



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

Processo nº 19740.720232/2009-99
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-003.713 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de setembro de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente ICATU HARTFORD CAPITALIZACAO S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

Auto de Infração DEBCAD sob nº 37.225.677-5

Consolidado em 07/01/2009

JULGAMENTO EM CONJUNTO DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

Guardando semelhança processos administrativos onde oriundos de mesma autuação fiscal, não há prejuízo processual e de mérito a sua defesa e julgamento a serem realizados num mesmo momento.

No caso em tela a autuação fiscal realizou vários autos de infração contra a Recorrente e guardam semelhança.

DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS e DAS PREVISÕES LEGAIS ACERCA DA PLR. DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À TRIBUTAÇÃO DA PLR. DO ESTÍMULO ÀS EMPRESAS À DISTRIBUIÇÃO DE SEUS LUCROS

Convenção Coletiva de Trabalho não pode superar a legislação que dirime a Participação nos Lucros e Resultados das empresas.

No caso em tela a Recorrente diz que havia uma PLR do sindicato da categoria e que este previa um pagamento semestral ao ano. Diz que o julgou de pouca eficiência e criou o seu, onde houve a conhecidência de pagamento, superando a exigência da Lei 10.101/2000, havendo mais de dois pagamentos ao ano. Assumiu o risco, pois poderia não seguir o da CCT, através do manto judicial ou o seguia.

Há de se seguir o determinado pela CF regulamentado pela Lei nº 10.101/00, e por isto é obrigação observado se foi trilhado pelas partes que negociaram o instrumento definidor das regras de participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas a subordinação às regras.

Nesta seara, a Recorrente olvidou de seguir o regramento quanto ao pagamento em mais de uma vez no mesmo semestres e duas ao ano

Há na Carta Maior o estímulo à distribuição de seus lucros pelas empresas aos seus empregados através de PLR, verificando ser uma forma de distribuição de riqueza.

Isto não implica que será realizado de qualquer forma, desrespeitando a lei de regência, como aconteceu no presente caso.

PLANO DE LUCROS E RESULTADOS. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. PAGAMENTO EM UM SEMESTRE CIVIL. REGULAR. NÃO INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

No caso em tela a PLR realizada junto ao sindicato da categoria não apresenta anomalia, coincidindo o pagamento em um mesmo semestre civil, por conta de outro PLR realizado pela Recorrente, cujo qual, sendo desconsiderado não haverá mais de um pagamento no mesmo semestre. Razão pela qual encontra-se em plena sintonia com a legislação de regência.

AJUDA DE CUSTO - DO PAGAMENTO DA AJUDA DE CUSTO 'STRICTO SENSU'

REDATOR A SER DESIGNADO - ENVIAR PARA DRº MARCELO

AUXÍLIO - BABÁ

Auxílio-babá tem a mesma natureza do auxílio-creche, onde já se encontra sumulado no CARF, não incidindo contribuição previdenciária.

No caso em tela, a empresa não prestou as informações relativas ao seu pagamento, ao não apresentar os comprovantes do pagamento da remuneração às pessoas contratadas para cuidar dos filhos de segurados empregados, onde passou a incidir contribuição, por desrespeito ao artigo 28, parágrafo 9º, "s" da Lei 8.212/1991 que não deixa dúvidas da necessidade de provar as despesas realizadas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado: I) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso voluntário, no que tange à não incidência de contribuição sobre as parcelas relativas a Participação nos Lucros e Resultados (PLR). Vencido o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, que dava provimento total ao recurso nesta questão; b) em dar provimento parcial ao recurso, a fim de que incida contribuição sobre os pagamentos a título de PLR somente nas parcelas que excederem a duas vezes no mesmo ano civil, nos termos do voto do Relator. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em negar provimento ao recurso nesta questão; c) em negar provimento ao recurso, na questão da retenção, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, que votou em dar provimento ao recurso nesta questão; II) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao Recurso na questão da ajuda de custo, nos termos do voto do Redator. Vencido os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Adriano Gonzáles Silvério e Wilson Antônio de Souza Correa, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; b) em não conhecer de ofício da questão da multa, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva e Adriano Gonzáles Silvério, que conheciam de ofício sobre essa questão; III) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso

nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). (assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente e redator *ad hoc* na data de formalização do acórdão.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marcelo Oliveira, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério e Wilson Antonio de Souza Corrêa.

