



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

Processo n° 35273.001086/2006-66
Recurso n° 153.429 Voluntário
Acórdão n° **2403-00.407 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2011
Matéria Contribuições Sociais Previdenciárias
Recorrente Saur Equipamentos S/A
Recorrida DRJ Santa Maria / RS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício:2003

DEPÓSITO ADMINISTRATIVO - GARANTIA DE INSTÂNCIA:
Aplicação da Súmula Vinculante nº 21, STF

CERCEAMENTO DE DEFESA: Não caracterizado o cerceamento de defesa, é de ser rejeitada a arguição de nulidade da decisão.

ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.: O CARF não se pronuncia sobre matéria tributária constitucional, nos termos da Súmula nº 2 do CARF.

PROGRAMA DE PARTICIPAÇÃO NOS RESULTADOS: A não incidência da contribuição previdenciária sobre a verba paga a título de participação nos lucros e resultados das empresas depende da observância dos preceitos legais previstos na Lei 10.101/00.

MULTA DE MORA: Recálculo da multa para que seja aplicada a mais benéfica ao contribuinte por força do art. 106,II, “c” do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, Por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso para determinar o recálculo da multa de mora de acordo com o no Art. 35, caput, da Lei 8.212/91 na redação dada pela Lei 11.941/2009 prevalecendo o mais benéfico ao contribuinte. Vencido na questão de multa de mora o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente.

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Magalhães Peixoto, Cid Marconi Gurgel de Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Ivacir Julio de Souza e Marthius Savio Cavalcante Lobato.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD/DEBCAD nº 35.795.014-3, consolidada em 03/11/2005, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e de terceiros incidentes sobre valores pagos a título de participação nos lucros, apuradas na competência de 02/2003.

O débito lançado refere-se a contribuição sobre os pagamentos a título de "participação nos lucros", sem observação das exigências previstas na MP nº 794/94, reeditada até a conversão na Lei nº 10.101, de 19/12/2000, especialmente naquilo que dispõe o seu artigo 2º e parágrafos. De acordo com a auditoria fiscal não houve participação do sindicato da categoria nas negociações referentes ao Plano de Participação de Resultados aprovado para o ano de 2002

Inconformada, a recorrente contestou o lançamento, através do instrumento de fls. 42/73, alegando em síntese:

- violação ao art. 7º, XI da Constituição Federal, eis que pretende tributar à guisa da contribuição previdenciária valores pagos a título de participação nos lucros, pois trata-se de norma constitucional autoaplicável, não necessitando de lei ordinária que a regulamente, tendo sido afastado o seu caráter salarial, com a desvinculação da participação dos lucros da remuneração;

- a interpretação restritiva da Lei n. 10.101/00 ora imposta pela Fiscalização - quanto à integração do representante do sindicato na comissão de negociação - também viola o Texto Constitucional, pois se a lei não desceu a detalhamentos quanto a forma de negociação e quanto a participação do representante do sindicato, tal função não foi delegada a agentes públicas. Alega a empresa que o Plano de Participação de Resultados 2002 foi discutido amplamente entre a Recorrente e o grupo de empregados representantes, com a devida ciência do representante legal indicado pelo sindicato, bem como, houve convocação do sindicato da categoria para integrar a reunião de validação. O representante do sindicato participou da reunião de validação porém não homologou o acordo. Disserta a Recorrente que a Lei nº 10.101/2000 é genérica ao não detalhar ou impor como seria a "integração", com relação à negociação através de comissão escolhida pelas partes e integrada por um representante sindical. Alega que foi respeitada a norma legal, pois o representante do sindicato integrou a comissão de negociação pois participou da reunião de validação;

- a natureza da negociação é individual. Neste caso, o papel do sindicato é de orientador da negociação, havida entre empregados e empregadores, sendo que as premissas do acordo devem ser por estes fixadas.

