



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

Processo nº 10640.002521/2010-08
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.333 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 21 de fevereiro de 2013
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente RECAUCHUTADORA JUIZ DE FORA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2007 a 31/12/2007

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. TERCEIROS. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. LEI 10.101 □ 2000. REQUISITOS LEGAIS. DESCUMPRIMENTO. AUSENCIA DE CONVENÇÃO COLETIVA E COMISSÃO. INCIDÊNCIA. MULTA

A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria ou por convenção ou acordo coletivo.

Integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias os valores pagos ou creditados, a título de participação nos lucros e resultados, em desconformidade com os requisitos legais.

No presente caso, a multa que mais beneficia a Recorrente é a do Artigo 61 da Lei 9.430 de 1996.

INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE AUXÍLIO-DOENÇA.

O afastamento remunerado por até quinze dias do trabalho por motivo de doença é um direito do trabalhador que é suportado pelo empregador e seu pagamento tem natureza remuneratória.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 24/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente em 11/11/2013 por

MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 24/07/2013 por MAURO JOSE SILVA, Assinado digitalmente e

m 24/07/2013 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES

Impresso em 12/11/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao recurso, na questão do auxílio doença, nos termos do voto do Redator. Vencidos os Conselheiros Leonardo Henrique Pires Lopes, Adriano Gonzáles Silvério e Damião Cordeiro de Moraes, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; II) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete e Marcelo, que votam em manter a multa aplicada; III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Redator: Mauro José Silva.

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Relator.

(assinado digitalmente)

MAURO JOSÉ SILVA - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Mauro Jose Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa RECAUCHUTADORA JUIZ DE FORA LTDA em face da decisão que julgou improcedente a impugnação apresentada pela empresa e manteve o lançamento de débito referente ao período de 01/01/2007 a 31/12/2007.

2. De acordo com o relatório fiscal do lançamento, o crédito tributário refere-se a contribuições sociais para terceiros e outras entidades e fundos incidentes sobre os pagamentos feitos a empregados, pessoas físicas, não recolhidas a Previdência Social e não declaradas em GFIP.

3. Conforme trecho extraído do relatório fiscal de lançamento, constituem fatos geradores do crédito tributário, apurados com base nas folhas de pagamentos e ☐ ou livro diário da autuada, os valores constantes da Folhas de Pagamentos – FP, lançados pela própria empresa em Livros Diários ou apenas em lançamentos contábeis sem constar nas FP nas seguintes contas:

4. Consta no relatório fiscal e no Discriminativo Analítico de Débito que as bases de cálculo das contribuições foram apurados e estas constam nos levantamentos: AA1 (afastamento por acidente de trabalho), AD1 (afastamento por auxílio doença previdenciário), CA1 (contribuição assistencial paga), DH1 (despesas com hospedagem), DR1 (distribuição de resultados), DP1 (despesas com passagens), DR1 (despesas com lanches e refeições), PR1 (prêmios e gratificações) e ST1 (serviços prestados por terceiros), conforme trechos extraídos do relatório fiscal:

“1.1 – Conta 953 – Acordos Judiciais (Contabilidade – Arquivos Digitais): Valores pagos ou creditados a Fabiano Werneck da Silva e Roberto Gomes da Silva. LD n 16 – folhas 109, 166 e 463. A empresa não apresentou na rede bancária as GFIP com código 650. Não exibiu também os processos trabalhistas, acordos homologados, ou sentença judicial correspondentes. Os valões desta conta não integrarão o Auto de Infração de constituição de crédito fiscal. Servirá apenas para compor a Base de Cálculo do Auto de Infração CFL 68.

1.2 – Conta 276 – Prêmios e Gratificações (Contabilidade – Arquivos Digitais): Valores pagos a Agrimaldo Lacerda Costa. No LD constam lançamentos como adiantamento de salários e outros como pagamentos através de cheques. Tudo na competência 04/2007, mês da rescisão do contrato de trabalho desse empregado. Não houve desconto de nenhum desses pagamentos. No arquivo digital constam como prêmios. LD nº 16 – folhas 284, 288 e 346. Os valores apurados nesta conta integrarão o AI de constituição de crédito fiscal e também o AI CFL 68.