Relatório

Conselheiro João Bellini Júnior

Para registro e esclarecimento, consigno que, pelo fato do conselheiro Wilson Antonio de Souza Corrêa, relator original, ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designado *ad hoc* para fazê-lo.

Esclareço que aqui reproduzo o relatório e voto deixado pelo conselheiro nos sistemas internos do CARF, com o qual não necessariamente concordo.

Feito o registro.

Auto de Infração contra a Recorrente e refere-se às contribuições sociais correspondentes à parte da empresa e as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente de riscos ambientais de trabalho tendo como fatos geradores: a) o pagamento de Participação nos Resultados em desacordo com a Lei 10.101/2000, no período de 01/2005 a 12/2006; b) o pagamento de ajuda de custo a segurados empregados recém contratados; c) o pagamento de auxílio-babá sem o cumprimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 214, § 9º, XXIV, do Decreto 3.048/1999; d) os pagamentos feitos a segurados contribuintes individuais declarados em DIRF como rendimentos do trabalho sem vínculo empregatício e não informados em GFIP.

Inconformada com a autuação interpôs impugnação, com suas razões, cujas quais não foram suficientes para modificarem o lançamento, sendo julgada improcedente.

Em 29.MAR.2011 foi intimada da decisão de piso e em 25.ABR.2011 aviou o presente recurso voluntário, alegando: i) julgamento em conjunto aos processos administrativos 19.740.720233/2009-33 e 19.740.720236/2009-77; ii) da PLR; iii) das previsões legais acerca da PLR; iv) dos instrumentos coletivos celebrados pela Recorrente; v) da vedação constitucional à tributação da PLR; vi) do estímulo às empresas à distribuição de seus lucros; vii) posicionamento do STJ; viii) ajuda de custo – do pagamento da ajuda de custo ‘*stricto sensu*’; ix) da eventualidade no pagamento da ajuda de custo; x) auxílio-babá; xi) da legislação que regulamenta a concessão do auxílio-babá; xii) da concessão do auxílio-babá por força de convenção coletiva de trabalho; xiii) do caráter indenizatório do auxílio-babá independentemente da apresentação dos comprovantes de reembolso; xiv) da documentação desconsiderada pela fiscalização.

É a síntese do necessário.

O processo foi distribuído para este redator *ad hoc* em 15/03/2017.

Voto

Conselheiro João Bellini Júnior

Para registro e esclarecimento, consigno que, pelo fato do conselheiro Wilson Antonio de Souza Corrêa, relator original, ter deixado o CARF antes de sua formalização, fui designado *ad hoc* para fazê-lo.

Esclareço que aqui reproduzo o relatório e voto deixado pelo conselheiro nos sistemas internos do CARF, com o qual não necessariamente concordo.

Feito o registro.

O presente Recurso Voluntário acode os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual, desde já, dele conheço.

i) JULGAMENTO EM CONJUNTO AOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS 19.740.720232/2009-99 E 19.740.720236/2009-77

Diz a Recorrente que na autuação fiscal vários autos de infração foram lavrados contra si, sendo que deles, muitos guardam semelhança na autuação e na defesa, razão pela qual elaborou uma única peça defensiva.

Não há prejuízo o que requerido pela Recorrente, até porque de fato serão julgados numa mesma sessão, sem prejuízo para defesa, ou melhor, para as partes interessadas.

DA PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS e DAS PREVISÕES LEGAIS ACERCA DA PLR - DOS INSTRUMENTOS COLETIVOS CELEBRADOS PELA RECORRENTE

Reconhece a Recorrente que nos anos de 2005 e 2006 efetuou mais de duas distribuições de PLR, mas segundo alega, em razão da obrigatoriedade do cumprimento da Convenção Coletiva de Trabalho firmado com o Sindicato da categoria de seus empregados (com força de norma cogente – artigo 7º, XXVI da Constituição Federal c/c artigo 611 da Consolidação das Leis do Trabalho) em conjunto com seu programa específico de PLR.