- a Receita Federal do Brasil não é competente para processar e julgar processos relativos aos representantes sindicais (CF/88, art. 114, III);

- o lançamento imputa contribuição previdenciária sem, ao menos, descaracterizar que os valores pagos aos trabalhadores de lucros não se tratavam, o que fere o art. 142, do Código Tributário Nacional. Sobre esse prisma afirma que seria necessário a demonstração pelos fiscais de que em realidade tais valores não Unham a natureza de lucro, a fim de caracteriza-los como remuneração e conseqüentemente realizado o lançamento.

Deste modo, pleiteou a recorrente pelo provimento da defesa para tornar insubsistente a NFLD impugnada.

Às fls. 138 fora determinada diligência fiscal no sentido do Agente Fiscal esclarecer as seguintes questões:

a) Em que nível é exigida, nos termos do art. 2º, inciso I, da Lei nº 10.101/2000, a participação do Sindicato?

b) O lançamento fiscal foi motivado exclusivamente pela falta de homologação do PPR 2002 pelo Sindicato? Em caso afirmativo, qual o comando legal de imposição desse ato? Em caso negativo, em que difere a participação do Sindicato nos PPR dos demais anos?

Às fls. 139, esclareceu o Agente Fiscal:

a) A referida Lei diz que há necessidade de que um representante do Sindicato da respectiva categoria. O representante do sindicato não assinou. Não concordando com o PLR proposto, logo, deveria ser cumprido o disposto no art. 4º com seus itens e parágrafos (Lei 10101/2000).

b) O lançamento fiscal foi motivado exclusivamente pela falta de homologação do PPR 2002. O comando legal é art. 2º, inciso 1, da Lei 10.101/2000 c/c art. 4º. com seus itens e parágrafos da mesma Lei. A última pergunta ficou prejudicada por ser positiva a anterior.

A DRJ julgou pela procedência do lançamento, às fls. 144/152, rejeitando os argumentos apresentados pela Recorrente, para:

- Determinar, de acordo com a legislação vigente, que os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros e resultados, em desconformidade com as exigências legais possuem caráter remuneratório e devem ser tributados como tal. Deste modo, a ausência de intervenção do Sindicato na negociação dos termos do acordo de participação nos resultados, é imprescindível como medida protetiva aos trabalhadores;

- Deixar de apreciar discussões acerca da inconstitucionalidade da Lei 10.101/00, por tratar-se de competência afeta ao Poder Judiciário;

- Afastar a competência da Justiça do Trabalho para apreciação da lide, por estar adstrita a verificação de cumprimento da legislação previdenciária e não a ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores, não sendo aplicável, portanto, o art. 114, inciso III, da Constituição Federal

Inconformada, a empresa interpôs Recurso Voluntário, fls. 157/202, sob os mesmos argumentos de sua defesa, acrescidos da nulidade da decisão da DRJ, tendo em vista a ausência de apreciação das matérias relativas a inconstitucionalidade da Lei 10.101/00.

Às fls. 207/209, a 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS anulou a decisão da DRJ, por não atender ao princípio do contraditório e ampla defesa, em face da ausência de intimação da Recorrente acerca da diligência de fls. 138/139.

Intimada para apresentar nova Impugnação, assim a empresa o fez, reiterando os argumentos da Impugnação anterior (fls 213/255).

Em face da Impugnação, a DRJ proferiu novo julgamento (fls. 259/266) pela procedência do lançamento, em síntese, pelos mesmos fundamentos da decisão de fls. 144/152.

A empresa interpôs Recurso Voluntário às fls 272/322, reiterando os argumentos do recurso anterior, inclusive quanto a nulidade da decisão da DRJ, tendo em vista a negativa na apreciação de matérias relativas a inconstitucionalidades de leis, por ser competência afeta ao Poder Judiciário.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto

O Recurso preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele tomo conhecimento.

