhos habituais sob a forma de utilidades, nestas palavras.

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

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que

seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97).

PARECER/CJ Nº 2.952

ASSUNTO: Fato Gerador da Contribuição Previdenciária.

Aprovo. Publique-se.

Em, 16 de janeiro de 2003.

RICARDO BERZOINI

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

Pelo exposto o campo de incidência é delimitado pelo conceito remuneração. Remunerar significa retribuir o trabalho realizado. Desse modo, qualquer valor em pecúnia ou em utilidade que seja pago a uma pessoa natural em decorrência de um trabalho executado ou de um serviço prestado, ou até mesmo por ter ficado à disposição do empregador, está sujeita à incidência de contribuição previdenciária.

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

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

Conforme determina o artigo 458 da CLT quaisquer outras parcelas habitualmente pagas, ainda que em utilidades, previstas em acordo ou convenção coletiva ou mesmo que concedidas por liberalidade da empresa, constituem o salário *in natura*, compondo a remuneração do empregado.

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

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

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

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

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

Os prêmios se caracterizam pelo atendimento a determinadas condições impostas pelo empregador, possuindo natureza remuneratória, integrando o salário-de-contribuição.

Para o trabalhador fazer jus ao prêmio este deve promover um acréscimo em seu desempenho pessoal, dando uma maior produtividade a empresa, gerando um incremento nos negócios da empresa.

Como já analisado a empresa não demonstrou que as verbas foram pagas para o trabalho e não pelo trabalho. Além do mais, o nome dado à verba é irrelevante, o que interessa é saber se a recorrente remunerou ou não o trabalho realizado.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

O citado mestre em outra obra sua diz:

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

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

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

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

especial interposto pelo INSS provido e recurso da Brasil Telecom S/A prejudicado.(RESP 200301178126, TEORI ALBINO ZAVASCKI, STJ - PRIMEIRA TURMA, 31/08/2006)

*TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS A PARTIR DO FATO GERADOR. ART. 150, §4º, CTN. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMULAÇÃO, DOLO OU FRAUDE. PRECEDENTES. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. AJUDA DE CUSTO ALUGUEL. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. PRÊMIO DE PRODUÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE LUCROS. 1. Em se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação, segue-se a norma inscrita no art. 150, §4º, do CTN, ou seja, tem-se como termo a quo para contagem do prazo decadencial de 5 (cinco) anos a data da ocorrência do fato gerador, exceto quando não há pagamento antecipado ou em situações em que se comprovar dolo, fraude ou simulação, hipótese em que dies a quo passaria a ser o primeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, no termos do art. 173, I, do CTN. 2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN. (STJ - REsp 395059. Rel. Ministra ELIANA CALMON. DJ 21/10/2002). 3. **O prêmio desempenho faz parte da remuneração paga a seus empregados, devendo incidir contribuição previdenciária sobre essa rubrica.** 4. As verbas pagas ao empregado para auxiliar nas despesas de aluguel, ainda que tenham denominação de auxílio ou de ajuda de custo, não possuem natureza indenizatória, mas remuneratória, pois são concedidas de forma habitual aos trabalhadores da empresa e, por esta razão, estão inseridas no conceito de remuneração, compondo a base de cálculo da contribuição. Precedentes do STJ. 5. Se o pagamento do auxílio creche/babá é feito em desacordo com as normas pertinentes, e, conforme o art. 28, §9º, "s", da Lei nº 8.212/91, em interpretação a contrario sensu, resulta na inclusão do benefício na base de cálculo da contribuição previdenciária. 6. O art. 7º, XI, da Constituição Federal, é norma de eficácia plena no que diz respeito à natureza não-salarial da verba destinada à participação nos lucros da empresa, pois explicita sua desvinculação da remuneração do empregado; no entanto, é norma de eficácia contida em relação à forma de participação nos lucros, na medida em que dependia de lei que a regulamentasse. (Resp 675.433). 7. Apelação autoral improvida. Remessa necessária e apelação do INSS parcialmente providos.(AC 199751010175528, Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, 28/09/2009)*

TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE SALÁRIO-MATERNIDADE, ADICIONAIS NOTURNO, DE HORAS EXTRAORDINÁRIAS, DE INSALUBRIDADE E DE PERICULOSIDADE, COMISSÕES E PRÊMIOS DE PRODUÇÃO. CABIMENTO DA EXAÇÃO. De acordo com a alínea 'a' do inciso I, do artigo 195, com redação posterior à

