



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

Processo nº 35239.001840/2006-84
Recurso nº 246.287 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.725 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria SALÁRIO INDIRETO: AJUDA DE CUSTO
Recorrente COMPANHIA ESTADUAL DE ENERGIA ELÉTRICA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 30/05/2004

SALÁRIO INDIRETO. ABONO ÚNICO. ACORDO EM DISSÍDIO COLETIVO.

Não há incidência de contribuição social previdenciária sobre as importâncias recebidas a título de abonos expressamente desvinculados do salário.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, que dar provimento parcial ao recurso para afastar a incidência sobre o abono, vencidos os conselheiros Julio Cesar Vieira Gomes e a relatora. Apresentará voto vencedor o conselheiro Damião Cordeiro de Moraes.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES – Presidente


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES – Redator designado


BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS – Relatora

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva, Adriano Gonzáles Silvério, Damião Cordeiro de Moraes e Julio Cesar Vieira Gomes (presidente).

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros.

Consta do Relatório da NFLD (fls.52 a 54) que o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento de verbas sob o título de “ajuda de custo até 50% do salário”, “Abono Salarial 2001/2002” e “Abono Extra Acordo”.

O agente notificante informa que a Ajuda de Custo concedida pela notificada não corresponde àquele pagamento em parcela única, por motivo de mudança do local de trabalho.

Esclarece, ainda, que a parcela relativa à contribuição dos segurados foi calculada considerando o limite máximo do salário de contribuição.

A notificada impugnou o débito via peça de fls. 75 a 173 e a Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 19.401.4/0019/2006, fls. 176 a 186, julgou o lançamento procedente.

Inconformada com a decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 197 a 228), repetindo basicamente as alegações trazidas na impugnação.

Preliminarmente, informa que, a fim de dar prosseguimento ao recurso, faz arrolamento de bens no montante de 30% da exigência nos termos legais e alega inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal.

Salienta que a NFLD é insubsistente, eis que obscura, contraditória e não descreve com clareza as situações que considera passíveis de notificação, tornando difícil o entendimento quanto à defesa do contribuinte.

Reitera que a NFLD, em suas instruções para o contribuinte, determina como percentual máximo o de 60%, mas no DSD, apesar de não estar expresso o percentual da multa aplicada, percebe-se que foi aplicado o percentual de 30%, demonstrando que o fisco aplicou multa diferente daquela que determinou como valor máximo.

No mérito, transcreve o art. 457, § 2º, da CLT, tentando demonstrar que a ajuda de custo não integra a remuneração, e repete que em nenhum momento a lei estipula que o pagamento de ajuda de custo deva ser feito em parcela única, trazendo vários julgados para reforçar suas argumentações.

Quanto aos abonos salariais, sustenta que o art. 7º, da CF arrola os direitos dos trabalhadores e que os abonos mencionados foram estabelecidos em Dissídio devidamente homologado, que determina ainda que tal abono não tem natureza salarial, devendo, portanto, prevalecer sobre qualquer outra disposição, desde que não contrária à Constituição Federal.

Informa que o Abono Extra Acordo foi concedido nos termos da Ata de Reunião da Diretoria e possui o mesmo caráter atribuído ao abono salarial, uma vez que apenas expande o benefício aos trabalhadores, tudo com a concordância do Sindicato, tratando-se, portanto, de uma expansão do estipulado em Dissídio, em benefício dos trabalhadores, o que não faz com que a referida verba perca sua natureza não salarial.

Entende que a multa aplicada é ilegal e possui efeito confiscatório e discorre sobre os conceitos de SELIC e TAXA SELIC para concluir que a aplicação de juros equivalentes à Taxa SELIC ao débito fiscal é inconstitucional, ilegal, configurando em Bis in Idem e em aumento de tributo.

Requer, por fim, o recebimento e julgamento de total procedência do recurso para fim de anular o lançamento efetivado.

Em Contra-Razões às fls 387 a 390, a SRP manteve os termos da decisão recorrida.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice para seu conhecimento.