DEPÓSITO ADMINISTRATIVO COMO GARANTIA DO JUÍZO:

Preliminarmente, consoante entendimento firmado na Súmula Vinculante nº 21, do Supremo Tribunal Federal:

“É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo”

Deste modo, configurada a inconstitucionalidade do artigo 33, § 2º do Decreto nº 70.235/72, que previa o depósito prévio de 30% (trinta por cento) para a interposição de recurso administrativo, deve a Recorrente ser intimada a levantar o depósito recursal.

NULIDADE – CERCEAMENTO DE DEFESA

Quanto a nulidade da decisão recorrida pelo cerceamento do direito de defesa, esta merece ser rejeitada, uma vez que tem como base a ausência de manifestação do

Fisco acerca do controle de constitucionalidade de leis, matéria esta já consolidada na Súmula nº 02, do CARF:

“O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Por este mesmo motivo, já se afasta de plano o pronunciamento acerca das alegações de inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei 10.101/00, levantadas no Recurso Voluntário, dado o impedimento acolhido pela presente Súmula.

COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO DA LIDE

Não há que prosperar a alegação de incompetência do Tribunal Administrativo para apreciação da lide, posto não configurar nos autos hipótese prevista no artigo 114, inciso III, da CF:

Art. 114. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar:

*III as ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores;
(Incluído pela EC 45/04)*

Ora, é possível verificar que a presente lide não se debruça em controvérsias alusivas à representação sindical ou discussões em que os sindicatos são partes interessadas, mas sim verificar o cumprimento da legislação de cunho tributário, com intuito de verificar as bases de incidência das contribuições previdenciárias.

O simples fato da participação do Sindicato na negociação do Programa de Participação nos Resultados ser requisito necessário para afastar a incidência das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a este título, não importa na competência da Justiça do Trabalho para julgamento de lide nitidamente tributária.

DA AUTO APLICABILIDADE DO ART. 7º, INCISO XI, DA CF

Alega a Recorrente que o art. 7º, XI, da CF é auto-aplicável dispensando regulamentação, sendo direito dos trabalhadores urbanos e rurais a participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração. Deste modo, dada a sua natureza diversa da remuneração, os valores percebidos a título de participação nos lucros e resultados não podem sofrer a incidência de contribuições previdenciárias.

Defende a Recorrente que, em se tratando de norma auto-aplicável, qualquer regra legal que seja contrária ou que limite os direitos dispostos no referido art. 7º, XI, da CF seria maculada pelo vício da inconstitucionalidade.

Diante desta insurgência da Recorrente, temos, a princípio que destacar que a matéria envolve questões relativas ao controle de constitucionalidade de leis, sendo aplicável a Súmula nº 02, do CARF.

Ademais, mesmo se assim não fosse, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que o artigo 7º, inciso XI não é norma auto-aplicável, havendo a necessidade de regulamentação para o exercício do direito nele previsto, sendo, inclusive, possível a cobrança de contribuição previdenciária sobre os valores percebidos a título de participação nos lucros e resultados antes da edição da Medida Provisória nº 794/94, que inaugurou a regulamentação sobre a matéria:

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. ART. 7º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MP 794/94. 1. A regulamentação do art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal somente ocorreu com a edição da Medida Provisória 794/94. 2. Possibilidade de cobrança da contribuição previdenciária em período anterior à edição da Medida Provisória 794/94. (STF – 2ª Turma - RE 393.764 - Relatora Ministra Ellen Gracie – Dje 19/12/2008)

EMENTA Participação nos lucros. Art. 7º, XI, da Constituição Federal. Necessidade de lei para o exercício desse direito. 1. O exercício do direito assegurado pelo art. 7º, XI, da Constituição Federal começa com a edição da lei prevista no dispositivo para regulamentá-lo, diante da imperativa necessidade de integração. 2. Com isso, possível a cobrança das contribuições previdenciárias até a data em que entrou em vigor a regulamentação do dispositivo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF – 1ª Turma – RE 398.284 - Relator Ministro Menezes Direito – Dje 19/12/2008)