1.4 – Conta 631 – Contribuição Assistencial (Contabilidade – Arquivos Digitais): Valores pagos a Geraldo Roatti e Sebastião Marcelino Simões Neto, com Ind base 8. Não exibiu Regulamento de benefícios Concedidos

aos Trabalhadores – RBCT. Esses valores comporão a BC do AI de constituição do crédito fiscal e também do AI CFL 68.

1.5 – Conta 264 – Distribuição de Resultados (contabilidade – Arquivos Digitais): Valores pagos a alguns segurados empregados, com Ind Base 8. A empresa apresentou um documento para justificar a não incidência dessa rubrica, mas não atende aos princípios básicos preconizados na Lei nº 10.101, de 19/12/2000. Não se trata de lucros e nem resultado do exercício. Os valores desta conta compor a BC do AI de constituição do crédito fiscal e também do AI CFL 68.

1.6 – Conta 987 – Serviços Prestados por Terceiros – Pessoa Física (Contabilidade – Arquivos digitais): Valores pagos mediante recibos. Alguns beneficiários são identificados nos lançamentos. A planilha correspondente a essa conta, extraída da própria escrituração contábil da empresa e constante do arquivo digital no padrão do MANAD, demonstra todos os lançamentos. OS valores desta conta comporão a BC do AI de constituição do crédito fiscal e também do AI CFL 68.

1.7 – Conta 926 – Depósitos Judiciais: Valores relativos a Estanislau Antonio. Não constaram nas FP e nem nas GFIP. Os valores desta conta não integrarão o Auto de Infração de constituição de crédito fiscal. Servirá apenas para compor a Base de Cálculo do Auto de Infração CFL 68.

1.8 – Diárias: Valores pagos ou creditados nas contas 935 – Despesas com hospedagem, 936 – Despesas com lanches e refeições, 942 – Despesas com passagens e 318 – Despesas com refeições (Contabilidade – Arquivos digitais). (21 □ 33)”

5. Após ser devidamente cientificada do lançamento em 25/08/2010 (f. 2), a empresa, apresentou impugnação tempestiva às fls. 188/193. Ao analisar os argumentos colacionados pelo contribuinte o Colegiado de primeira instância julgou improcedente em parte a impugnação da empresa, retirando da base de cálculo das contribuições os valores declarados nos levantamentos DH1 (despesas com hospedagem) DP1 (despesas com passagens), DR1 (despesas com lanches e refeições) por considerar que não houve a comprovação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

6. O acórdão recorrido restou ementado nos termos que transcrevo abaixo:

“AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. REMUNERAÇÃO DE SEGURADOS EMPREGADOS. CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA E PARA O RAT. IMPUGNAÇÃO TEMPESTIVA E PROCEDENTE EM PARTE.

A remuneração pelo afastamento dos primeiros 15 dias por motivo de auxílio doença previdenciário ou acidentário pela legislação como salário de contribuição para fins das contribuições previdenciárias.

As despesas com hospedagem, passagens e lanches ou refeições com a natureza de ressarcimento não se constitui em salário de contribuição para fins das contribuições previdenciárias.

O pagamento a empregados na rotulação distribuição de resultados fora dos preceitos legais se constitui em salário de contribuição para fins das contribuições previdenciárias.

Crédito Tributário Mantido em Parte.”. (f. 130/145)”

7. Inconformada com a decisão proferida o contribuinte apresentou recurso voluntário tempestivo as fls. 157/161, no qual aduz em síntese:

a) argumenta que o pagamento referente aos primeiros quinze dias de afastamento por motivo de auxílio doença previdenciário ou acidentário não constitui salário e sim verba indenizatória;

b) no tocante ao pagamento a título de participação nos resultados, aduz que o fisco em momento algum descreve qual é a irregularidade do procedimento estabelecido pela empresa, limitando-se a somente transcrever o texto da Lei 10.101/2000.

8. O fisco não apresentou contrarrazões e o processo foi encaminhado para análise e julgamento por este Conselho.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

1. Conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DOS QUINZE PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO POR DOENÇA

2. No mérito, a questão controvertida se resume em saber se há ou não incidência de contribuição previdenciária sobre os primeiros quinze dias do auxílio doença pagos pelo empregador.

