



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

Processo nº 16327.001377/2010-13
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2403-002.093 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de junho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - OBRIGAÇÃO PRINCIPAL
Recorrente BANCO J.P. MORGAN S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/01/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - DECADÊNCIA - ARTS. 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE - De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional. Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal. Decadência com base no art. 150, § 4º do CTN por se tratar de diferenças de recolhimento..

SALÁRIO INDIRETO - VALE TRANSPORTE PAGO EM DINHEIRO - NATUREZA INDENIZATÓRIA - SÚMULA 60 DA AGU.

Não há incidência de contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, considerando o caráter indenizatório da verba.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - Apenas os pagamentos de verbas à título de PLR que cumprem os requisitos previstos na Lei 10.101/2000 não devem sofrer a incidência de contribuições previdenciárias, devendo ser excluídos do levantamento.

APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. Nos termos dos artigos 62 e 72, § 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2 do antigo 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar cumprimento à legislação vigente.

MULTA DE MORA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA. A multa de mora prevista na legislação anterior deve ser limitada a 20%, pela aplicação retroativa do atual artigo 35 da Lei nº 8.212/1991, diante das alterações veiculadas pela MP nº 449/2008 convertida na Lei nº 11.941/2009.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância. Acolher parcialmente a preliminar de decadência para excluir do lançamento as contribuições lançadas até a competência 09/2005. No mérito dar Provimento Parcial ao recurso para, por unanimidade de votos, excluir do levantamento os valores referentes ao vale transporte e a PLR 2006 pagos após 12/2006; e por maioria de votos determinar o recálculo da multa de mora nos termos do art. 35 da Lei 8.212 (art. 61 da Lei 9.430/96), prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

Carlos Alberto Mees Stringari,- Presidente

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Magalhães Peixoto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Maria Anselma Coscrato dos Santos.

Relatório

Trata-se Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, lavrado contra a empresa acima identificada, referentes à contribuição social correspondente à parte de Terceiros (Salário Educação e INCRA), no período de 01/2005 a 01/2007, com ciência do contribuinte em 29/10/2010.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls 14/23, o lançamento teve por fatos geradores: a) Vale Transporte e b) pagamento de Participação nos Resultados em desacordo com a Lei 10.101/2000.

Foi efetuado o levantamento sobre a rubrica Vale transporte uma vez que a fiscalização identificou o pagamento era efetuado em pecúnia aos segurados empregados

Sobre a Participação nos Lucros ou Resultados a fiscalização efetuou o lançamento por entender que: i) ausência de participação da entidade sindical da categoria nas PLR's celebradas nos anos de 2004 e 2005; ii) falta regras claras e objetivas, metas e mecanismos de aferição. iii) O acordo de 2006 foi assinado em dezembro daquele ano, ou seja, no final do período a ser avaliado.

Desta forma, considerou as distribuições efetuadas com base naquelas PLR's como sendo pagamentos efetuados em desacordo com os requisitos legais para exclusão das contribuições previdenciárias, ou seja, mera verba que complementa o salário.

Inconformada com Decisão de primeira instância (fls. 323/346), a empresa apresentou recurso onde alega em apertada síntese:

Em sede preliminar argüiu a nulidade da decisão de primeira instância ante a ausência de análise de todos os argumentos apresentados na defesa, em especial, a alegação de nulidade da autuação em face da extrapolação dos limites temporais do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, uma vez que este tinha como objeto a fiscalização de contribuições do período de 01/2005 a 01/2007 e exigiu documentação relativa a 2002 e 2004, ou seja, em período decaído.

Entende que, uma vez decaído o direito do Fisco questionar a legalidade dos planos de PLR celebrados em 2002 e 2004, não poderia lançar os valores relativos aos pagamentos realizados em 2005, posto que estes se originaram daqueles planos.

Que deve ser aplicada a decadência quinquenal das parcelas relativas às competências anteriores a 10/2005, com base no art. 150, § 4º do CTN.