E, com relação a necessidade de observância das condições legais para não incidência das contribuições previdenciárias sobre valores pagos a título de participação nos lucros e resultados, também já se manifestou o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. ART. 7º, XI, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. MP 794/94. Com a superveniência da MP n. 794/94, sucessivamente reeditada, foram implementadas as condições indispensáveis ao exercício do direito à participação dos trabalhadores no lucro das empresas (é o que extrai dos votos proferidos no julgamento do MI n. 102, Redator para o acórdão o Ministro Carlos Velloso, DJ de 25.10.02). Embora o artigo 7º, XI, da CB/88, assegure o direito dos empregados àquela participação e desvincule essa parcela da remuneração, o seu exercício não prescinde de lei disciplinadora que defina o modo e os limites de sua participação, bem como o caráter jurídico desse benefício, seja para fins tributários, seja para fins de incidência de contribuição previdenciária. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF – 2ª Turma – RE 505.597 – Relator Ministro Eros Grau – Dje 18/12/2009)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. BASE DE CÁLCULO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. ATENDIMENTO AOS REQUISITOS LEGAIS. REEXAME. SÚMULA N. 7 DO STJ. AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO. HABITUALIDADE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. INCIDÊNCIA. 1. Conforme assentado na jurisprudência desta Corte, não incide contribuição previdenciária sobre a verba paga a título de participação nos lucros e resultados das empresas, desde que realizadas na forma da lei (art. 28, § 9º, alínea "j", da Lei n. 8.212/91, à luz do art. 7º, XI, da CR/88). Precedentes. 2. Descabe, nesta instância, revolver o conjunto fático-probatório dos autos para confrontar a premissa fática estabelecida pela Corte de origem. É caso, pois, de invocar as razões da Súmula n. 7 desta Corte. 3. O STJ também pacificou seu entendimento em relação ao auxílio-alimentação, que, pago in natura, não integra a base de cálculo da contribuição previdenciária, esteja ou não a empresa inscrita no PAT. Ao revés, pago habitualmente e em pecúnia, há a incidência da referida exação. Precedentes. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ – 2ª Turma – Resp 1.196.748 – Ministro Relator Mauro Campbell Marques – Dje 28/09/2010)

ANÁLISE DA LEI 10.101/00 FRENTE A CF/88

Quanto a necessidade de participação do representante do Sindicato da categoria na comissão de negociação do Programa de Participação nos Resultados, alega a Recorrente que a interpretação da autoridade fiscal acerca do que dispõe a legislação que rege a matéria vai se encontro com o Texto Constitucional.

Isto porque, de acordo com o Relatório Fiscal, os valores pagos a título de participação nos resultados foram descaracterizados, face a inobservância do art. 2º, inciso I, da Lei nº 10.101/00, que dispõe:

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.

Verifica-se nos autos que o Acordo de Participação nos Resultados foi devidamente discutido com o representante sindical. No entanto, conforme se verifica na Ata 01/2002 (fls 89/97) o representante do sindicato participou da reunião de validação, mas viu por bem de não homologar o Acordo.

Em conformidade com a Recorrente, a comprovação da participação do representante do Sindicato, quando da aprovação do Programa de Participação nos Resultados

já é suficiente para cumprimento do requisito previsto no inciso I, do art. 2º, da Lei nº 10.101/00. Isto porque, a lei não requer a efetiva homologação do acordo pelo representante sindical, mas tão somente sua participação na comissão de negociação escolhida pelas partes.

Com relação a esta argumento, temos que, a mera ausência de homologação ou anuência do representante do Sindicato da categoria não macula o Acordo para o Programa de Participação nos Resultados da empresa, bem como a natureza dos valores percebidos pelos empregados. De fato, tornar imprescindível a homologação do Sindicato neste caso seria exigir uma formalidade não prescrita em lei para esse procedimento de negociação.