3. Pois bem. O fato gerador da contribuição previdenciária é definido pela natureza jurídica da parcela recebida pelo empregado. Assim, tratando-se de verba recebida em virtude de prestação de serviço, incidirá a mencionada contribuição.

4. Na hipótese dos autos, é mister notar que o empregado afastado por motivo de doença não presta serviço. Por essa razão, recebe apenas uma verba de caráter previdenciário de seu empregador, durante os primeiros quinze dias do afastamento. Diante da descaracterização da natureza remuneratória da verba, não há incidência de contribuição previdenciária.

5. Desta feita, conclui-se que, quando o funcionário é afastado do trabalho por motivo de doença, não presta serviço à pessoa jurídica empregadora e, portanto, não percebe salários (contraprestação), mas apenas uma verba de caráter previdenciário, sobre a qual não incide contribuição, pois nítido o seu caráter indenizatório.

6. Corroborando o acima exposto, importante trazer a baila o entendimento já pacificado do Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - AGRAVO REGIMENTAL - AUXÍLIO-DOENÇA - PRIMEIROS QUINZE DIAS PAGOS PELO EMPREGADOR - NATUREZA NÃO SALARIAL - NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - PRECEDENTES - 1- Esta Corte não se presta à análise de dispositivo constitucional, nem mesmo para fins de prequestionamento, sob pena de usurpar-se da competência do Supremo Tribunal Federal. 2- A jurisprudência desta Corte sufraga entendimento no sentido de que os primeiros 15 (quinze) dias do auxílio doença pagos pelo empregador não possuem natureza salarial, não incidindo, portanto, contribuição previdenciária sobre o referido período. 3- Não há que se falar em violação da Súmula Vinculante nº 10 do STF, uma vez que não houve declaração de inconstitucionalidade do art. 22 ou 28 da Lei nº 8.213/91, antes, apenas foi reconhecida a natureza não salarial da verba em debate. 4- Agravo regimental não provido. (STJ - AgRg-AI 1.209.421 - (2009/0116280-4) - 2ª T - Rel. Min. Mauro Campbell Marques - DJe 30.03.2010 - p. 763)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA, AUXÍLIO-ACIDENTE - VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO - NÃO-INCIDÊNCIA - 1- O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período. Precedentes: EDcl no REsp 800.024/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, DJ 10.09.2007. REsp 951.623/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 27.09.2007; REsp 916.388/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, DJ 26.04.2007. 2- Agravo regimental desprovido. (STJ - AgRg-REsp 1.039.260 - (2008/0055791-7) - 1ª T - Rel. Min. Luiz Fux - DJe 10.02.2010 - p. 918)

PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - AUXÍLIO-DOENÇA - VERBAS RECEBIDAS NOS 15 (QUINZE) PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO - NÃO-INCIDÊNCIA - SALÁRIO-MATERNIDADE - NATUREZA JURÍDICA - INCIDÊNCIA - PRETENSÃO DE PREQUESTIONAR MATÉRIA CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE - 1- Acórdão embargado que negou provimento ao agravo regimental no sentido de que: a) o STJ ratificou orientação no sentido de que o princípio da irretroatividade impõe a aplicação da LC nº 118/05 aos pagamentos indevidos realizados após a sua vigência e não às ações propostas posteriormente ao referido diploma legal, porquanto é norma referente à extinção da obrigação e não ao aspecto processual da ação correspondente; B) O auxílio-doença pago até o 15º dia pelo empregador é inalcançável pela contribuição previdenciária, uma vez que referida verba não possui natureza remuneratória, inexistindo prestação de serviço pelo empregado, no período; E c) é devida a contribuição previdenciária sobre os valores pagos pela empresa a seus empregados a título de salário-maternidade, em face do caráter remuneratório de tal verba. 2- Embargos opostos para prequestionar a matéria constitucional consubstanciada nos arts. 97, 103-A e 195, I, da Constituição Federal. 3- Os embargos de declaração ainda que manejados para fins de prequestionamento, são cabíveis quando o provimento jurisdicional padecer de omissão, contradição ou obscuridade, consoante dispõe o art. 535, I e II, do CPC, bem como para sanar a ocorrência de erro material, vícios ausentes na espécie. 4- O recurso especial, conforme delimitação de competência estabelecida pelo art. 105, III, da Carta Magna de 1988, destina-se a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal, razão pela qual é defeso em seu bojo o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. Precedentes. 5- Embargos de declaração rejeitados. (STJ - EDcl-AgRg-REsp 1.107.898 - (2008/0266707-4) - 1ª T. - Rel. Min. Benedito Gonçalves - DJe 11.05.2010 - p. 200)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA - PRIMEIROS QUINZE DIAS - NÃO-INCIDÊNCIA - PRECEDENTES - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA DÂNICA TERMOINDUSTRIAL LTDA - PRESCRIÇÃO - MATÉRIA DE ORDEM