Faz um breve historio da legislação da PLR.

Diz a Recorrente ser empresa que atua na área de capitalização, onde induz ao caminho de que o incentivo é a forma mais estimulante para obtenção de resultados.

Alega que para os anos de 2005 e 2006 o Sindicato da Categoria de seus empregados celebrou Convenção Coletiva de Trabalho prevendo a PLR, com um pagamento obrigatório e outro facultativo, caso a empresa tivesse o seu próprio PLR.

Para estimular seus empregados, por certo, por julgar ‘fraco’ o PLR do Sindicato resolveu criar o seu próprio PLR, respeitando todas as diretrizes da lei de regência, segundo alega.

Todavia, assim não penso, eis que se acudisse de fato a legislação veria que o §º 2º do artigo 3º da Lei 10.101/2000 impede o pagamento de PLR em periodicidade inferior a

um semestre civil, ou mais de duas vezes ao ano, o que impediria de constituir sua própria PLR, sem assumir o risco, como de fato assumiu. Vide artigo em comento, abaixo:

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. (GN)

Ora, com a devida vênia, não se pode crer que a Recorrente não tinha conhecimento do dispositivo de lei supra, não imaginando que tal comportamento de criar a sua PLR em conjunto com a do Sindicato por certo lhe acarretaria, como de fato acarretou dissabores perante a fiscalização previdenciária.

Por outro lado, não posso concordar com a alegação de que a CCT tenha tamanha força cogente que impeça a Recorrente, se de fato insatisfeita com a PLR do Sindicato, de procurar o pálio da Justiça para fazer valer a sua PLR ao invés da PLR do Sindicato, eis que o Julgador em análise da lei de regência, onde, esta sim, cogente, impede o pagamento em mais de duas vezes no mesmo ano civil, e, de frente com uma PLR (sua) superior derrubaria a imperatividade da imposta pela CCT.

O que não pode é comparar a força de uma CCT com uma legislação federal. Não se pode admitir que os sindicatos tenham força legislativa, como quer a Recorrente, dizendo que eles possuem caráter imperativo de criar normas e regras acima daquela que saem do Poder Legislativo.

No meu entender a Recorrente, conhecedora da legislação assumiu o risco em detrimento à lei federal, sabendo que estava descumprindo-a, razão pela qual não vejo fundamento nas alegações defensivas, quanto a PLR.

Desaprovo, portanto, neste quesito, não reconhecendo as suas alegações.

DA VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL À TRIBUTAÇÃO DA PLR

Discorre a Recorrente da vedação constitucional à tributação da PLR, com suas fortíssimas razões, cujas quais não há de se discordar.

Mas, não olvidemos que o legislador, que inseriu o comando do artigo 3º da Lei nº 10.101/00, que a participação nos lucros e resultados "*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*" não teve como objetivo isentar de encargos toda e qualquer verba paga a título de "PLR". Isto porque nem tudo que é pago a título de PLR é realmente PLR.

Creio que nos casos concretos deve-se verificar se o conceito trazido na Constituição Federal e regulamentado na Lei nº 10.101/00 foi observado pelas partes que

negociaram o instrumento definidor das regras de participação dos empregados nos lucros ou resultados das empresas.

Nesta seara, tenho que assiste razão à Recorrente nos seus perfulgentes ensinamentos quanto à vedação da Carta Maior em tributar a PLR. Mas, olvidou tão somente que isto ocorrerá deste que haja subordinação à lei que regulamenta a PLR. O que não ocorreu no caso em tela.

Sem razão a Recorrente.

DO ESTÍMULO ÀS EMPRESAS À DISTRIBUIÇÃO DE SEUS LUCROS

Diz que a Carta Maior estimula a distribuição de seus lucros pelas empresas aos seus empregados através de PLR, verificando ser uma forma de distribuição de riqueza, mas que as empresas não terão como seguir tal preceito em razão de altíssima carga previdenciária em razão de descumprimento de pequenas formalidades.