Do Mérito

Sobre os valores pagos a título de vale transporte, a recorrente defende a não incidência de contribuições, traçando um histórico da legislação que trata do assunto citando ainda jurisprudência sobre a matéria.

Afirma que o TST autorizou aos bancos, como a recorrente, o pagamento do vale transporte em dinheiro ante sua natureza jurídica eminentemente indenizatória, razões pela qual jamais poderia compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Que tais verbas não se consubstanciam retribuição pelo trabalho, MS sim, para o trabalho pois se destinam unicamente a possibilitar o deslocamento residência-emprego e emprego-residência.

Cita doutrina e jurisprudência sobre o tema para afastar o caráter retributivo de tais verbas.

Com relação à PLR, afirma que a ausência do Sindicato nos Acordos de Participação nos Lucros e Resultados – PLR, não encontra respaldo na Lei 10.101/00 que não estabelece a adoção de qualquer procedimento nos casos em que o Sindicato se negue a participar da negociação, portanto, não deve proceder a pretensão fiscal.

Defende que, no caso em apreço, não devem ser aplicadas as disposições contidas nos arts. 616 e 617 da CLT, pois, eles apenas regulamentam as relações jurídicas vinculadas a Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, que são instrumentos de negociação que não se assemelham ao Acordo Próprio entre a empresa e os seus trabalhadores.

Entende estar diante de uma obrigação impossível de ser cumprida já que a recorrente não possuía qualquer subsídio legal capaz de obrigar o Sindicato a participar das negociações de PLR.

No que tange a alegação da decisão de primeira instância deu que não constavam regras claras e objetivas e mecanismo de aferição, a recorrente se insurge aduzindo que a decisão recorrida se calcou em duas premissas equivocadas.

Afirma que os mecanismos de aferição previstos nos Acordos de PLR são as avaliações de desempenho relacionadas a três critérios de resultados: Resultados Cooperativos; Resultados das Areas e Resultados Individuais.

Informa que nos Anexos que integram os Acordos de PLR estão expressa, clara e objetivamente descritos todos os critérios utilizados na distribuição das PLR, em conformidade com o que foi negociado com os trabalhadores. Transcreve os trechos do Anexo para corroborar suas afirmações.

Mantém este raciocínio argumentando que todos os elementos objetivos necessários à configuração do merecimento ou não do PLR são claros e respeitaram o tratamento isonômico dispensado a todos os trabalhadores.

Conclui que, o fato das avaliações de desempenho terem sido efetuadas pelos gerentes ou supervisores não afronta a Lei 10.101/00 e questiona “a quem a DRJ esperava ver outorgada a competência para a definição de metas e resultados que fundamentam a PLR e a atividade empresarial da Recorrente?”

Defende que a Lei 10101/00 não exige que os acordos prevejam metas ou valores de forma detalhada ou numérica e que, o art. 2º, § 1º, inciso II da referida lei trata de mera faculdade arrolada pelo legislador que apontou alguns critérios que poderiam ser utilizados na elaboração de um acordo de PLR.

Cita o art. 7º, inciso XI da Constituição Federal para defender a não incidência de contribuição social sobre o pagamento de valores a título de participação nos

lucros, sendo o requisito essencial, a existência de lucros e resultados a serem compartilhados com o empregado e que qualquer outra condição decorrente de legislação ordinária, que torne impeditivo o gozo de direito garantido pela Constituição Federal deve ser entendida como inconstitucional. Colaciona jurisprudência deste conselho para sustentar suas alegações;

Sobre a ausência de negociação prévia das metas que fundamentam os pagamentos de PLR, afirma que qualquer acordo somente pode ser assinado após o encerramento de um período prévio de negociações e que muitas vezes este período pode ser bastante extenso.