PÚBLICA - CONHECIMENTO - POSSIBILIDADE - 1- O STJ pacificou o entendimento no sentido de que a quantia paga a título de auxílio-doença nos 15 primeiros dias do benefício não possui natureza remuneratória, razão pela qual não atrai a incidência da contribuição previdenciária. 2- A jurisprudência desta Corte é assente no sentido de que é possível o conhecimento de matéria de ordem pública, mesmo na ausência de prequestionamento, desde que a instância especial tenha sido aberta por outra questão. 3- A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos embargos de divergência no REsp 435.835/SC, em 24.3.2004, adotou o entendimento segundo o qual, para as hipóteses de devolução de tributos sujeitos à homologação, declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a prescrição do direito de pleitear a restituição ocorre após expirado o prazo de cinco anos, contados do fato gerador, acrescido de mais cinco anos, a partir da homologação tácita. 4- O STJ, por intermédio da sua Corte Especial, no julgamento da AI nos EREsp 644.736/PE, declarou a inconstitucionalidade da segunda parte do art. 4º da Lei Complementar nº 118/2005, a qual estabelece aplicação retroativa de seu art. 3º, porquanto ofende os princípios da autonomia, da independência dos poderes, da garantia do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. 5- Entendimento reiterado pela Primeira Seção em 25.11.2009, por ocasião do julgamento do recurso especial repetitivo 1.002.932/SP, oportunidade em que a matéria foi decidida sob o regime do art. 543-c do CPC e da Resolução STJ 8/2008. Embargos de declaração opostos pela FAZENDA NACIONAL rejeitados. Embargos de declaração opostos por DÂNICA TERMOINDUSTRIAL LTDA. Acolhidos para sanar a omissão apontada, sem efeitos infringentes. (STJ - EDcl-AgRg-EDcl-EDcl-REsp 976.376 - (2007/0181642-8) - 2ª T. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 27.04.2010 - p. 1144)

TRIBUTÁRIO - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - AUXÍLIO-DOENÇA - NÃO-INCIDÊNCIA - 1- O STJ pacificou o entendimento de que não incide Contribuição Previdenciária sobre verba paga pelo empregador ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por motivo de doença, porquanto não constitui salário. 2- Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg-AI 1.272.784 - (2010/0017465-0) - 2ª T. - Rel. Min. Herman Benjamin - DJe 20.04.2010 - p. 411)

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 182/STJ - AUXÍLIO-DOENÇA - PRIMEIROS QUINZE DIAS - NÃO INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - SÚMULA 83/STJ - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 97 DA CF, E DA SÚMULA VINCULANTE 10 DO STF - 1- O agravo de instrumento interposto contra decisão denegatória de processamento de recurso especial que não impugna, especificamente, seus fundamentos não merece conhecimento, ante o óbice imposto pelo enunciado 182 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça. 2- A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que não é devida a contribuição previdenciária sobre a remuneração durante os quinze primeiros dias do auxílio-doença, ao contrário do que alega o recorrente que afirma ser indevida somente sobre o salário. 3- A decisão agravada, ao julgar a questão, decidiu de acordo com a interpretação sistemática da legislação. Apenas interpretou as normas, ou seja, de forma sistemática, não se subsumindo o caso à hipótese de declaração de inconstitucionalidade sem que a questão tenha sido decidida pelo Plenário. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg-AI 1.166.859 - (2009/0051395-6) - 2ª T. - Rel. Min. Humberto Martins - DJe 16.04.2010 - p. 1239)

7. Diante do acima exposto, resta incontroverso, portanto, que não há que se falar em ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias ora exigidas.