Da mesma forma, tem-se que as empresas não sofreriam autuações se cumprissem meras formalidades, como é o caso de respeito à Lei 10.101/2000.

Traz posicionamento do STJ, cujos quais não vislumbro enquadramento ao caso em tela, não modificando o nosso entender.

Portanto, não assiste razão a Recorrente.

Entretanto, vejo que a PLR da REcorrente não aponta outras anomalias, além de ter realizado duas ao ano que acarretou mais de um pagamento no semestre civil, agredindo, como acima transcrito, o § 2º do artigo 3º da Lei nº 10.101/2000.

Desta forma, considerando a segurança que o primeiro PLR tem, por ter sido elaborado junto com o sindicato do trabalhador, e, como é o caso, não havendo nenhuma anomalia, este não deve compor a base de cálculo do lançamento.

Assim, excluo do lançamento o PLR oriundo da CCT, não devendo incidir contribuição previdenciária.

AJUDA DE CUSTO – DO PAGAMENTO DA AJUDA DE CUSTO '*STRICTO SENSU*'

Em síntese e em consonância com a legislação diz a Recorrente que ajuda de custo é uma forma compensatória de retribuir a empregados que mudam de domicílio a serviço do empregador, paga uma única vez.

Diz que no caso em tela isto aconteceu, onde reconheceu a fiscalização a natureza do pagamento realizado em uma única vez, mas que não aceitou como verba indenizatória eis que o funcionária o recebeu ao entrar na empresa.

Alega a Recorrente que este funcionário veio de outra localidade a que foi efetivado.

Este aspecto parece-me que merece acolhida as alegações da Recorrente, ainda que não tenha o funcionário vindo de outra localidade, eis que o pagamento foi reconhecidamente pela fiscalização realizado em uma única vez, não configurando quesitos necessários para enquadramento de verba remuneratória.

Fortalece ainda o caráter indenizatório, como dito no recurso, a eventualidade do pagamento e o próprio artigo 28, § 9º, G da Lei 8.212/91, quando esta trata tão somente da mudança do local de trabalho, não havendo qualquer exigência específica quanto a necessidade de transferência entre estabelecimento da empresa.

Com razão.

AUXÍLIO – BABÁ

Segundo relatório fiscal, a empresa não prestou as informações relativas ao seu pagamento, ao não apresentar os comprovantes do pagamento da remuneração às pessoas contratadas para cuidar dos filhos de segurados empregados.

Neste diapasão não podemos olvidar que o artigo 28, parágrafo 9º, "s" da Lei 8.212/1991 é bem cristalino ao determinar que não integra o salário de contribuição apenas o reembolso creche pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade, **quando comprovadas as despesas realizadas**.

Mas, não é só, pois o inciso XXIV, do § 9º, do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999 e o § 10 do mesmo diploma legal, dispõe:

Art. 214

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

(...) ...

XXIV - o reembolso babá, limitado ao menor salário-de-contribuição mensal e condicionado à comprovação do registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social da empregada, do pagamento da remuneração e do recolhimento da contribuição previdenciária, pago em conformidade com a legislação trabalhista, observado o limite máximo de seis anos de idade da criança; (Inciso acrescentado pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

(...)

§ 10. As parcelas referidas no parágrafo anterior, quando pagas ou creditadas em desacordo com a legislação pertinente, integram o salário-de-contribuição para todos os fins e efeitos, sem prejuízo da aplicação das cominações legais cabíveis. (GN)

Cotejando os autos **não** se verifica, de fato, os comprovantes de pagamento realizadas às pessoas contratadas para cuidar dos filhos de segurados empregados.

Como dizem os latinos: “Na clareza da lei cessa sua interpretação”. Razão pela qual não conheço os argumentos da Recorrente, devendo incidir contribuição previdenciária nesta exação.

Sem razão a Recorrente.