Que as negociações entre a recorrente, a comissão de empregados e o Sindicato ocorreram antes do período ao qual o desempenho dos empregados seria analisado para a verificação de alcance de resultados para fins de direito ao recebimento de PLR e ainda que o Acordo tenha sido assinado próximo ao final do período no qual houve essa análise, as negociações e a própria fixação de tais critérios ocorreram em período anterior, ou seja em tempo hábil para que os empregados soubessem qual a performance era esperada pela empresa. Ademais os acordos de PLR em nada inovaram, quando comparados com os programas que vinham sendo utilizados desde 1999 e aos quais os empregados já estavam bastante familiarizados.

Insurge-se contra a cobrança da Contribuição Adicional de 2,5% e pugna pela revisão da multa plicada para a aplicação da Lei 11.941/09, à fim de se adequar à legislação em vigor na época dos fatos. Considera ilegal a majoração da multa pelo decurso de tempo por ter sido revogado o art. 35 da Lei 8212/91 após a edição da MP 449/2008.

Requer o provimento do recurso cancelando o presente Auto de Infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Das preliminares

Da nulidade da Decisão de Primeira Instância

A alegada nulidade da decisão de primeira instância ante a ausência de análise de todos os argumentos apresentados na defesa, em especial, a alegação de nulidade da autuação em face da extrapolção dos limites temporais do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, não deve prosperar.

Do que se verifica na decisão guerreada, em especial nos itens 6.0 a 6.10 (fls.341 e 342), o julgador de primeira instância refutou clara e objetivamente os argumentos da recorrente, acerca da referida nulidade, não havendo razão para se argumentar que não houve a análise da questão trazida na impugnação.

Já com relação a exigência de documentos que estaria abarcada pelo período decadencial, entendo não haver razão ao recorrente. Na verdade o que foi lançado na presente autuação foram valores relativos a fatos geradores ocorridos entre 01/2005 a 01/2007. A solicitação da Convenção Coletiva de Trabalho assinada em 2004 que estabelecia os pagamentos de PLR em 2005, a meu ver, somente beneficiou a recorrente.

É através do referido documento, que se verifica a regularidade ou não dos pagamentos efetuados pela recorrente. Caso não tivesse sido apresentado tal Acordo, como a recorrente comprovaria, por exemplo, que atendeu aos requisitos contidos na Lei 10.101/00, quando do pagamento das PLR's a seus empregados?

Ademais, se a razão da presente autuação fosse em virtude da não entrega de documentos atingidos pela decadência quinquenal, poderíamos até enfrentar esta questão e decidir se a recorrente estaria ou não com a razão. Contudo, não é esta a discussão que deve ser tratada nos presentes autos.

Da Decadência

A decadência suscitada pela recorrente merece parcial acolhimento.

O STF em julgamento proferido em 12 de junho de 2008 declarou a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/1991, tendo inclusive no intuito de eximir qualquer questionamento quanto ao alcance da referida decisão, editado a Súmula Vinculante de n° 8, *in verbis*:

Súmula Vinculante n° 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

O texto constitucional em seu art. 103-A deixa claro a extensão dos efeitos da aprovação da súmula vinculando, obrigando toda a administração pública ao cumprimento de seus preceitos. Dessa forma, entendo que este colegiado deverá aplicá-la de pronto, mesmo nos casos em que não argüida a decadência quinquenal por parte dos recorrentes. Assim, prescreve o artigo em questão:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Ao declarar a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 prevalecem as disposições contidas no Código Tributário Nacional – CTN, quanto ao prazo para a autoridade previdenciária constituir os créditos resultantes do inadimplemento de obrigações previdenciárias.

A decisão de primeira instância, embora tenha acolhido a determinação da Súmula 08 do STF, entendeu pela aplicação do art. 173, I do CTN, o que no meu entendimento está equivocado.