8. Logo, o auxílio doença, pago ao trabalhador nos primeiros quinze dias de afastamento, em decorrência de enfermidade, não se enquadra na definição de remuneração trabalhista, justamente pelo fato de lhe faltar o caráter de contraprestação à atividade laboral.

9. Evidente, portanto, a natureza não salarial do benefício denominado de auxílio-doença, razão pela qual não constitui base de cálculo para incidência de contribuição previdenciária, sendo por conseguinte, incorreta a glosa pela fiscalização, das compensações efetuadas pela ora Recorrente das importâncias indevidamente recolhidas a esse título.

DO PAGAMENTO DA PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS

10. Em sede recursal o contribuinte questiona o julgamento quanto ao pagamento de Participação nos resultados, sob o argumento de que o fisco não justificou, tampouco demonstrou as irregularidades constatadas no plano, as quais levaram a desconsideração do procedimento.

11. Nesse ponto, é necessário avaliar se o procedimento para formalização dos acordos de PLR foram realizados em conformidade com a norma de regência.

12. Posta a questão controvertida, oportuno trazer uma análise contextual do instituto da PLR.

13. A PLR visa a disposição das estratégias organizacionais com a participação dos empregados no ambiente de trabalho, pois só será feita a distribuição dos lucros aos funcionários segundo o cumprimento de metas. O programa PLR é uma ferramenta de gestão que permite a motivação dos empregados na produtividade da empresa, proporciona a atração de melhores resultados, e é regulada pela lei 10.101/2000.

14. Como é cediço, a Constituição Federal de 1988, no inc. XI do art. 7º, incluiu entre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, a participação nos lucros ou resultados dos seus empregadores. O texto constitucional, neste ponto, é enfático ao assegurar a sua desvinculação da remuneração percebida pelo empregado, de acordo com os critérios legais. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visam à melhoria de sua condição social:

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.”

15. Nesse sentido, a Lei de Custeio da Seguridade Social em seu artigo 28, § 9º, "j", condicionou a não incidência de contribuição previdenciária ao atendimento dos critérios fixados em lei específica:

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

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (...)

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;”

16. Deste modo, para que uma empresa possa efetuar pagamentos aos seus funcionários do referido benefício, são necessários que se preencham alguns requisitos mínimos dispostos no artigo 2º, da Lei nº 10.101/2000:

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

I - comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;

II - convenção ou acordo coletivo.

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

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

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

17. Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, o exercício do direito assegurado pelo referido artigo começaria “com a edição da lei prevista no dispositivo para regulamentá-lo, diante da imperativa necessidade de integração”. (RE 398284, Relator Min. Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 23/09/2008). A seu turno, a regulamentação do dispositivo “somente ocorreu com a edição da Medida Provisória 794/94”, posteriormente convertida na Lei 10.101/00. (RE 393764 AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 25/11/2008)

18. É dizer: a não incidência da contribuição social previdenciária está adstrita aos pagamentos realizados a título de participação nos lucros ou resultados da empresa, pressupondo a observância mínima dos requisitos estabelecidos pela Lei nº 10.101/2000. Uma vez descaracterizado o benefício, as quantias em comento pagas pelo empregador a seus empregados ostentam a natureza de remuneração, passíveis, pois, de serem tributadas.

19. Vê-se que a argumentação da recorrente não prospera. Compulsando os autos e possível constatar que o acordo celebrado pela empresa para distribuir o que chama de “participação nos resultados” não atendeu as formalidades previstas em lei. Isso por que, o documento juntado aos autos pela recorrente não se trata de uma convenção coletiva de trabalho e sim um ofício encaminhado ao sindicato.

20. Tal documento não possui o condão de substituir a exigência legal, a qual exige para a validade do plano que este seja instituído por comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria ou

convenção ou acordo coletivo. Sendo que não há comprovação de que foi instaurado na empresa qualquer dos dois procedimentos.