Situação diferente é a prevista no inciso II, do mesmo artigo 2º, da Lei nº 10.101/00 – Modalidade Convenção ou Acordo Coletivo, em que o sindicato é parte, pois representa os trabalhadores. No entanto, na modalidade prevista no inciso I deste artigo - via comissão – participam os próprios interessados na defesa de seus interesses, sendo composta também pelo representante indicado pelo sindicato.

Deste modo, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. CARACTERIZAÇÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 07/STJ. PROCESSO CIVIL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. SÚMULA 07/STJ.

1. A isenção fiscal sobre os valores creditados a título de participação nos lucros ou resultados pressupõe a observância da legislação específica a que refere a Lei n.º 8.212/91.

2. Os requisitos legais inseridos em diplomas específicos (arts. 2º e 3º, da MP 794/94; art. 2º, §§ 1º e 2º, da MP 860/95; art. 2º, § 1º e 2º, MP 1.539-34/ 1997; art. 2º, MP 1.698-46/1998; art. 2º, da Lei n.º 10.101/2000), no afã de tutelar os trabalhadores, não podem ser suscitados pelo INSS por notória carência de interesse recursal, máxime quando deduzidos para o fim de fazer incidir contribuição sobre participação nos lucros, mercê tratar-se de benefício constitucional inafastável (CF, art. 7º, IX).

3. A evolução legislativa da participação nos lucros ou resultados destaca-se pela necessidade de observação da livre negociação entre os empregados e a empresa para a fixação dos termos da participação nos resultados.

4. A intervenção do sindicato na negociação tem por finalidade tutelar os interesses dos empregados, tais como definição do modo de participação nos resultados; fixação de resultados atingíveis e que não causem riscos à saúde ou à segurança para serem alcançados; determinação de índices gerais e individuais de participação, entre outros.

5. O registro do acordo no sindicato é modo de comprovação dos termos da participação, possibilitando a exigência do cumprimento na participação dos lucros na forma acordada.

6. A ausência de homologação de acordo no sindicato, por si só, não descaracteriza a participação nos lucros da empresa a ensejar a incidência da contribuição previdenciária.

7. O Recurso Especial não é servil ao exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em face do óbice erigido pela Súmula 07/STJ.

8. In casu, o Tribunal local afastou a incidência da contribuição previdenciária sobre verba percebida a título de participação nos lucros da empresa, em virtude da existência de provas acerca da existência e manutenção de programa espontâneo de efetiva participação nos lucros da empresa por parte dos empregados no período pleiteado, vale dizer, à luz do contexto fático-probatório engendrado nos autos, consoante se infere do voto condutor do acórdão hostilizado, verbis:

"Embora com alterações ao longo do período, as linhas gerais da participação nos resultados, estabelecidas na legislação, podem ser assim resumidas: a) deve funcionar como instrumento de integração entre capital e trabalho, mediante negociação; b) deve servir de incentivo à produtividade e estar vinculado à existência de resultados positivos; c) necessidade de fixação de regras claras e objetivas; d) existência de mecanismos de aferição dos resultados.

Analisando o Plano de Participação nos Resultados (PPR) da autora, encontram-se as seguintes características: a) tem por objetivo o atingimento de metas de resultados econômicos e de produtividade; b) há estabelecimento de índices de desempenho econômico para a unidade e para as equipes de empregados que a integram; c) fixação dos critérios e condições do plano mediante negociação entre a empresa e os empregados, conforme declarações assinadas por 38 (trinta e oito) funcionários (fls. 352/389); d) existência de regras objetivas de participação e divulgação destas e do desempenho alcançado.

Comparando-se o PPR da autora com as linhas gerais antes definidas, bem como com os demais requisitos legais, verifica-se que são convergentes, a ponto de caracterizar os valores discutidos como participação nos resultados. Desse modo, estão isentos da contribuição patronal sobre a folha de salários, de acordo com o disposto no art. 28, § 9.º, alínea "j", da Lei n.º 8.212/91". (fls. 596/597)

9. Precedentes: AgRg no REsp 1180167/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 07/06/2010; AgRg no REsp 675114/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 21/10/2008; AgRg no Ag 733.398/RS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 25/04/2007; REsp 675.433/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, DJ 26/10/2006; 10. Recurso especial não conhecido.