No presente caso o a notificação foi lavrada em outubro de 2010, conforme se verifica as fls. 02 e as contribuições mantidas pela decisão de primeira instância referem-se às competências 01/2005 a 01/2007, o que fulmina parcialmente o direito do fisco de constituir o lançamento, com base no art. 150, § 4º do CTN, uma vez que houve a cobrança, na presente autuação, de diferenças de recolhimento devendo serem excluídas do lançamento as contribuições lançadas até a competência 09/2005.

Do mérito

Inicialmente cumpre esclarecer que, como já dito no recurso, as exigências referem-se ao levantamento Vale Transporte e aos Planos de Participação nos Resultados – PPR's firmados entre a recorrente e seus colaboradores.

DO VALE TRANSPORTE

A fiscalização efetuou o levantamento dos valores pagos a título de vale transporte por ter identificado que tal benefício foi feito em pecúnia. Ocorre que, em virtude de reiteradas decisões dos tribunais superiores entendendo que referida verba tem caráter indenizatório, a Advocacia Geral da União – AGU, publicou no final de 2011, a Súmula de nº 60 onde reconhece não incidir contribuições previdenciárias sobre tais verbas.

SÚMULA AGU Nº 60, DE 08 DE DEZEMBRO DE 2011 - DOU DE 09/12/2011 O ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO, no uso das atribuições que lhe conferem o art. 4º, inc. XII, e tendo em vista o disposto nos arts. 28, inc. II, e 43, caput, § 1º, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, no art. 38, § 1º, inc. II, da Medida Provisória nº 2.169-43, de 24 de agosto de 2001, no art. 17-A, inciso II, da Lei nº 9.650, de 27 de maio de 2008,

1998, e nos arts. 2º e 3º, do Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997, bem como o contido no Ato Regimental/AGU nº 1, de 02 de julho de 2008, resolve:

"Não há incidência de contribuição previdenciária sobre o vale-transporte pago em pecúnia, considerando o caráter indenizatório da verba".

Desta forma, corroborando com o entendimento jurisprudencial e da mencionada Súmula, entendo que devem ser excluídos do presente levantamento, os valores lançados sobre a rubrica Vale Transporte.

DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PLR

A legislação previdenciária é clara quando destaca, em seu art. 28, §9º, quais as verbas que não integram o salário de contribuição. Tais parcelas não sofrem incidência de contribuições previdenciárias, seja por sua natureza indenizatória ou assistencial, nestas palavras:

Art. 28 (...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97)

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

A legislação específica de que trata referido a alínea acima transcrita é a Lei 10.101/2000. No presente caso, transcrevemos os dispositivos da lei que a fiscalização e a DRJ entenderam ter sido infringidos:

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 acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

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

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

§2º— O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

(...)

Art.3º- A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.

(...)

§2º-É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil

Tratemos então da análise apartada das razões que levaram o órgão julgador de primeira instância a manter os levantamentos ora combatidos.

I –PLR sem a participação dos Sindicatos

Discordo em parte da decisão de primeira instância com relação a ausência de representante sindical nos Planos realizados pela recorrente. É certo que tanto a legislação quanto a jurisprudência administrativa são direcionadas no sentido de ser obrigatória a participação do sindicato na negociação de PLR, para que não incida contribuições sobre as parcelas pagas à este título.

Este assunto foi tratado no Acórdão nº 9202-00503, da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de 09/03/2010, de relatoria do conselheiro Elias Sampaio Freire, que assim tratou a matéria:

“PREVIDENCIÁRIO. CUSTEIO. NFLD. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. OBSERVÂNCIA DA LEGISLAÇÃO REGULAMENTADORA.

A teor do art. 7º, XI, da Constituição, constitui direito dos trabalhadores urbanos e rurais a "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei".

Devem ser tributadas parcelas distribuídas a título de participação nos lucros ou resultados ao arrepio da legislação federal.

Os critérios para a fixação dos direitos de participação nos resultados da empresa devem ser fixados, soberanamente, pelas partes interessadas. O termo usado - podendo - é próprio das normas facultativas, não das normas cogentes. A lei não determina que, entre tais critérios, se incluam os arrolados nos incisos I (índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa) e II (programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente) do § 1º do art. 2º da Lei nº 10.101/00, apenas o autoriza ou sugere.

