



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

Processo n° 19515.008495/2008-17
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.608 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de janeiro de 2017
Matéria Contribuições Previdenciárias - PLR
Recorrente TRENCH ROSSI E WATANABE ADVOGADOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2003 a 30/09/2005

DECADÊNCIA PARCIAL. RECONHECIMENTO. ART. 150 § 4º DO CTN. SÚMULA CARF Nº 99.

Nos termos da 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.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO.

O § 1º do art. 2º da Lei nº 10.101/2000 ao referir que podem ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições: I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente; tratou de possibilidade e não de uma obrigatoriedade legal.

GRATIFICAÇÃO EVENTUAL. VERBA QUE DE ACORDO COM A LEGISLAÇÃO ESTÁ FORA DO CAMPO DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO.

Conforme artigo 28, § 9º, "e", item 7, da Lei 8.212/92, com a redação dada pelas Leis nº 9.528/97 e 9.711/98, não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, as importâncias recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher a preliminar de decadência em relação às competências 01/2003 e 03/2003 (decisão proferida na sessão de 20/09/2016). No mérito, por maioria de votos, dar provimento ao recurso, vencidos os Conselheiros Eduardo de Oliveira (Relator) e Rosemary Figueiroa Augusto, que negaram provimento ao recurso. A Conselheira Cecília Dutra Pillar não participou do julgamento, tendo em vista que o Conselheiro Eduardo de Oliveira (Relator), a quem ela substituiu, já havia proferido seu voto, na sessão de 09/03/2016. Foram designados os Conselheiros Martin da Silva Gesto para redigir o voto vencedor, na parte em que foi vencido o relator, e Marco Aurélio de Oliveira Barbosa como redator *ad hoc*.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio Oliveira Barbosa - Presidente e Redator *ad hoc*.

(assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Redator designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Márcio Henrique Sales Parada, Martin da Silva Gesto, Rosemary Figueiroa Augusto, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dílson Jatahy Fonseca Neto, José Alfredo Duarte Filho (Suplente convocado) e Eduardo de Oliveira (sessão de 09/03/2016).

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal - PAF cuida do lançamento do Auto de Infração – AI - DEBCAD 37.190.907-4, o qual objetiva a contribuição destinada a terceiros - outras entidades e fundos, em razão do pagamento de salário indireto Plano de Participação no Lucros e Resultado - PLR, conforme Relatório Fiscal do Auto de Infração, de fls. 30 a 34, tendo sido fiscalizado o período de 01/2003 a 12/2005, conforme Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, de fls. 20.

O contribuinte foi cientificado deste lançamento fiscal, em 22/12/2008, conforme Folha de Rosto do Auto de Infração – AI, de fls. 02.

A empresa autuada apresentou sua defesa/impugnação, as fls. 46 a 96, recebida, em 21/01/2009, conforme carimbo de recepção, de fls. 46, tal impugnação foi acompanhada dos documentos, de fls. 98 a 224; 228 a 256.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 257, conforme CCADPRO, bem como despacho, de fls. 258.

O órgão julgador de primeiro grau prolatou o Acórdão 16-23.412 - 12ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento São Paulo - I – SP, datado de 10/11/2009, acostada, as fls. 259 a 293, pelo qual considerou a impugnação improcedente.

O sujeito passivo foi cientificado desta decisão, em 26/05/2010, AR, de fls. 298.

O contribuinte interpôs recurso voluntário petição de interposição, recebida em 25/06/2010, de fls. 299 e 300, com razões recursais, as fls. 301 a 356, acompanhada do documento, de fls. 357 a 399.

O recurso foi considerado tempestivo, fls. 401.

As razões recursais sumariadas estão seguir expostas.

Preliminarmente.