(STJ – 1ª Turma – Resp 865.489/RS, Ministro Relator Luiz Fux – Dje 24/11/2010)

Ocorre que, conforme Parecer do Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias Metalúrgicas, Mecânicas e de Material Elétrico de Panambi (Fls 24/25), juntado pela autoridade fiscal, a não homologação do acordo teve como fundamento a discordância do Sindicato acerca dos termos do Programa de Participação nos Resultados apresentado, mais especialmente, o entendimento do Sindicato de que a empresa estaria se utilizando da ferramenta prevista na Lei nº 10.101/00 como instrumento de gestão empresarial visando unicamente a exploração do trabalho pelo capital.

Isto porque, na visão do Sindicato, em se tratando de participação nos resultados (e não nos lucros), as metas impostas ao empregados eram impossíveis, sendo certo que os trabalhadores se doariam para o crescimento da empresa e nada receberiam no final.

Assim, de acordo com o documento de fls. 24/25, o presente caso não configura mera ausência de homologação do Acordo pelo Sindicato, mas sim, a sua expressa discordância com os termos do Programa pretendido pela empresa, diante da prejudicialidade ao trabalhador.

Ignorar este fato seria tornar a previsão legal de participação do representante sindical letra morta em nosso ordenamento, já que não estaria o mesmo apto a cumprir a finalidade prevista no artigo 8º, III, da CF:

Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

Se o pressuposto legal consistente na necessidade de intervenção do representante sindical na aprovação do Acordo de Participação nos Resultados se presta a tutelar o interesse dos empregados, não seria lógico reconhecê-lo como mero orientador da discussão havida entre empregador e empregado, sem qualquer reflexo e importância para a confecção do Programa.

Portanto, nos casos em que a ausência de homologação do Sindicato se der por parecer fundamentado, que explicita as razões pelas quais o Sindicato entende que os termos do Acordo está fora dos parâmetros de segurança e interesse dos trabalhadores, é de se afastar a legitimidade do Programa de Participação nos Resultados, para fins de incidência da contribuição previdenciária.

E assim deve ser porque é função do Sindicato a proteção dos interesses dos trabalhadores, não podendo a fiscalização interpretar de outra forma o Acordo que o mesmo considerou abusivo.

DESNATURAÇÃO DOS VALORES PAGOS À TÍTULO DE LUCRO

Alega ainda a Recorrente que a fiscalização, ao não acatar o Programa de Participação nos Resultados de 2002, transformou lucro em salário sem demonstrar que, em realidade os valores distribuídos pela empresa não tinham natureza de lucro, violando, assim, o artigo 142, do CTN.

Dispõe a Lei nº 8212/91 e o Decreto nº 3.048/99:

Lei 8212/91:

Art. 28 - § 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;

Decreto 3.048/99:

Art. 214 - § 9º Não integram o salário-de-contribuição, exclusivamente:

X - a participação do empregado nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica;

§ 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.

Como se infere da leitura dos dispositivos legais transcritos, a contribuição previdenciária não incide sobre os valores relativos a participação nos lucros e resultados da empresa.

Contudo, o Decreto nº 3.048/99, em seu § 10, do artigo 214, determina que, os valores pagos ou creditados a este título que não observarem a legislação pertinente – o que se verifica na presente lide – devem integrar o salário-de-contribuição.

Deste modo, a fiscalização, ao desconsiderar o Programa de Participação nos Resultados de 2002 e computar os lucros e resultados distribuídos como se salário fosse agiu conforme a lei, não configurando qualquer discricionariedade por parte do agente fiscal.

Este é o posicionamento firmado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. REEMBOLSO POR USO DE VEÍCULO PRÓPRIO. OMISSÃO EXISTENTE. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. RETORNO DOS AUTOS.