A Constituição reconhece amplamente a validade das convenções e acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI) e a

função da negociação coletiva é obter melhores condições de trabalho e cobrir os espaços que a lei deixa em branco.

O legislador ordinário, procurando não interferir nas relações entre a empresa e seus empregados e atento ao verdadeiro conteúdo do inciso XI do art. 7º da Constituição, limitou-se a prever 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.

A lei não prevê a obrigatoriedade de que no acordo coletivo negociado haja a expressa previsão fixação do percentual ou montante a ser distribuído em cada exercício.

Existe sim, a obrigação de se negociar com os empregados regras claras e objetivas, combinando de que forma e quando haverá liberação de valores, caso os objetivos e metas estabelecidas e negociadas forem atingidas.

Considerando as cláusulas do acordo coletivo firmado há de se concluir que foram atendidas as exigências de que dos instrumentos decorrentes da negociação entre empregador e empregados constem 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 O legislador não fez previsão de exigência no sentido de que as parcelas pagas a título de participação de lucros ou resultados fossem extensivas a todos os empregados da empresa para que houvesse a não incidência de contribuição previdenciária.

Para que não haja incidência de contribuições previdenciárias, a PLR paga a empregados deve resultar de negociação entre a empresa e seus empregados, por comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; e/ou por convenção ou acordo coletivo.(grifei)

O enquadramento sindical deve levar em consideração a base territorial do local da prestação dos serviços. Esta regra deve ser ressalvada quando se tornar necessária a observância dos princípios constitucionais que prescrevem a irredutibilidade de salários e do direito adquirido e, ainda, na hipótese de transferência temporária do empregado.

(...)

No presente caso, conforme se verifica às fls. 89/96, no Acordo Coletivo realizado em 2002 e vigente 2004/2005 e 2005/2006 não houve a presença de membro do sindicato.

Com relação à PLR 2006/2007, o Acordo tem sim a participação de Sindicato, porém este acordo não está sendo lançado pela falta de representante sindical mas por ter sido assinado no final do ano calendário.

II – Falta de comprovação de programas de metas, resultados e prazos pactuados previamente e de regras claras e objetivas

Também entendo como equivocados os entendimentos da fiscalização e do julgador de primeira instância no que se refere a este requisito.

Analizando nas CCT's juntadas aos autos, em especial nos seus anexos, entendo estarem presentes, não só as regras claras e metas a serem atendidas, bem como a forma de aferição utilizada no cálculo da PLR.

O fato de haver valores fixos de piso e teto, por si só, não serve para desmerecer o acordo firmado entre as partes. É certo que, não havendo lucro, não haverá distribuição, mas havendo um lucro, ainda que mínimo, é razoável que haja uma distribuição também mínima prevista na convenção.

Do Acordo firmado no final do Período – PLR 2006

Com relação ao argumento da fiscalização de que o Acordo da PLR 2006/2007 ter sido assinado no final do período, entendo que este fato não descaracteriza o caráter da verba. Ao meu ver, o acordo deve ser assinado antes do pagamento.

Ademais, se observamos as CCT's e Acordos Coletivos constantes dos autos, verificamos que as regras, metas e formas de aferição são quase sempre as mesmas, com algumas pequenas modificações pontuais, logo, já havia o conhecimento dos procedimentos por parte dos trabalhadores e conseqüentemente a expectativa do recebimento da PLR, o que gera a motivação pretendida pela lei.

DO ADICIONAL DE 2,5% E MAJORAÇÃO DE MULTA

Sobre o adicional de 2,5% e a ilegalidade da majoração da multa, não cabe aqui tecermos maiores comentários já que estes decorrem de Lei e a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

O art. 62 da Portaria MF nº 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, veda tais apreciações, nos seguinte termos:

“Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

Também a Sumula nº 02, do 2º Conselho de Contribuintes é no mesmo sentido.