- que ocorreu a decadência da contribuição, pois essa é sujeita ao lançamento por homologação, aplicando-se, assim, o artigo 150, §4º, do, CTN na ocorrência de antecipação do pagamento, estando decadentes as contribuições para o período de 01/2003 a 12/2003;
- que ocorreu nulidade da autuação, pois no lançamento não buscou material, da qual depende a legalidade do lançamento, bem como não se manifestou a autoridade julgadora *a quo* sobre a verdade material;
- que os pagamento efetuados a título de PLR foram feito dentro das determinações legais, sendo examinados superficialmente os lançamentos fiscais da recorrente e os contratos de PLR, não sendo esses salários, não ha que se falar em contribuição;
- que no tocante a gratificação paga o fisco não considerou que essas não são habituais, não devendo assim integrar a base de cálculo da contribuição, não se preocupando em verificar se os ganhos foram eventuais e para que tipo de profissionais, sendo que em relação a seus próprios funcionários a maioria dos pagamentos ocorreram uma única vez, demonstrando-se nula a atividade fiscalizatória, pois apesar de constatar a ocorrência do pagamento não perquiriu pela natureza deste;
- que o auto é nulo por falta de motivação, pois cabe ao fisco demonstrar a ocorrência do fato gerador, devendo o fisco usar presunções e indícios com parcimônia no campo tributário, pois o ato deve trazer a caracterização precisa da falta cometida e do dispositivo legal violado, caso contrário ocorrerá cerceamento de defesa, o que não ocorreu no presente auto, uma vez que no relatório fiscal não há qualquer capitulação legal específica, sendo necessário a verificação da ocorrência do fato gerador da tributação

Mérito.

- que apenas os pagamentos efetuados em 01/2004 e 04/2005 o foram a título de PLR e assim estes não tem natureza salarial, pois o artigo 7, XI, da CF/88 diz que é desvinculado da remuneração, sendo que desta forma não integra o salário de contribuição, artigo 28, § 9º, “j”, da Lei 8.212/92, tendo sido tal pagamento efetuado dentro das determinações legais da matéria, não exigindo a lei a confecção de atas das reuniões para elaboração do plano PLR;

-
- que os demais pagamentos efetuados nas competências 01/2003; 03/2003; 02/2004; 04/2004; 07/2004; 02/2005; 03/2005; 05/2005 e 09/2005, apesar de denominados de PLR na verdade são gratificações eventuais e assim sobre essas não incidem contribuição previdenciária, pois as gratificações foram pagas no máximo um ou duas vezes e decorrente das rescisões trabalhistas, pagas por mera liberalidade, não devendo integrar o salário de contribuição;
 - que as contribuições para terceiros são indevidas, pois restritas aos setores da economia a que se referem e a recorrente não se enquadra e nenhum deles;
 - que a contribuição para o INCRA não tem base constitucional, configura *bis in idem*, pois tem a mesma base de cálculo da contribuição social previdenciária, sendo cobrada por ente público que se quer presta serviços de caráter previdenciário, não encontrando essa amparo no artigo 240, da CF/88, não podendo a recorrente ser compelida a esse pagamento;
 - que a contribuição para o SEBRAE depende de lei complementar para sua instituição, devendo haver correlação absoluta entre os contribuinte e as categorias econômicas, não podendo ser cobrada de médias e grandes empresas, mas apenas de micro e pequenas empresas, não podendo ser exigido da recorrente INCRA e SEBRAE, pois essa é empresa urbana de grande porte;
 - Do pedido e requerimento: a) reforma da decisão de primeiro grau, julgando-se o lançamento improcedente, seja em razão das nulidades ou da improcedência das exigências ou pela decadência de parte dos créditos.

Os autos subiram ao CARF, fls. 403.

O sorteio e distribuição dos autos ao presente conselheiro ocorreu, em 12/02/2015, Lote 06.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Redator *ad hoc* designado.

O Conselheiro Relator, Eduardo de Oliveira, não mais integrava o CARF quando da conclusão desse julgamento. O Relatório e Voto do Relator foram proferidos na sessão de 09/03/2016 e foram obtidos da pasta T do servidor de dados do CARF, onde ficam armazenados os votos dos Conselheiros por ocasião da sessão de julgamento.

A seguir o voto do Relator, Eduardo de Oliveira:

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

Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetaram o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

Preliminares.

Inicialmente, esclareço que relativamente a tese de decadência que busca a aplicação do artigo 150, §4º, da Lei 5.172/66 necessário se faz a comprovação da existência de pagamento.

Contudo, no presente crédito o contribuinte não traz tal prova, bem como o agente fiscal não informou a existência de tais pagamentos, apenas registrou no Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal - TEPF, de fls. 29, que comprovantes de pagamentos foram examinados, sem esclarecer para quais competências.

Todavia, pode-se extrair do Relatório Fiscal do Auto de Infração, de fls. 30 a 34, item 3 e subitem 3.1, que o presente lançamento refere-se a diferenças de rubricas incluídas em folha de pagamento, mas não declarada em GFIP, observe-se a transcrição.

3. Durante a ação fiscal foi constatado, por meio de Livros Contábeis, Folhas de Pagamento, Convenções Coletivas de Trabalho e Planos de Participação nos Resultados - PLR, que a empresa, no meses mencionados no item "2.1" acima, pagou para seus empregados Participação nos Resultados - PLR.

3.1 Tais valores foram pagos aos empregados nas folhas de pagamento normais da empresa, mas não foram considerados como integrantes do salário-de-contribuição para à Seguridade Social e não foram declarados em GFIP.

O que permite concluir a despeito do que determina o artigo 158, da Lei 5.172/66 que houve algum pagamento, pois do contrário o agente lançador teria, também, promovido a lançamento das demais rubricas remuneratórias constantes da folha de pagamento, feito esse esclarecimento, passo a diante.

Assiste razão a recorrente quando diz que no caso de antecipação do pagamento, em tributo sujeito ao lançamento por homologação a regra de decadência a incidir é a do artigo 150, §4º, da Lei 5.172/66, assim se posicionou o Superior Tribunal de Justiça - STJ no julgamento a seguir colacionado, sendo que eu acompanho tal tese.

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. (grifei).

No caso, em tela o lançamento seu deu, em 22/12/2008, data da cientificação do contribuinte, fls. 02.

O Discriminativo Sintético de Débito - DSD, de fls. 07 e 08, deixa claro que estão integrando este lançamento as competências 01/2003; 03/2003; 01/2004; 02/2004; 06/2004; 07/2004; 02/2005; 03/2005; 04/2005; 05/2005 e 09/2005, todas relativas ao levantamento PLR - SALARIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Dessa forma, retroagindo cinco anos a contar do lançamento teremos o marco inicial da decadência como sendo 23/12/2003, assim sendo as competências 01/2003 e 03/2003, encontravam-se consumidas pelas decadência.

Tal aplicação é possível, pois a Súmula CARF 99 considera que o pagamento de qualquer rubrica de contribuição previdenciária está apta a ser considerada na contagem decadencial, transcrevo a súmula para maior clareza.

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.

Acolho a alegação de decadência parcial em relação as competências supramencionadas.

No que tange a nulidade do lançamento em razão da verdade material, tenho para mim que tal nulidade inexistiu, pois verifica-se que o agente fiscal agiu dentro das determinações legais sobre a matéria, ou seja, verificou que o tomador dos serviços transferiu para os prestadores de serviços, numerário via folha de pagamento e que tais numerários não fora oferecidos a tributação.

Ora nos termos do parecer transcrito abaixo o fato gerador da contribuição previdenciária e a efetiva prestação dos serviços, porém o STJ flexibilizou essa regra, pois a Corte Cidadão entende que o tempo à disposição do empregador, também, constitui o fato gerador.

PARECER/CJ N° 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.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO-MATERNIDADE. SALÁRIO-PATERNIDADE. INCIDÊNCIA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM REPETITIVO. RESP PARADIGMA 1230957/RS. FÉRIAS GOZADAS. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. SÚMULA 83/STJ. SERVIÇO ELEITORAL. LICENÇA CASAMENTO. CARÁTER REMUNERATÓRIO. ÔNUS DO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PATRONAL. 1. Incide contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade e o salário-paternidade. Entendimento reiterado no REsp 1230957/RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 26/2/2014, DJe 18/3/2014, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC). 2. Incide contribuição previdenciária sobre as férias gozadas. Precedentes. Súmula 83/STJ. 3. Insuscetível classificar como indenizatória a licença para prestação do serviço eleitoral (art. 98 da Lei n. 9.504/97) ou a licença casamento (art. 473, II, da CLT), pois sua natureza estrutural remete ao inafastável caráter remuneratório, integrando parcela salarial cujo ônus é do empregador, sendo irrelevante a inexistência da efetiva prestação laboral no período, porquanto mantido o vínculo de trabalho, o que atrai a incidência tributária sobre as indigitadas verbas. 4. A recorrente defende tese de que a ausência de efetiva prestação de serviço ou de efetivo tempo à disposição do empregador justificaria a não incidência da contribuição, ou seja, qualquer afastamento do empregado justificaria o não pagamento da exação. 5. Tal premissa não encontra amparo na jurisprudência do STJ, pois há hipóteses em que ocorre o afastamento do empregado e ainda assim é devida a incidência tributária, tal como ocorre quanto ao salário-maternidade e as férias gozadas. 6. O parâmetro para incidência da contribuição previdenciária é o caráter salarial da verba. A não incidência ocorre nas verbas de natureza indenizatória. Recurso especial conhecido em parte e improvido. RESP 201401184152. RESP - RECURSO ESPECIAL - 1455089. HUMBERTO MARTINS. STJ. SEGUNDA TURMA. DJE DATA:23/09/2014. (destaquei).

Assim sendo, o agente fiscal em sua missão entendeu que ficou caracterizado a ocorrência do fato gerador e que a verba paga não se constituía em mera indenização.

O órgão julgador *a quo* diferentemente do que diz a recorrente, manifestou-se expressamente sobre o princípio da verdade material e ainda que essa manifestação não tenha agradado ou não se coadune com o que pensa o contribuinte isso não leva a nulidade do lançamento fiscal e nem da decisão de primeira instância.

O agente lançador deixou claro que no curso da fiscalização encontrou nos documentos da recorrente a existência de pagamentos a título de PLR nas competências consignadas na transcrição abaixo.

7. Os valores pagos a título de PLR no meses de 01 e 02/2003, 02, 04 e 07/2004; 02, 03, 05 e 09/2005, não tiveram seus critérios e metas estabelecidos nos Planos de Participação nos Resultados - PLR de 2003 e 2004, conforme declaração da própria empresa.

No entanto, esse mesmo agente fiscal deixou consignado que apenas os pagamentos efetuados em 01/2004 e 04/2005 são devidos, respectivamente, ao PLR de 2003 e 2004, mas que os demais pagamentos são em verdades gratificações, o que é confirmado pela recorrente via declaração, citada pelo agente lançador, transcreve o trecho do REFISC que esclarece a questão.

O PLR do ano calendário de 2003, foi pago em janeiro de 2004 e o de 2004, em abril de 2005, o que veio confirmar que os pagamentos efetuados a título de PLR em 01/2003 e 03/2003; de 02/2004, 04/2004 e 07/2004; de 02/2005, 03/2005, 05/2005 e 09/2005, não se referem a PLR e, sim, a gratificação. Para o ano calendário de 2004, foi pago em 04/2005, de acordo com que está consignado no acordo coletivo de 2004/2005. Como houve pagamentos de PLR fora de janeiro/2004 e abril/2005, foi solicitado da empresa através do TIF - Termo de Intimação Fiscal nº 002 que ela apresentasse memória de cálculo das competências mencionadas aqui. Todavia a mesma apresentou apenas uma declaração informando que os valores pagos a título de PLR no período de 2003 a 2005, exceto os das competências de 01/2004 e 04/2005, eram gratificações, em sendo assim, não foi apresentado memória de cálculo, vez que não foi elaborado.

No que tange as competências 01/2004 e 04/2005 consideradas pela empresa como pagamentos a título de PLR, o agente fiscal desconsiderou tal verba como sendo dessa natureza, uma vez que o pagamento daquele suposto PLR não obedeceu as determinações legais da Lei 10.101/2000, haja vista que foram identificadas irregularidades nos supostos planos PLR, tais irregularidades foram listadas pelo agente em seu REFISC.

Os pagamentos efetuados nas demais competências, os quais, também, foram denominados inicialmente de PLR, pela empresa e que posteriormente esta designou de gratificações, conforme informado pelo agente fiscal, baseado em declaração da própria recorrente, conforme transcrição.

Todavia a mesma apresentou apenas uma declaração informando que os valores pagos a título de PLR no período de 2003 a 2005, exceto os das competências de 01/2004 e 04/2005, eram gratificações, em sendo assim, não foi apresentado memória de cálculo, vez que não foi elaborado.

As referidas verbas sofrerão a incidência de contribuições previdência, pois, também, eivadas do mesmo defeito, anteriormente, citado, pois como PLR não poderiam ser consideradas, tendo em vista que os supostos planos PLR não atendiam as determinações legais, bem como na qualidade de gratificações, quando essas possuírem natureza salarial são essas base de calculo da contribuição social previdenciária.

O que define a eventualidade não é a periodicidade do pagamento ou ter sido esse realizado uma ou duas vezes, pois se assim fosse a gratificação natalina seria eventual, pois é paga apenas uma única vez ao ano, ainda, que dividida, mas esse pagamento é habitual.

O agente fiscal deixou cristalino no REFISC que os profissionais eram empregados e as rescisões e as teses de defesa com isso se coadunam, o que demonstra de forma clara e objetiva que o agente buscou todas as informações necessárias ao lançamento.

A demonstração do fato gerador está supramencionado alhures, não tendo o fisco se pautado em presunções ou indícios, mas sim em fatos, provas e elementos de convicção.

No auto está claramente demonstrado o não recolhimento da contribuição, bem como o dispositivo legal violado, o REFISC e o relatório Fundamentos Legais do Débitos – FLD, de fls. 11 e 12, esclarecem essa questão de forma didática.

Assim sendo, rejeito as preliminares suscitadas.

Mérito.

O pagamento a título de PLR só deixa de ter a natureza salarial e assim não se sujeitando a contribuição previdenciária, quando esse é pago nos termos do inciso XI, do artigo 7º, da CRFB/88 e das disposições da Lei 10.101/2000, o que não ocorreu no presente caso, pois o agente lançador deixou claro que os supostos planos PLR não atendiam as determinações legais e que em razão disso tributou tais pagamento.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. OMISSÃO INEXISTENTE. DEVIDO ENFRENTAMENTO DAS QUESTÕES DOS AUTOS. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. VERBA DE REPRESENTAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE CARGO DE DIREÇÃO. INCIDÊNCIA. CARÁTER INDENIZATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. PARTICIPAÇÃO DO LUCRO E RESULTADO. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SÚMULA 7/STJ. MULTA POR EMBARGOS PROTELATÓRIOS. MANUTENÇÃO. 1. Não há a alegada violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem abordou a questão da contribuição previdenciária, concluindo, contudo, que esta incidiria sobre as rubricas relativas a "verbas de representação" e "participação nos lucros e resultados", diversamente do que almejava a parte. Entendimento contrário ao interesse da parte não se confunde com omissão. 2. A contribuição previdenciária tem como regra de não incidência a configuração de caráter indenizatório da verba paga, decorrente da reparação de ato ilícito ou ressarcimento de algum prejuízo sofrido pelo empregado. 3. Descreve o Tribunal de origem que a "verba representação" configura verba remuneratória paga a funcionários pelo exercício de direção perante a empresa, valores estes que devem sofrer a incidência de contribuição previdenciária, pois não representam a indenização de qualquer dano ou prejuízo sofrido pelos empregados em função da prestação do serviço. A modificação do

entendimento firmado demandaria reexame do acervo fático dos autos, inviável ante o óbice da Súmula 7/STJ. 4. A isenção tributária sobre os valores pagos a título de participação nos lucros ou resultados deve observar os limites da lei regulamentadora, no caso, a MP 794/94 e a Lei 10.101/00, e também o art. 28, § 9º, "j", da Lei 8.212/91, que possui regulamentação idêntica, de modo que é devida a contribuição previdenciária se o creditamento da participação dos lucros ou resultados não observou as disposições legais específicas. Precedentes. 5. No caso, o Tribunal de origem deixou expressamente consignado que a recorrente não observou os normativos de regência na distribuição dos lucros e resultados, o que lhe afastou o direito à isenção prevista. A reversão do julgado novamente encontra óbice na Súmula 7/STJ. 6. O Tribunal a quo, ao decidir a causa, entendeu estarem presentes as condições para o conhecimento do recurso, haja vista ter enfrentado o mérito. O recorrente, por seu turno, inconformado com o provimento desfavorável à sua tese, utilizou-se de dois embargos declaratórios com a finalidade de modificação do julgado, distanciando-se do propósito legal de sanar omissões porventura existentes, ou mesmo de prequestionar a matéria. Multa do art. 538, parágrafo único, do CPC que deve ser mantida. Agravo regimental improvido. ..EMEN: (AGRESP 201500366725, HUMBERTO MARTINS, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:06/05/2015 ..DTPB:.) (destaquei).

As contribuições exigidas sobre as gratificações foram objeto de análise em outro momento desta peça e ficou claro que sobre aquela deve incidir a contribuição social previdenciária.

Aliás, outro não é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça - STJ como consta da ementa abaixo transcrita.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OMISSÃO ACERCA DAS RUBRICAS ADICIONAL DE SOBREAVISO, PRÊMIOS, GRATIFICAÇÕES. INCIDÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. ABONOS NÃO HABITUAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. 1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do julgado que se apresenta omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente na decisão. 2. Na linha da jurisprudência deste Tribunal Superior, configurado o caráter permanente ou a habitualidade da verba recebida, bem como a natureza remuneratória da rubrica, incide contribuição previdenciária sobre adicional de sobreaviso, prêmios, gratificações. 3. Não se manifestou a Corte regional acerca da incidência da contribuição previdenciária sobre os ditos "abonos não habituais". Logo, não foi cumprido o necessário e indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal da recorrente, de modo a incidir, quanto a essa rubrica, o enunciado das Súmulas ns. 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos, para sanar a omissão apontada. EDAGRESP 201402347079 EDAGRESP - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1481469. HUMBERTO MARTINS. STJ. SEGUNDA TURMA. DJE DATA:03/03/2015. (realcei).

No presente caso ficou patente que a gratificação não é eventual e a regularidade do pagamento demonstra isso, pois num período fiscalizado de trinta e seis meses foi paga nove vezes, o que dá uma média de um pagamento a cada quatro meses, ou seja, uma proporção de 1:4.

O Superior Tribunal de Justiça - STJ publicou recentemente a Súmula 516 que cuida da contribuição para o INCRA nos termos a seguir transcrita.

A contribuição de intervenção no domínio econômico para o Incra (Decreto-Lei n. 1.110/1970), devida por empregadores rurais e urbanos, não foi extinta pelas Leis ns. 7.787/1989, 8.212/1991 e 8.213/1991, não podendo ser compensada com a contribuição ao INSS

Além, disso é pacífico no tribunal que a contribuição foi recepcionada pela CRFB/88, conforme aresto colacionado.

EMEN: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ENTIDADE HOSPITALAR. CERTIFICADO DE BENEFICENTE E DE ASSISTÊNCIA SOCIAL. SALÁRIO-EDUCAÇÃO. REQUISITOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. INCRA, SESC, SENAC, SEBRAE. EXIGIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. Não há omissão do acórdão recorrido que registrou a impossibilidade de apreciação da incidência da Lei 11.457/2007, por se tratar de inovação recursal não passível de ser apreciada em sede de embargos declaratórios, mormente porque consignou que o provimento se referia apenas às NFLD's questionadas na inicial, as quais se referem a períodos anteriores à vigência do referido diploma legal. 2. Não se pode conhecer do apelo especial no tocante ao dissídio alegado, referente à exigibilidade das contribuições destinadas a terceiros das entidades beneficentes e de assistência social, pois o acórdão recorrido apreciou a matéria tão somente sob o enfoque constitucional, à luz da interpretação dos artigos 240, 223, 173 e 195, todos da Constituição Federal. 3. A orientação do acórdão recorrido coincide com o entendimento fixado por esta Corte, por ocasião do julgamento do REsp 977.058/RS, da relatoria do Ministro Luiz Fux, DJ 10/11/2008, sob o rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), no sentido de que, por se tratar de contribuição especial de intervenção no domínio econômico, a contribuição ao Incra, destinada aos programas e projetos vinculados à reforma agrária e suas atividades complementares, foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988 e continua em vigor até os dias atuais, pois não foi revogada pelas Leis 7.787/89, 8.212/91 e 8.213/91, não existindo, portanto, óbice a sua cobrança, mesmo em relação às empresas urbanas. 4. Agravo regimental não provido. AGRESP 200901570545 AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 1154644. BENEDITO GONÇALVES. STJ. PRIMEIRA TURMA. DJE DATA:28/06/2012.

Aliás, outro não é o pensamento do Supremo Tribunal Federal - STF em relação a contribuição para o INCRA.

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO AO FUNRURAL E AO INCRA: EMPRESAS URBANAS. O aresto impugnado não diverge da jurisprudência desta colenda Corte de que não há óbice à cobrança, de empresa urbana, da referida contribuição. Precedentes: AI 334.360-

AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; RE 211.442-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; e RE 418.059, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. Agravo desprovido. (AI-AgR 548733, CARLOS BRITTO, STF).

Assim sendo, não há porque excluir a exação do lançamento.

No que se refere a contribuição para o SEBRAE a Corte Cidadão e a Corte Suprema possuem pensamento semelhante ao dado a contribuição para o INCRA, ou seja, que são devidas por empresas de médio e grande porte, sendo a exigência constitucional, bem como sua criação não exige lei complementar.

E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - VALIDADE CONSTITUCIONAL DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE À INSTITUIÇÃO DA CONTRIBUIÇÃO SOCIAL DESTINADA AO SEBRAE - EXIGIBILIDADE DESSA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 396.266/SC, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, reconheceu a plena legitimidade constitucional da norma inscrita no § 3º do art. 8º da Lei nº 8.029/90, na redação dada pelas Leis nº 8.154/90 (art. 1º) e nº 10.668/2003 (art. 12), admitindo, em conseqüência, a constitucionalidade da contribuição social destinada ao SEBRAE. - O tratamento dispensado à referida contribuição social não exige a edição de lei complementar, resultando conseqüentemente legítima a disciplinação normativa dessa exação tributária mediante legislação de caráter meramente ordinário. Precedentes. (AI-AgR 655354, CELSO DE MELLO, STF).

EMENTA: CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS - SEBRAE. INSTITUIÇÃO POR MEIO DE LEI ORDINÁRIA. CONSTITUCIONALIDADE. A decisão agravada está em perfeita consonância com o entendimento firmado pelo Plenário desta Corte, ao julgar o RE 396.266, rel. Ministro Carlos Velloso, DJ 27.02.2004. Entendeu-se, nesse julgamento, que a cobrança da contribuição destinada ao SEBRAE é constitucional, não sendo necessária lei complementar para sua instituição. Enfatizou-se, ainda, não ser necessária a vinculação direta entre o contribuinte e o benefício decorrente da aplicação dos valores arrecadados. Assim sendo, o fato de a parte ora recorrente não estar vinculada ao SESI/SENAI, não a desobriga da contribuição ora em exame. Agravo regimental a que se nega provimento. (RE-AgR 429521, JOAQUIM BARBOSA, STF).

EMEN: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO SEBRAE. EMPRESAS DE MÉDIO E GRANDE PORTE. EXIGIBILIDADE. CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO INCRA. EXIGIBILIDADE. TAXA SELIC. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. ..EMEN: (AGA 201001912860, CESAR ASFOR ROCHA, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA:04/10/2011

Assim sendo, com esses esclarecimentos as duas contribuições devem ser mantidas.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto pelo CONHECIMENTO do recurso para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL**, para reconhecer a decadência de parte do crédito, relativamente, as competências 01/2003 e 03/2003.

(Assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Redator *ad hoc*

Voto Vencedor

Conselheiro Martin da Silva Gesto - Redator designado.

Primeiramente, registro que acompanho o voto do ilustre Conselheiro relator quanto ao reconhecimento parcial da decadência, em relação as competências 01/2003 e 03/2003, todavia, entendo salutar que conste no acórdão que a contribuinte demonstrou, através de petição protocolizada em 12/07/2016 e por outra, ratificando a anterior, protocolizada em 09/09/2016, que houve nas referidas competências pagamento antecipado do tributo ora em questão, razão pela qual deve ser aplicado o raciocínio do art. 150 § 4º do CTN.

No entanto, *data venia*, venho divergir quanto ao restante do voto, pois, diferente do sustentando, não se verifica que existiram 9 (nove) pagamentos de PLR, mas sim de apenas um pagamento a título de PLR em cada ano. O próprio acórdão da DRJ assim refere a estes:

"(...) serão tratados os pagamentos efetuados a título de PLR para as competências 01/2004 (referente a 2003) e 04/2005 (referente a 2004) e gratificações nas demais competências, ou seja, 01 e 03/2003; 02, 04 e 07/2004; 02, 03, 05, e 09/2005."

Portanto, entendo que o PLR realizado pela contribuinte, considerando-se estes somente em relação as parcelas pagas em 01/2004 e 04/2005, está nos moldes da Lei nº 10.101/2000. Registra-se ainda que a contribuinte fez prova de que houve a pactuação prévia, inclusive junto a sindicato, nos termos do § 1º do art. 2º da lei acima referida.

Merece destaque que o §1º do art. 2º da lei 10.101/2000 determina que "Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições: - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente". Portanto, trata-se de possibilidade e não de obrigatoriedade.

Quanto aos pagamentos realizados nas demais competências (02, 04 e 07/2004; 02, 03, 05, e 09/2005), são elas gratificações eventuais, os quais devem ser afastadas a incidência da contribuição previdenciária nos termos do artigo 28, § 9º, "e", item 7, da Lei 8.212/92. Vejamos, conforme planilha que consta a fl. 336, que os pagamentos foram claramente realizados de forma eventual, sendo a sua grande maioria ocorrido em rescisão de contrato de trabalho:

Matr.	Nome	Competência	Valor Pago	Gratificação
10667	LEON JOSEPH SACKS	jan/03	46.622,50	***
10619	ELENA MARIA VAN WAVEREN	mar/03	34.363,00	Rescisão
10612	DINO DRAGHI	fev/04	12.224,00	***
10622	EDUARDO ELOY D. BARRETO	fev/04	5.178,00	***
10606	SHIRLEY RIBEIRO P. PIERZYNSKI	fev/04	5.872,50	***
10612	DINO DRAGHI	jun/04	6.136,30	Rescisão
10622	EDUARDO ELOY D. BARRETO	jun/04	5.202,30	Rescisão
10057	MARIA LUIZA S. BRITO ARAÚJO	jun/04	16.942,50	Rescisão
10145	LEE SHU YUEN NAKATSU	jun/04	14.904,60	Rescisão
10211	MARLUCIA SANTOS DE JESUS	jun/04	14.831,70	Rescisão
10732	ANA PAULA BORBA	jun/04	2.534,00	Rescisão
10084	SANDRA RIBEIRO AMADEU	jul/04	5.526,00	Rescisão
10441	ADRIANA RAMOS DE ASSIS	fev/05	4.408,00	Rescisão
10041	SERGIO ATTILIO RUSSO	mar/05	11.134,00	Rescisão
10006	MARIA ANGELA T. CAMPO	mai/05	2.226,00	Rescisão complementar
10585	DANIEL RAMOS POLICICIO	set/05	2.702,00	Rescisão

Além disso, a própria DRJ já havia considerado tais pagamentos como gratificações e não PLR, afastando-se, também por esta razão, o lançamento dos pagamentos realizados nas competências 02, 04 e 07/2004 e 02, 03, 05, e 09/2005 por PLR.

Ante o exposto, entendo por acolher a preliminar de decadência parcial, reconhecendo a decadência em relação as competências 01/2003 e 03/2003 e, no mérito, dar provimento ao recurso da contribuinte.

(Assinado digitalmente)

Martin da Silva Gesto - Redator designado