DAS DIFERENÇAS DE RETENÇÃO DE 11%

Diz a Recorrente que os valores pagos a título de reembolso de plano de saúde previstos nos contratos com cessão de mão-de-obra celebrados por ela não integram o cálculo da retenção de 11%, já que a assistência médica não é parcela integrante do salário-de-contribuição, não devendo ser entendido o rol de exclusões previsto no art. 152 da IN 03/2005 como taxativo. 'In verbis':

“Art. 152. Poderão ser deduzidas da base de cálculo da retenção as parcelas que estiverem discriminadas na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, que correspondam:

I - ao custo da alimentação in natura fornecida pela contratada, de acordo com os programas de alimentação aprovados pelo MTE, conforme Lei nº 6.321, de 1976;

II - ao fornecimento de vale-transporte, de conformidade com a legislação

própria.”

De fato, assiste razão a Recorrente quanto ao objeto da regra da retenção do art. 31, da Lei 8.212/1991, antecipando o recolhimento de um tributo devido.

Neste diapasão, coaduno com a REcorrente de que as exclusões constantes no artigo acima transcrito não devem ser entendidas como taxativas, eis que no caput do mesmo não consta o termo “exclusivamente”. As hipóteses previstas na legislação foram explicitadas por serem mais usuais nos contratos de prestação de serviços.

Entretanto, haveria de ser deduzida da base de cálculo do lançamento se os valores de assistência médica reembolsada pela Recorrente acudisse a determinação do disposto no art. 28, § 9º, “q”, da Lei 8.212/1991, *in verbis*:

“Art. 28

(...)

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

(...)

q) o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio da empresa ou por ela conveniado, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, despesas médico-hospitalares e outras similares, desde que a cobertura abranja a totalidade dos empregados e dirigentes da empresa;(g.n.)

Todavia, compulsando os autos observei da ausência de tais comprovantes de que todos os empregados e dirigentes das empresas prestadoras de serviços contratadas mediante cessão de mão-de-obra tinham cobertura dos respectivos planos de saúde, não há como se acatar a alegação da REcorrente de que se está cobrando uma antecipação de tributo sobre parcela sem incidência de contribuição previdenciária.

Ora, para acudir os dispositivos supra, deveria a Recorrente ter demonstrado os comprovantes, como acima mencionado, sendo isto um ônus seu, não realizado.

Nestas razões, penso que não há imperfeição no lançamento, devendo ser mantido na forma que foi realizado.

MATÉRIAS NÃO RECORRIDAS.

Urge tratar das matérias não suscitadas em seu recurso, cujas quais penso não constituir matéria de ordem pública, já que estas normas (ordem pública) são aquelas de aplicação imperativa que visam diretamente a tutela de interesses da sociedade, o que não é o caso.

Neste diapasão tenho que a ‘Ordem Pública’ significa dizer do desejo social de justiça, assim caracterizado porque há de se resguardar os valores fundamentais e essenciais, para construção de um ordenamento jurídico ‘JUSTO’, tutelando o estado democrático de direito.

Por outro lado, julgar matéria não questionada e que não trate do interesse público é decisão ‘extra petita’, como é o caso em tela onde a multa não foi anatematizada pelo Recorrente, e que tem o meu pronunciamento de aplicação da multa mais favorável ao contribuinte, mas que neste momento não julgo a questão, eis que não refutada no recurso e não se trata de matéria de ordem pública.

Tem o meu voto no sentido de que matéria não recorrida é matéria atingida pela instituição do trânsito em julgado, mesmo as matérias de ordem pública não pré-questionadas, porque, em não sendo pré-questionadas há limite para cognição.

Das pesquisas realizadas para definir o que seja ‘matéria de ordem pública’, parece-nos que a mais completa seja a de Fábio Ramazzini Becha, que peço vênha para transcrevê-la:

“.. Matéria de Ordem Pública trata-se de conceito indeterminado, a dificuldade de interpretação é maior do que nos conceitos legais determinados. ...

Prossegue:

“... A ordem pública enquanto conceito indeterminado, caracterizado pela falta de precisão e ausência de determinismo em seu conteúdo, mas que apresenta ampla generalidade e abstração, põe-se no sistema como inequívoco princípio geral, cuja aplicabilidade manifesta-se nas mais variadas ramificações das ciências em geral, notadamente no direito, preservado, todavia, o sentido genuinamente concebido. A indeterminação do conteúdo da expressão faz com que a função do intérprete assumam um papel significativo no ajuste do termo. Considerando o sistema vigente como um sistema aberto de normas, que se assenta fundamentalmente em conceitos indeterminados, ao mesmo tempo em que se reconhece a necessidade de um esforço interpretativo muito mais árduo e acentuado, é inegável que o processo de interpretação gera um resultado social mais aceitável e próximo da realidade contextualizada. Se, por um lado, a indeterminação do conceito sugere uma aparente insegurança jurídica em razão da maior liberdade de argumentação deferida ao intérprete, de outro lado é, pois,

evidente, a eficiência e o perfeito ajuste à historicidade dos fatos considerada.

O fato de se estar diante de um conceito indeterminado não significa que o conteúdo da expressão “ordem pública” seja inatingível.(...)”

(...)

A ordem pública representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano.

Trata-se de instituto que tutela toda a vida orgânica do Estado, de tal forma que se mostram igualmente variadas as possibilidades de ofendê-la. As leis de ordem pública são aquelas que, em um Estado, estabelecem os princípios cuja manutenção se considera indispensável à organização da vida social, segundo os preceitos de direito.

(...)

dizer que: Para Andréia Lopes de Oliveira Ferreira matéria de ordem pública implica

“são questões de ordem pública aquelas em que o interesse protegido é do Estado e da sociedade e, via de regra, referem-se à existência e admissibilidade da ação e do processo. Trata-se de conceito vago, não podendo ser preenchido com uma definição” e cita Tércio Sampaio Ferraz, para quem “é como se o legislador convocasse o aplicador para configuração do sentido adequado”

A princípio tem-se que matéria de ordem pública é aquela que diz respeito à sociedade como um todo, e dentro de um critério mais correto a sua identificação é feita através de se saber qual o regime legal que ela se encontra, ou seja, quando a lei diz.

É bem verdade e o difícil é que nem sempre a lei diz se determinada matéria é ou não de ordem pública, e, neste caso, para resolver a questão, urge que a concretização e a delimitação do conteúdo da ordem pública constitui tarefa exclusiva das Cortes Nacionais.

Todavia, elas mesmas (Cortes Superiores) não definiram com exatidão o que vem ser matéria de ordem pública, e tão pouco se a multa quando não recorrida deve ou não ser decidido por ser matéria imperiosa de julgamento, tratando-se de interesse geral.

E mais, mesmo quando a matéria é de ordem pública e não pré-questionada, o STJ vem reiteradamente decidindo que, reconhecidamente matérias de ordem pública, quando não analisada em instâncias inferiores e tão pouco pré-questionadas, não devem ser analisadas naquela Corte. ‘Ex vi’ Acórdão abaixo:

**AgRg no REsp 1203549 / ESAGRAVO
REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL
2010/0119540-7**

Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA (1098)

T2 - SEGUNDA TURMA**Data de Julgamento 03/05/2012****DJe 28/05/2012****Ementa**

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DE LIMINAR INDEFERIDA. PREQUESTIONAMENTO. QUESTÕES DE ORDEM PÚBLICA.- A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, na instância especial, é vedado o exame de questão não debatida na origem, carente de pré-questionamento, ainda que se trate eventualmente de matéria de ordem pública. Agravo regimental improvido.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques, acompanhando o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques (voto-vista) votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Assim, tenho que a multa não é matéria de ordem pública porque, como dito por Fábio Rmanssini Bechara, ela não ‘representa um anseio social de justiça, assim caracterizado por conta da preservação de valores fundamentais, proporcionando a construção de um ambiente e contexto absolutamente favoráveis ao pleno desenvolvimento humano’.

CONCLUSÃO

Diante do acima exposto, como o presente recurso voluntário atende os pressupostos de admissibilidade, dele conheço, para no mérito DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para que seja excluído da autuação o pagamento ajuda de custo, bem como o PLR oriundo do Convenção Coletiva de Trabalho, devendo, nas demais questões, permanecer a autuação como realizada.

É o voto.

ASSIM VOTOU O CONSELHEIRO NA SESSÃO DE JULGAMENTO.

João Bellini Júnior

Redator *ad hoc* na data da formalização do acórdão.

.