21. Ademais, ainda que o documento de ff. 233-234 estabeleça regras aos empregados, como condição para obtenção do benefício, a empresa não demonstra qualquer participação dos empregados ou do sindicato da categoria na elaboração de tais normas, o que nos leva a identificar não um acordo cujas regras resultam de um acordo bilateral, mas sim, um ato unilateral da empresa, impondo aos empregados determinadas condições para o recebimento de uma verba.

22. Dessa forma, concluo que os valores pagos pela empresa a título de “participação nos resultados” deve integrar a base de cálculo das contribuições sociais previdenciárias, uma vez que não restaram cumpridas as condições estabelecidas pela norma de regência.

DA APLICAÇÃO DA MULTA

23. No que se refere à aplicação da multa, caso o Fisco identifique benefício penalidade nova ao contribuinte, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei 8.212/1991, assim disposto:

“Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996.”

24. E o citado art. 61, da Lei 9.430/96, por sua vez, assevera:

“Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.”

25. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

26. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei 9.430/1996, com a redação dada pela Lei 11.941/2009 ao art. 35 da Lei 8.212/1991, se mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

27. Por todo o exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para, no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para excluir da base de calculo das contribuições sociais previdenciárias os valores pagos nos primeiros quinze dias do auxilio doença e para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Mauro José Silva, Redator Designado

Apresentamos nossas considerações em sintonia com os aspectos do Acórdão para os quais fomos designados como Redator do voto vencedor.

Afastamento por doença. Primeiros quinze dias.

Tratamos aqui da incidência da contribuição previdenciária sobre os pagamentos ao empregado durante os primeiros quinze dias de afastamento por doença.

Inicialmente esclarecemos que tais pagamentos não têm a natureza jurídica de auxílio-doença, de benefício previdenciário, uma vez que este só existirá se o trabalhador ficar incapacitado por mais de quinze dias. Aqui não tratamos, portanto de auxílio-doença. É o que extraímos da Lei 8.213/91, *in verbis*:

Lei 8.213/91

Art. 59. O auxílio-doença será devido ao segurado que, havendo cumprido, quando for o caso, o período de carência exigido nesta Lei, ficar incapacitado para o seu trabalho ou para a sua atividade habitual por mais de 15 (quinze) dias consecutivos.

Parágrafo único. Não será devido auxílio-doença ao segurado que se filiar ao Regime Geral de Previdência Social já portador da doença ou da lesão invocada como causa para o benefício, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão.

Entendemos que o afastamento remunerado por até quinze dias do trabalho por motivo de doença é um direito do trabalhador que é suportado pelo empregador. Tem natureza similar ao 13º, às férias e ao descanso semanal remunerado.

O Relator acompanhou a reiterada jurisprudência e estabeleceu uma rígida relação entre remuneração e contraprestação de serviço. Só seria remuneração aquele pagamento estritamente ligado a uma contraprestação de serviço. Se assim considerarmos, não teria essa natureza o 13º, as férias e o descanso semanal remunerado. A relação contraprestacional não é direta, mas indireta nesse casos. O empregador sabe que deve pagar um salário pelo serviço prestado, bem como alguns benefícios concedidos legalmente, ou constitucionalmente em muitos casos, ao trabalhador. Entre tais benefícios está o de receber seu salário do empregador por até quinze dias em caso de doença. É uma relação contraprestacional indireta, mas existente. O argumento, usado em algumas jurisprudências, de que se trata de verba indenizatória falha ao não demonstrar qual é o dano causado pelo

empregador ao empregado que estaria sendo indenizado. Insistimos que não se trata de verba indenizatória, mas benefício decorrente da relação trabalhista e que compõe a folha de salários.

Como não há Recurso Repetitivo transitado em julgado no STJ sobre a matéria, ainda podemos, respeitosamente, contrariar o entendimento daquele Tribunal na esteira de nossas convicções.

Assim, votamos por NEGAR PROVIMENTO ao Recurso Voluntário nesse aspecto.

(assinado digitalmente)

Mauro José Silva – Redator Designado