1. A teor da jurisprudência desta Corte, somente a existência de omissão relevante à solução da controvérsia, não sanada pelo acórdão recorrido, caracteriza a violação do art. 535 do CPC, o que de fato ocorreu na hipótese em apreço.

2. A isenção tributária sobre os valores pagos a título de participação nos lucros ou resultados deve observar os limites da lei regulamentadora; no caso, a Medida Provisória 794/94 e a Lei n. 10.101/00, e também o art. 28, § 9º, "j", da Lei n. 8.212/91, possuem regulamentação idêntica.

3. Descumpridas as exigências legais, as quantias pagas pela empresa a seus empregados ostentam a natureza de remuneração passíveis, pois, de serem tributadas.

4. *Sobre o auxílio-quilometragem, a contribuição previdenciária só incidirá se caracterizada a sua habitualidade, pois as verbas pagas por ressarcimento de despesas por utilização de veículo próprio na prestação de serviços a interesse do empregador têm natureza indenizatória. Precedentes.*

5. *Omisso o Tribunal de origem quanto à observância dos requisitos estabelecidos na Medida Provisória 794/94 e na Lei n. 10.101/00, como também quanto à habitualidade do uso do veículo próprio, apesar da oposição de embargos de declaração. Caracterizada a violação do art. 535 do CPC.*

Agravo regimental improvido.

(STJ – 2ª Turma – AgRg no REsp 1.197.757/ES – Ministro Relator Humberto Martins – Dje 13/10/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. ISENÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

1. *Embasado o acórdão recorrido também em fundamentação infraconstitucional autônoma e preenchidos os demais pressupostos de admissibilidade, deve ser conhecido o recurso especial.*

2. *O gozo da isenção fiscal sobre os valores creditados a título de participação nos lucros ou resultados pressupõe a observância da legislação específica regulamentadora, como dispõe a Lei 8.212/91.*

3. *Descumpridas as exigências legais, as quantias em comento pagas pela empresa a seus empregados ostentam a natureza de remuneração, passíveis, pois, de serem tributadas.*

4. *Ambas as Turmas do STF têm decidido que é legítima a incidência da contribuição previdenciária mesmo no período anterior à regulamentação do art. 7º, XI, da Constituição Federal, atribuindo-lhe eficácia dita limitada, fato que não pode ser desconsiderado por esta Corte.*

5. *Recurso especial não provido.*

(STJ – 2ª Turma – RESp 856.160/PR – Relatora Ministra Eliana Calmon – Dje 23/06/2009)

Cumprе destacar que, qualquer alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade acerca do disposto no § 10, do artigo 214, do Decreto 3.048/99 não pode ser analisada por este Tribunal, em face da já citada Súmula nº 02, do CARF.

MULTA DE MORA

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

Assinado digitalmente em 31/03/2011 por MARCELO MAGALHAES PEIXOTO, 04/04/2011 por CARLOS ALBERTO MEE

S STRINGARI

Autenticado digitalmente em 23/03/2011 por ANTONIA IRISMAR OLIVEIRA GUIMA

Emitido em 05/04/2011 pelo Ministério da Fazenda

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 estabelece que os débitos referentes a contribuições não recolhidas no prazo previsto em lei, 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%.

Tendo em vista que o artigo 106 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 em comparativo 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.

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

I - em qualquer caso, quando seja expressamente interpretativa, excluída a aplicação de penalidade à infração dos dispositivos interpretados;

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

a) quando deixe de defini-lo como infração;

b) quando deixe de tratá-lo como contrário a qualquer exigência de ação ou omissão, desde que não tenha sido fraudulento e não tenha implicado em falta de pagamento de tributo;

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Diante do exposto, manifesto-me pelo **provimento parcial** do recurso para determinar o recálculo da multa de mora, de acordo com o determinado no art. 35, caput, da Lei 8.212/91, na redação dada pela Lei 11.941/2009, prevalecendo o mais benéfico ao contribuinte.

Marcelo Magalhães Peixoto