Preliminarmente, a recorrente alega inconstitucionalidade da exigência do depósito recursal.

Contudo, tal matéria já foi objeto de apreciação do Poder Judiciário, nos autos do Mandado de Segurança impetrado pela própria recorrente, motivo pelo qual não conheço do recurso no que se refere à inexigibilidade de depósito recursal.

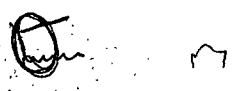
Ainda em preliminar, a recorrente alega que a NFLD é obscura, contraditória e não descreve com clareza as situações que considera passíveis de notificação, tornando difícil o entendimento quanto à defesa do contribuinte.

Argumenta que nas instruções para o contribuinte consta como percentual máximo o de 60%, mas no DSD, apesar de não estar expresso o percentual da multa aplicada, percebe-se que foi aplicado o percentual de 30%, demonstrando que o fisco aplicou multa diferente daquela que determinou como valor máximo.

Porém, não se vislumbra a obscuridade ou a contradição na NFLD em tela.

A autoridade lançadora deixou claro que o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento de verbas sob o título de “ajuda de custo até 50% do salário”, “Abono Salarial 2001/2002” e “Abono Extra Acordo”, pagos em desacordo com a legislação previdenciária.

O IPC (fl. 02) expõe, de forma discriminada, os percentuais de multa a serem aplicados em cada caso, ou seja, no parcelamento ou no pagamento.



Restou claro, no referido relatório, que a multa de 60% só será aplicada no caso de a recorrente optar pelo parcelamento do débito após 15 dias da ciência do então CRPS, atualmente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, CARF.

Portanto, ao contrário do que afirma a recorrente, a NFLD foi lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente notificante demonstrado, de forma clara e precisa, a ocorrência do fato gerador da contribuição previdenciária, fazendo constar, nos relatórios que compõem a Notificação, os fundamentos legais que amparam o procedimento adotado e as rubricas lançadas.

O Relatório Fiscal traz todos os elementos que motivaram a lavratura da NFLD e o relatório Fundamentos Legais do Débito – FLD, encerra todos os dispositivos legais que dão suporte ao procedimento do lançamento, separados por assunto e período correspondente, garantindo, dessa forma, o exercício do contraditório e ampla defesa à notificada.

Assim, não há que se falar em insubsistência da NFLD por cerceamento de defesa.

No mérito, a recorrente não nega que pagou, aos segurados que lhe prestam serviços, verbas intituladas “ajuda de custo até 50% do salário”, “Abono Salarial 2001/2002” e “Abono Extra Acordo”, conforme relatado pela autoridade lançadora no Relatório Fiscal.

Ela apenas tenta demonstrar que tais verbas não possuem natureza salarial.

No entanto, o conceito de salário de contribuição expresso no art. 28 inciso I da Lei 8.212/91 é “... a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados **a qualquer título**, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, **os ganhos habituais sob a forma de utilidades...**” (grifei).

A própria Constituição Federal, preceitua, no § 4º do art. 201, renumerado para o § 11, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, o seguinte:

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüentemente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (grifei)

A CLT discrimina as parcela que compõe a remuneração do empregado, conforme seu art. 457:

Art. 457. Compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber.

§ 1º Integram o salário, não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagem e abonos pagos pelo empregador.

O § 2º, do art. 458, da CLT, assim dispõe sobre os salários pagos “in natura”:

Art. 458. Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações “in natura” que a empresa, por

força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado...”.

Não resta dúvida de que nem toda utilidade fornecida ao empregado tem caráter contraprestacional, sendo necessário distinguir a utilidade fornecida como retribuição pelo trabalho, que se caracteriza “salário-utilidade” e que deve ser incluída na base de cálculo da contribuição previdenciária, daquela fornecida como instrumento de trabalho, ou para o trabalho, que não se caracteriza salário-utilidade, eis que meramente instrumental para o desempenho das funções do empregado.

Na doutrina, há várias correntes; porém, a que tem maior aplicação determina que a regra geral é que, se o trabalhador paga pela utilidade, essa não constitui salário. Se, por outro lado, aumentar seu patrimônio ou for fornecida gratuitamente, então integrará o salário para todos os efeitos legais. A CF menciona “os ganhos habituais”, ou seja, todos os ganhos de cunho remuneratório, sejam eles em dinheiro ou utilidades.

É inegável, no caso presente, o acréscimo patrimonial do empregado ao receber, da empresa, as quantias correspondentes às ajudas de custo e aos abonos.

Resta claro que o pagamento de tais quantias pela empresa ao seu empregado não se trata de fornecimento de meio para que esses empregados possam exercer suas funções, e sim uma vantagem que representa um acréscimo indireto à sua remuneração.

Além do mais, conforme art. 176 do CTN, “a isenção, ainda que prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão...”.

Mesmo as parcelas não integrantes, como alimentação e transporte, devem ser fornecidas de acordo com a legislação que as instituiu; caso contrário, integrarão o salário-de-contribuição.

No presente caso, não resta dúvida que as verbas pagas pela empresa não estão incluídas nas hipóteses legais de isenção previdenciária, previstas no § 9º art. 28, da Lei 8.212/91.

O § 9º do art. 28 da Lei 8.212/91 enumera as parcelas que não integram o salário de contribuição e, entre elas, frisa-se, não se enquadram os pagamentos das verbas objeto da notificação, porque não atendem os requisitos legais:

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

(...)

e) as importâncias: (Redação alterada pela Lei nº 9.528, de 10/12/97).

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (Acrescentado pela Lei nº 9.711, de 20/11/98).

(...).

g) a ajuda de custo, em parcela única, recebida exclusivamente em decorrência de mudança de local de trabalho do empregado, na forma do art. 470 da CLT;

(...).

Dessa forma, não procede à afirmação feita pela recorrente no sentido de que em nenhum momento a lei estipula que o pagamento de ajuda de custo deva ser feito em parcela única, pois, como visto acima, a Lei 8.212/91 determina, sim, que, para não sofrer incidência de contribuição previdenciária, a ajuda de custo deverá ser paga em parcela única, e em decorrência de mudança de local de trabalho, o que não restou comprovado no caso presente.

E o item 7, da alínea “e”, do mesmo dispositivo legal, exclui do salário de contribuição apenas os abonos expressamente desvinculados do salário.

A notificada alega, ainda, que os abonos mencionados foram estabelecidos em Dissídio devidamente homologado.

De fato, antes da vigência do Decreto 3.265/99, de 30 de novembro de 1999, não incide contribuição social sobre os abonos pagos e expressamente desvinculados do salário por força de acordo coletivo de trabalho.

Porém, após a entrada em vigor do referido Decreto, é necessária lei desvinculando expressamente o abono do salário para que sobre ele não incida a contribuição previdenciária.

É oportuno observar que o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar aplicação de decreto enquanto não declarado inconstitucional pelo STF.

Cumprе esclarecer que a condição de se tratar ou não de salário não está vinculada ao interesse da fonte pagadora em, com aquele pagamento, assalariar ou não seu empregado. Ou seja, não é o nome do pagamento ou a vontade da empresa em si que vai determinar sua natureza jurídica.

O que irá afastar a verba paga a título de “Ajuda de Custo” e “Abono” da incidência tributária é a estreita observância à legislação específica que trata da matéria.

Dessa forma, os valores pagos pela recorrente a seus empregados a título de ajuda de custo e abonos integram o salário de contribuição, conforme inciso I, art 28, da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Medida Provisória nº 1.596-14/1997, convertida na Lei 9.528/97.

A recorrente sustenta que o art. 7º, da CF arrola os direitos dos trabalhadores e que os abonos mencionados foram estabelecidos em Dissídio devidamente homologado, que determina ainda que tal abono não tem natureza salarial, devendo, portanto, prevalecer sobre qualquer outra disposição, desde que não contrária à Constituição Federal.

Em que pese esse entendimento, a doutrina há muito já consagrou a autonomia científica do Direito Previdenciário em face do Direito do Trabalho. O conceito de salário-de-contribuição não se confunde com o conceito de remuneração retirado do Direito Laboral. Segundo Wladimir Novaes Martinez (Comentários à Lei Básica da Previdência

Social), *“O conceito previdenciário de salário-de-contribuição não tem de coincidir exatamente com a definição trabalhista de remuneração ou, com mais razão, com a descrição de salário. Para isso é necessário o tipo legal circunscrever o fato gerador, impondo suas condições”*.

Ademais, os efeitos indenizatórios pactuados em acordos coletivos somente repercutem na esfera da relação de emprego, não atingindo terceiros estranhos à relação laboral, entre os quais, a Previdência Social.

Nesse sentido, nos ensina Adriana Hilgenberg de Araújo (Direito do trabalho e direito processual do trabalho: temas atuais, Editora Juruá, p 55 e 56): *“Como visto, as convenções e acordos coletivos são fontes do Direito do Trabalho, cujas cláusulas serão aplicadas a todos os pertencentes a uma determinada categoria ou empresa (no caso dos acordos). As cláusulas, tanto as obrigatórias (CLT artigo 616), facultativas, obrigatórias ou normativas, devem respeitar o ordenamento legal, não podendo ferir preceitos, sejam eles constitucionais ou infraconstitucionais, salvo expressa autorização”*.(grifei).

Assim, a observância ao ordenamento jurídico infraconstitucional não agride a garantia constitucional do reconhecimento das convenções e acordos coletivos, prevista no inciso XXVI, art. 7º, da Constituição Federal, vez que se encontra insculpida, em toda a Constituição, o respeito ao princípio da legalidade.

Em conseqüência, os acordos coletivos não têm a força de alterar disposições legais, em especial, as inseridas na Lei 8.212/91.

A notificada defende o entendimento de que a multa aplicada é ilegal e possui efeito confiscatório e a aplicação de juros equivalentes à Taxa SELIC ao débito fiscal é inconstitucional, ilegal, configurando em Bis in Idem e em aumento de tributo.

No entanto, cumpre observar que, conforme entendimento fixado no Parecer CJ 771/97, *“o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional, o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei porque o seu destinatário entende ser inconstitucional quando não há manifestação definitiva do STF a respeito”*.

Dessa forma, o foro apropriado para questões dessa natureza não é o administrativo. É oportuno salientar que a utilização da Taxa SELIC para atualizações e correções dos débitos apurados encontra respaldo no art. 34, da Lei 8.212/91 e a multa encontra-se amparada no art. 35 do mesmo diploma legal, vigente à época da lavratura da NFLD.

Cabe destacar, ainda, que a atividade administrativa é plenamente vinculada ao cumprimento das disposições legais. Nesse sentido, o ilustre jurista Alexandre de Moraes (curso de direito constitucional, 17ª ed. São Paulo. Editora Atlas 2004.314) colaciona valorosa lição: *“o tradicional princípio da legalidade, previsto no art. 5º, II, da CF, aplica-se normalmente na administração pública, porém de forma mais rigorosa e especial, pois o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de vontade subjetiva. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas sem em respeito à finalidade imposta pela lei, e com a necessidade de preservar-se a ordem jurídica”*.

Ademais, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256/2009, veda aos Conselhos de Contribuintes afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, conforme disposto em seu art. 62.

E o Conselho Pleno, no exercício de sua competência, uniformizou a jurisprudência administrativa sobre tais matérias, por meio dos Enunciados 02/2007 e 03/2007, transcritos a seguir:

Enunciado nº 02:

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

Enunciado nº 03:

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais.

Nesse sentido e

Considerando tudo mais que dos autos consta,

PROVIMENTO. VOTO por CONHECER DO RECURSO para, no mérito, NEGAR-LHE

É como voto

Sala das Sessões, em 1 de dezembro de 2010



BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS

Voto Vencedor

Conselheiro DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES, Redator designado.

1. Peço **vênia** à douta Conselheira relatora para divergir do seu voto, pois entendo que o abono salarial concedido pelo empregador a seus empregados em parcela única, prevista em convenção coletiva, não tem natureza salarial, e, como tal, não incide contribuição previdenciária.

2. Nos exatos termos do relatório, a fiscalização lançou o débito conforme destacado a seguir:

*“3.2. As remunerações pagas aos segurados empregados, a título de”
Abono Salarial 2001/2002”, discriminados nas folhas de pagamento
(COD P/D: 100259 e 110259), no período de 05/2002 a 10/2002,
12/2002 e 07/2003 e a título de “Abono Extra Acordo 2001/2002”,
discriminadas na folha de pagamento (COD P/D: 100267) da*



competência 08/2002, cujos valores encontram-se no DAD – Discriminativo Analítico de Débito (códigos de levantamento ABS – AB SALARIAL 2001/2002, e AEC – AB EXTRA ACORDO 2001/2002.

O pagamento efetuado pela empresa a título de “Abono Salarial 2001/2002”, pago em conformidade com o Dissídio Coletivo TRT N.º 09214.000/01-8 e a título de “Abono Extra Acordo 2001/2002”, pago em conformidade com a Ata de Reunião de Diretoria n.º 2047, realizada em 20/08/2002, decorre dos contratos de trabalho dos empregados e é fixado de forma proporcional à remuneração auferida por cada trabalhador, tornando evidente que o pagamento se reveste de caráter remuneratório.

Além disso, somente a lei pode estabelecer hipóteses de exclusão do crédito previdenciário.

Assim, em se tratando de verba remuneratória e na medida em que inexistente lei que expressamente exclua o abono em tela da incidência de contribuição previdenciária e daquelas destinadas a outras entidades e fundos, o valor dessa vantagem econômica, paga de acordo com Dissídio Coletivo e tendo a própria remuneração do segurado como parâmetro, deve integrar o salário de contribuição previdenciária.”(fl.53)

3. Diante dos apontamentos realizados pela autoridade administrativa, apenas para efeitos de esclarecimentos, faz-se mister ressaltar que o termo ‘abono salarial’ utilizado pelo fisco em seu relatório, na verdade, é o abono único, vez que não se trata do abono salarial liberado anualmente aos trabalhadores cadastrados no PIS caso cumpram os requisitos previstos na lei 8.178/91.

4. Sendo assim, a fiscalização notificou o contribuinte sob a alegação de que somente a lei pode definir as hipóteses de exclusão do crédito previdenciário; e, considerando a ausência de legislação que exclua a parcela, ora em tela, da incidência de tributação, restaria, portanto, que a remuneração do segurado a título de abono deve integrar o salário de contribuição.

5. Pois bem, analisando os autos, e não obstante o bom arrazoado trazido pelo fisco, perfilho posicionamento contrário. No meu entender, o abono único pago pelo empregador aos segurados empregados, previstos em convenção coletiva e pago em uma única parcela, não integra o salário de contribuição, e, como tal, não incide contribuição previdenciária.

6. A regra geral sobre a matéria está consagrada na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em seu artigo 457, §1º que afirma a natureza salarial do abono pago pelo empregador. Eis o teor do dispositivo:

“Art. 457 [...]”.

§ 1º - **Integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, gratificações ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador.** “[grifo nosso]”.

7. Diante da norma celetista, pode-se afirmar que abono integra o salário, salvo disposição expressa em contrário. Isso porque milita a presunção da natureza salarial de todo abono, a menos que as regras que o instituíram estabeleçam de modo diverso, como por exemplo, nos casos de abono pecuniário (art. 144 da CLT), abono constitucional de férias (art. 7º, inciso XVII, da CF/88) e o abono salarial (art. 9ª, da Lei 7.998/90)..

8. Dentro do contexto, vale destacar o ensinamento de Amauri Mascaro Nascimento que fez a seguinte ponderação:

"No Brasil, todo abono é salário por força do disposto na Lei (CLT 457, § 1º), salvo disposição expressa em contrário. No silêncio da norma que o institui, aplica-se a regra salarial da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, milita a presunção da natureza salarial de todo abono, a menos que as regras que o instituíram estabeleçam de outro modo, o que é possível, como ocorre com o abono de férias (CLT, art. 143) que é a conversão de parte das férias em dinheiro, considerado, pela lei, como não salarial quando não excedente a 1/3 de férias". (Teoria Jurídica do Salário, p. 231). [grifo nosso]

9. No campo previdenciário, o artigo 28, §9º, alínea "e", item 7, da Lei 8.212/91 excepciona a natureza salarial do abono quando expressamente desvinculados do salário, conforme citação a seguir:

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

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

e) as importâncias: (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário; (Incluído pela Lei nº 9.711, de 20.11.98) "[grifo nosso]"

10. Assim, muito embora o fisco entenda que a exclusão do abono, prevista somente em Dissídio Coletivo, e não em lei, não poderia ser desvinculada do salário (fl. 53), tal entendimento não merece prosperar.

11. Isso porque o Decreto n.º 3.264/99, ao reconhecer como fora da base de incidência tributária apenas os abonos expressamente desvinculados do salário "**por força de lei**", foi além de sua função regulamentar porque acrescentou ao Decreto n.º 3.048/99 condições não prevista na Lei 9.876/99, da qual retirou seu fundamento e validade.

12. Veja-se que, em seu texto original, o Decreto 3.048/99, o artigo 214, simplesmente repetia a redação do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, transcrita acima, porém, com a alteração trazida pelo Decreto n.º 3.265/99, a redação passou a ser a seguinte:

"Art. 214. Entende-se por salário-de-contribuição":

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

V - as importâncias recebidas a título de: (...).

j). ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário por força de lei; "[g.n.]

13. Posto isto, verifica-se que houve, por intermédio de simples decreto regulamentador, verdadeira alteração da lei previdenciária, a qual não impôs nenhuma restrição ao benefício pago pelo contribuinte. Por esse motivo, entendo que deverá prevalecer a redação apresentada pela Lei n.º 9.711/98, que excluiu o abono da base de cálculo da contribuição.

14. E no caso concreto, é notável que os abonos pagos pela recorrente se enquadram perfeitamente na hipótese de exclusão de tributação acima mencionada, visto que não há habitualidade e nem majoração na remuneração mensal do salário dos trabalhadores. Além do que, o pagamento foi realizado por força de Acordo feito nos autos de Dissídio Coletivo, cujas cláusulas estabeleceram as condições, critérios e parâmetros a serem obedecidos, sem que a empresa pudesse deixar de pagá-lo.

15. Vale destacar ainda que o abono concedido pelo empregado apenas abrange o exercício 2001/2002 de forma isolada, o que reforça ainda mais a tese da ausência de continuidade do referido benefício de caráter indenizatório.

16. Conforme previsto no Acordo à fl. 169 a empresa se comprometeu a pagar *“aos seus empregados, aos aposentados ex-autarquicos e aos aposentados celetistas que receberam complementação temporária de proventos de aposentadoria, um abono único equivalente a 35% (trinta e cinco por cento), observado o que segue(...)”*.

17. E embora o abono concedido seja dividido em cinco parcelas mensais e consecutivas, entendo que se trata de rubrica constante na exceção do artigo 28, da Lei 8.212/91.

18. Convém esclarecer que a Carta Política de 1988 reconhece o poder normativo dos dissídios coletivos (art. 114º, § 2º, da CF/88). Desta forma, pode-se afirmar que o contrato é imperativo entre as partes, logo, diante da negociação firmada entre a entidade sindical e a empresa, não há se falar em alteração unilateral do contrato de trabalho.

19. Assim, o pagamento, sem incorporação, de "abono" concedido aos segurados empregados, fruto de reconhecimento via transação acordo coletivo coletivas, não é ajuste salarial e, como tal, não incide contribuição previdenciária, logo, o lançamento fiscal perdeu seu objeto visto a ausência do fato gerador da obrigação tributária.

20. Seguindo essa linha de raciocínio, cumpre ressaltar que a Primeira Turma do STJ decidiu que o abono único previsto em Convenção Coletiva de Trabalho não é habitual, uma vez que seu pagamento é feito em uma única parcela, e não se vincula ao salário, já que não representa contraprestação a serviços prestados. (Resp n.º 819.552-BA, Relator Ministro Luiz Fux, julgado em 02.04.2009).

21. Abaixo, transcrevo outros precedentes do Superior Tribunal de Justiça que defendem a tese:

“PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO ÚNICO. NÃO-INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

1. Inexistência de violação aos arts. 515 e 535, II, do CPC, porquanto o acórdão recorrido não se omitiu quanto às questões suscitadas e encontra-se suficientemente fundamentado.

2. Por expressa determinação legal o abono único não integra a base de cálculo do salário-de-contribuição (Lei n.º 8.212/91,

artigo 28, §9º, acrescentado pela Lei 9.528/97, letra "e", item 7, acrescentado pela Lei 9.711/98).

3. Recurso especial provido ""

(STJ, 2ª Turma, REsp. 434.471, rel. Min. Eliana Calmon, DJ 14/02/2005, p. 155)

"PROCESSO CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO ÚNICO. NÃO-INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa em negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. Precedentes: Edcl no AgRg no EREsp. 254.949/SP, Terceira Seção, Min. Gilson Dipp, DJ de 08.06.2005; Edcl no MS 9.213/DF, Primeira Seção, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 21.02.2005; Edcl no AgRg no CC 26808/RJ, Segunda Seção, Min. Castro Filho, DJ de 10.06.2002.

2. 'Por expressa determinação legal o abono único não integra a base de cálculo do salário-de-contribuição (Lei n.º 8.212/91, artigo 28, §9º, acrescentado pela Lei 9.528/97, letra "e", item 7, acrescentado pela Lei 9.711/98)'. REsp. 434471/MG, 2ª T., Min. Eliana Calmon, DJ de 14.02.2005.

3. Recurso especial provido"

(STJ, 1ª Turma, REsp. 840.328, rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ 25/09/2006, pág. 241)

22. Nesse sentido, dando a interpretação legal do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, dispôs a ementa de julgado do Ministro Relator Castro Meira no Recurso Especial nº 1125381/SP:

"TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. ABONO ÚNICO. NÃO-INTEGRAÇÃO AO SALÁRIO.

1. Segundo iterativa jurisprudência construída por esta Corte em torno do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/91, o abono único previsto em convenção coletiva não integra o salário-de-contribuição.

Precedentes:

2. A Primeira Turma deste STJ entendeu que "considerando a disposição contida no art. 28, § 9º, 'e', item 7, da Lei 8.212/91, é possível concluir que o referido abono não integra a base de cálculo do salário de contribuição, já que o seu pagamento não é habitual - observe-se que, na hipótese, a previsão de pagamento é única, o que revela a eventualidade da verba -, e não tem vinculação ao salário" (REsp 819.552/BA, Min. Luiz Fux, rel. p. acórdão Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009).

3. Recurso especial não provido."

(REsp 1125381/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 29/04/2010)

23. Tomando por bases essas considerações, tenho por certo que a parcela paga não integra a base de cálculo de contribuição previdenciária.

DA AJUDA DE CUSTA ATÉ 50% DO SALÁRIO

24. No que se refere à rubrica ajuda de custo até 50% do salário, acompanho o voto da relatora, pois entendo que para não haver a incidência de contribuição previdenciária, a rubrica deve possuir caráter eventual e cunho indenizatório, o que não ocorre nos autos.

CONCLUSÃO

25. Ante ao exposto, uma vez ausente fato gerador de obrigação tributária principal, torna-se insubsistente o lançamento fiscal no que tange às rubricas de abonos pagos pelo contribuinte aos seus segurados empregados. Entretanto, acompanho o voto da relatora em relação à rubrica “ajuda de custo”.

Sala das Sessões, em 1 de dezembro de 2010


DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Redator designado