*Emenda Constitucional nº 20/98, a contribuição social do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada incidirá sobre “a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício.” A partir da emenda constitucional, estava o legislador ordinário autorizado a fazer incidir a contribuição previdenciária sobre quaisquer rendimentos pagos ao trabalhador, não importando a denominação dada. O eg. Supremo Tribunal Federal já pacificou o entendimento de que as contribuições para a seguridade social podem ser instituídas por lei ordinária, quando compreendidas nas hipóteses do art. 195, I da CF/88, só se exigindo lei complementar quando se trata de criar novas fontes de financiamento, pelo que não se lhe aplica a regra do art. 194, § 4º da CF/88. Toda a remuneração percebida pelo trabalhador é passível da cobrança da contribuição previdenciária, haja vista comporem o salário-de-contribuição. Integram o salário, todas as parcelas habitualmente recebidas pelo trabalhador como contraprestação de um serviço realizado, não importando aqui se a denominação dada é gratificação, adicional, ou qualquer outra. No que se refere ao salário-maternidade, a própria Lei nº 8.212/91 é expressa em determinar a incidência de contribuição previdenciária sobre tal verba. Os adicionais noturno, de horas extras, de insalubridade e de periculosidade nada mais são do que a contraprestação por um serviço realizado, não havendo que se falar em caráter indenizatório de tais verbas. Encontram-se enumeradas no art. 28, § 9º, as verbas que não fazem parte do salário-de-contribuição do empregado, e, em tal rol, não está prevista a exclusão dos adicionais de hora-extra, noturno, de periculosidade e de insalubridade. A inclusão dos referidos adicionais na base-de-cálculo da contribuição previdenciária tem ainda seu fundamento na própria Constituição, (artigo 201). **O prêmio de produção pago periodicamente ao empregado tem natureza salarial por se constituir em parcela variável da remuneração, à semelhança das comissões.**(AC 200150010098604, Desembargador Federal ALBERTO NOGUEIRA, TRF2 - QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, 01/07/2009) Obs: os destaques não contam dos originais.*

*TRF2 - AC199751010175528AC - APELAÇÃO CIVEL – 341935 TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. DECADÊNCIA. CINCO ANOS A PARTIR DO FATO GERADOR. ART. 150, §4º, CTN. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE SIMULAÇÃO, DOLO OU FRAUDE. PRECEDENTES. **CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. BASE DE CÁLCULO. AJUDA DE CUSTO ALUGUEL. AUXÍLIO CRECHE/BABÁ. PRÊMIO DE PRODUÇÃO. PARTICIPAÇÃO DE LUCROS.***

*3. O prêmio desempenho faz parte da remuneração paga a seus empregados, devendo incidir **contribuição previdenciária** sobre essa rubrica. (grifo do relator deste recurso administrativo)*

Não há dúvidas da habitualidade do pagamento, pois num período fiscalizado de trinta e seis meses, TIPF, de fls. 90 e 91, o prêmio foi pago em todos os trinta e seis meses, Discriminativo de Débito - DD, fls. 05, levantamento PR1.

As determinações contratuais do contrato juntado pela recorrente na fase de impugnação, fls. 1.453 a 1.456, demonstram sem sombras de dúvidas que a Cliente (contratante) pagava os valores que eram disponibilizados e a prestadora (contratada) disponibilizava os recursos alocados pela cliente para pagamento dos prêmios concedidos, por intermédio dos cartões, ao empregados da cliente, no presente caso a recorrente.

3. OBRIGAÇÕES DA EMPRESA

A EMPRESA, por força deste contrato, obriga-se a:

- I - Requisitar da INCENTIVE HOUSE, por escrito, os cartões de premiação, respeitando o prazo estabelecido no item II, da cláusula 02, deste instrumento;
- a) A EMPRESA poderá cancelar o pedido de fornecimento de cartões, desde que avise a INCENTIVE HOUSE até 10 (dez) dias antes da data prevista para a entrega dos mesmos, hipótese em que ficará obrigada, de qualquer forma, ao pagamento da comissão de serviços da INCENTIVE HOUSE, na forma conveniada na cláusula "4".
- II - Efetuar o pagamento dos valores creditados nos cartões fornecidos pela INCENTIVE HOUSE, bem como da respectiva comissão de serviços, no ato da entrega, sem qualquer redução ou desconto sobre o valor dos mesmos.
- III - Orientar seus favorecidos para a correta utilização dos cartões FLEXCARD, junto à rede bancária credenciada pela INCENTIVE HOUSE.
- IV - Caso a EMPRESA permaneça mais de 360 (trezentos e sessenta) dias consecutivos sem adquirir novos FLEXCARD, estará o presente contrato rescindido de pleno direito, independentemente de aviso prévio ou notificação.

Obs: elemento obtido no processo 10680.725132/2010-70, processo principal ao qual este encontra-se apensado, sendo julgados na mesma assentada pelo mesmo relator.

Posto isto, não há dúvidas da natureza remuneratória da verba paga por intermediação de terceiros, haja vista que visa a retribuição do trabalhador empregado pelo seu maior desempenho no trabalho, pelo aumento do esforço, da dedicação e do atingimento de metas estabelecidas pelo empregador.

Terceiros sobre Reclamatório Trabalhista.

No que tange ao lançamento ora guerreado necessário se faz, inicialmente, inferir que o agente lançador utilizou-se da sistemática do arbitramento para apuração da base de cálculo do tributo, o que é perfeitamente possível, ante a previsão do artigo 33, parágrafos 3º e 6º, da Lei 8.212/91, haja vista que no Termo de Início de Procedimento Fiscal – TIPF, de fls. 90 e 91, o agente lançador solicitou a apresentação do processos trabalhistas, veja-se a transcrição.

- Processos trabalhistas (inicial, sentença/acordo, GRPS/GPS e GFIP)

Porém, tudo indica que a solicitação fiscal não foi atendida, pelo menos a contento, uma vez que ele – agente fiscal -, assim se pronunciou em seu Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC – AI, de fls. 105 a 116, veja a passagem.

32 Verificando as GPS – Guias de Recolhimento da Previdência Social, código 2909, existentes nos sistemas da Receita Federal do Brasil, constatamos a falta da contribuição destinada a outras entidades e fundos (terceiros) em vários recolhimentos.

Não seria necessário o agente verificar as informações existentes nos sistemas e nelas se basear, se as informações e documentos tivessem sido fornecidas pelo contribuinte.

Em diversas oportunidades já expressei minhas ressalvas a aplicação da sistemática da Aferição Indireta – arbitramento, pois deve ser procedimento aplicado com as devidas cautelas e com critérios claros, objetivos e simples com caráter matemático e de fácil entendimento, o que a tudo indica foi o que fez o agente lançador.

Todavia, apesar de ter sido atendido pelo agente lançador as questões de ordem prática no arbitramento, o mesmo não se pode falar da questão de ordem jurídica, uma vez que este não lançou nem nos Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 73 e 74, os dispositivos legais do arbitramento e nem no Relatório Fiscal do Auto de Infração – REFISC – AI, de fls. 105 a 116, assim sendo com base no enunciado abaixo e no que dito no artigo 59, II, do Decreto 70.235/72, entendo ser nulo, por vício formal, devido a violação do contraditório e ampla defesa, o levantamento TE e TE1, devendo estes serem excluídos, do lançamento.

JR/CRPS - ENUNCIADO N° 29 - DOU DE 15/12/2006

Nos casos de levantamento por arbitramento, a existência do fundamento legal que ampara tal procedimento, seja no relatório Fundamentos Legais do Débito - FLD ou no Relatório Fiscal - REFISC garante o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa, não gerando a nulidade do lançamento. (Editado pela Resolução CRPS nº 6, de 13 de dezembro de 2006)

Decreto 70.235/72

Art. 59. São nulos:

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Não se fez necessário a análise da alegação de decadência para o presente levantamento.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por conhecer do recurso, para no mérito dar-lhe provimento parcial, determinado:

I) a exclusão da decadência para as contribuições anteriores a 29/12/2005, retroagindo-se cinco anos a contar do lançamento, ou seja, estão decadentes todas as contribuições até a competência 11/2005, inclusive, independentemente do levantamento e do estabelecimento;

II) a exclusão dos levantamentos TE e TE1 em razão de sua nulidade por cerceamento de defesa e violação ao contraditório.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.

Processo nº 10680.725134/2010-69
Acórdão n.º **2803-003.784**

S2-TE03
Fl. 341

CÓPIA