Sumula 02

“O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.”

DA MULTA

No que se refere a multa aplicada, corroboro do entendimento majoritário deste colegiado no seguinte sentido:

Em relação às competências onde foram apuradas diferenças entre os montantes depositados e aqueles apurados pela Fiscalização, entendo que a multa de mora lançada deve ser limitada a 20%, em atendimento ao princípio da retroatividade benigna, nos termos como fundamentado a seguir.

Antes das alterações introduzidas pela MP 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, a multa moratória encontrava previsão no art. 35 da Lei nº 8.212/1991. Vejamos o que dispunha o referido dispositivo, com a redação vigente à época dos fatos geradores:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos:

(...)

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS;

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) trinta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;

b) trinta e cinco por cento, se houve parcelamento;

c) quarenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;

d) cinquenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.

...

Como se infere da norma acima colacionada, a multa moratória incluída em notificação fiscal de lançamento ou Dívida Ativa era progressiva, aumentando a depender da fase em que se efetivasse o pagamento ou parcelamento do crédito tributário, podendo alcançar o patamar de 100% caso parcelada depois de ajuizada a execução fiscal.

Ocorre que atualmente se encontra em vigor norma punitiva mais benéfica, já que o art. 35 da Lei nº 8.212/91, com a redação veiculada pela Lei nº 11.941/2009, passou a determinar a aplicação do art. 61 da Lei nº 9.430/96 aos débitos previdenciários, segundo o qual **a penalidade moratória não pode ultrapassar o percentual de 20%.**

Ou seja, a multa de mora, antes progressiva e lançada de ofício, deve ser limitada a 20%, em observância ao quanto disposto no art. 61 da Lei n. 9.430/1996.

Isto porque, apesar de a lei tributária de regência ser aquela em vigor à época da ocorrência do fato gerador, adota-se a retroatividade benigna quando a lei posterior comine à infração penalidade menos gravosa, nos termos do art. 106, II, 'a' do CTN (Código Tributário Nacional).

Esse é, inclusive, o posicionamento adotado por esta turma, conforme se verifica do excerto abaixo transcrito:

“A multa de mora aplicada teve por base o artigo 35 da Lei 8.212/91, que determinava aplicação de multa que progredia conforme a fase e o decorrer do tempo e que poderia atingir 50% na fase administrativa e 100% na fase de execução fiscal. Ocorre que esse artigo foi alterado pela Lei 11.941/2009, que estabeleceu que os débitos referentes a contribuições não pagas nos prazos previstos em legislação serão acrescidos de multa de mora nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, que estabelece multa de 0,33% ao dia, limitada a 20%. Visto que o artigo 106, II, c do CTN determina a aplicação retroativa da lei quando, tratando-se de ato não definitivamente julgado, lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática, princípio da retroatividade benigna, impõe-se o cálculo da multa com base no artigo 61 da Lei 9.430/96 para compará-la com a multa aplicada com base na redação anterior do artigo 35 da Lei 8.212/91 (presente no crédito lançado neste processo) para determinação e prevalência da multa mais benéfica.”

Como se verifica dos demonstrativos da peça acusatória, a multa de mora aplicada correspondeu a 30% do crédito tributário lançado, com fundamento no art. 35 da Lei 8.212/91, com redação vigente à época dos fatos geradores, pelo que reconheço a retroatividade benigna, devendo a multa de mora se limitar a 20%.

Ante ao exposto, VOTO no sentido de CONHECER DO RECURSO para, Rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância, Acolher parcialmente a preliminar de decadência para excluir do lançamento as contribuições lançadas até a competência 09/2005 e no mérito Dar-lhe Provimento Parcial para excluir do levantamento os valores referentes ao Vale Transporte e à PLR 2006. Com relação à multa, aplicar o art. 35 da Lei 8212/91

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator