



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

Processo nº 12259.000760/2009-11
Recurso nº 000.000
Resolução nº **2401-000.206 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 13 de março de 2012.
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente WARNER MUSIC BRASIL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento do recurso em diligência.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo – Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD n.º 37.097.889-7, lavrada contra o sujeito passivo acima identificado, visando à exigência das contribuições patronais para a Seguridade Social, inclusive a destinada ao financiamento dos benefícios acidentários, além daquelas arrecadadas para outras entidades e fundos.

De acordo com o Relatório Fiscal, fls. 31 e segs., os fatos geradores contemplados no lançamento foram as remunerações pagas, creditadas ou devidas aos segurados empregados da empresa, apuradas nas folhas de pagamento na rubrica "222 — Participação nos Resultados".

Afirma-se que o período do levantamento do débito compreende os meses de janeiro e maio de 2004; janeiro, fevereiro, maio e dezembro de 2005; novembro de 2006.

A seguir, o fisco cita dispositivo do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, tratando da não inclusão da participação dos empregados nos resultados e lucros da empresa na base de cálculo das contribuições sociais, quando a verba é paga em conformidade com a lei específica.

São mencionadas no relato cláusulas relevantes dos Acordos de Participação dos Lucros e Resultados - PLR, relativos aos exercícios de 2003 a 2005, as quais previam que a PLR seria paga em função do acréscimo de faturamento da empresa.

Depois, apresenta-se o resultado da empresa nos mesmos exercícios, concluindo que em 2003 houve prejuízo, não podendo haver pagamento de PLR, e que em 2004 e 2005 o resultado foi positivo.

O Auditor Notificante fez também uma apuração do crescimento do faturamento da empresa no período do lançamento, tendo concluído que:

- a) em 2003, houve um incremento no faturamento da empresa que proporcionaria um pagamento de PLR no valor de 25% do salário de dezembro;
- b) em 2004, houve uma redução no faturamento, fato que impediria a distribuição da verba sob questão;
- c) o acréscimo no faturamento de 2005 justificaria o pagamento de PLR na proporção de 50% do salário de dezembro.

Assevera o fisco que no ano de 2004 a PLR foi paga na data estabelecida no acordo coletivo, todavia, para os exercícios de 2005 e 2006, os pagamentos não se deram nas datas acordadas. Afirma ainda que em 2005 a parcela não foi paga de uma única vez para um mesmo segurado e que, em 2006, um segurado recebeu a verba em janeiro e os demais em maio.

Conclui, assim, que nos exercícios de 2005 e 2006 a PLR foi paga sem respeitar as determinações dos acordos.

Depois demonstra, citando situações individualizadas que, nos exercícios de 2004, 2005 e 2006, houve segurados que receberam a mais de que o acordado, outros receberam valores inferiores, outros receberam sem haver trabalhado na empresa durante o período aquisitivo da PLR e, mais, outros, embora tenham trabalhado nesse período, não foram contemplados com a verba.

Concluiu o fisco que, diante das constatações relatadas, a rubrica “222” deveria sofrer a incidência das contribuições sociais.

Foram acostados: tabelas demonstrativas do pagamento da verba, discriminando cada segurado envolvido; Acordos Coletivos firmados com o Sindicato dos Empregados (2003 a 2006); Acordos de Participação nos Lucros e Resultados (2003 a 2006).

A notificada apresentou defesa, fls. 158 e segs., alegando em apertada síntese que:

a) a NFLD é nula, posto que foi intimada do lançamento em 18/12/2007, data em que não havia Mandado de Procedimento Fiscal - MPF válido, uma vez que o lavrado inicialmente houvera vencido em 30/11/2007;

b) pagou PLR nos exercícios de 2004 a 2005 com base no faturamento alcançado pela empresa, além de acréscimo de vantagem desvinculado dos lucros e resultados, esse a critério da administração e da comissão, tudo em perfeita sintonia com que consta dos Acordos Coletivos e com a legislação de regência;

c) o inciso XI do art. 7.º da Carta Magna desvincula da remuneração a participação nos lucros e resultados e as parcelas recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

d) os Acordos de Participação nos Lucros e Resultados tratam de participação nos lucros e participação no incremento de receitas, assim independentemente da existência de lucro, os empregados fazem jus ao recebimento da verba ali tratada;

e) no exercício de 2003, embora a empresa tenha apurado prejuízo, houve um incremento nas receitas, fato que justifica o pagamento da rubrica em 2004, sem que sobre a mesma venha a haver tributação para a Seguridade Social;

f) para 2004, o faturamento diminuiu, todavia, a empresa apurou lucro, portanto, o pagamento da PLR em 2005 não destoou do que foi acordado, descabendo a exação para esse período;

g) a fiscalização incluiu na base de cálculo da apuração todos os valores pagos na rubrica “222” nos exercícios de 2004 a 2006, não excluindo sequer os valores que entendeu terem sido pagos em consonância com os Acordos;

h) não se levou em consideração no desenvolvimento da auditoria, o fato de que, além da parcela paga em razão da existência de lucro e incremento do faturamento, essa limitada a 25% e 50% do salário de dezembro, havia, a critério da administração e de acordo com os membros da comissão, acréscimo de vantagem, quando demonstrado que o empregado cumprira plenamente as metas propostas, com aumento da produção pessoal e do setor de trabalho, portanto, completamente dissociada do lucro e faturamento, o que derruba a tese do fisco de que a empresa não respeitou os limites estipulados nos Acordos;

i) esses valores se enquadram no parágrafo 9.º, inciso V, letra "j", do artigo 214 do Regulamento da Previdência Social, que expressamente determina que não integram o salário-de-contribuição os ganhos eventuais e abonos expressamente desvinculados do salário;

j) o fato de ambos os valores, a participação nos lucros e o adicional de vantagem, terem sido incluídos na mesma conta contábil não é motivo a justificar a tributação, pois, o fato gerador decorre de lei e não da forma como os fatos contábeis são escriturados;

k) a própria Lei n. 8.212/1991 (art. 28, I) não admite a incidência de contribuições sobre verbas que não se destinem a retribuir o trabalho, o que é o caso da verba paga como adicional de vantagem, até porque a mesma foi concedida em conformidade com o Acordo firmado com os empregados, não havendo embasamento legal para a tributação;

l) a verba adicional de vantagem é na verdade um ganho eventual que não expressa uma contrapartida pela realização do trabalho, por isso está fora do campo de incidência das contribuições sociais, nos termos da alínea “j”, inciso V, § 9.º do RPS;

m) o fisco teria ao menos que excluir da base de cálculo os valores pagos até o limite que entendeu acobertado pelos Acordos, o que não ocorreu, fato esse que fulmina o lançamento ante a incerteza e iliquidez da exigência.

Ao final, pede a nulidade ou improcedência do lançamento e a juntada posterior de documentos.

Foram acostados, além dos atos constitutivos da empresa, Acordos de Pagamento de PLR. Posteriormente, a empresa requereu a juntada das Atas de Reunião sobre o Acordo de Participação nos Resultados assim como das Avaliações de Gestão de Desempenho de cada funcionário.

O órgão de primeira instância declarou improcedente a impugnação, mantendo integralmente o crédito, fls. 244/255. A DRJ afastou a preliminar de nulidade, esclarecendo que na data da ciência da lavratura havia MPF válido, conforme prorrogação citada. No mérito, concluiu que a verba em questão foi paga em desacordo com a lei de regência, sendo procedente o lançamento. Foi indeferido o pedido de juntadas de novos documentos.

Inconformado, o sujeito passivo apresentou recurso voluntário, fls. 387 e segs., no qual alegou em síntese que o indeferimento do órgão de primeira instância para a produção de prova documental, deixando de analisar documentos acostados muito antes do julgamento *a quo*, fere o princípio da verdade material e cerceia o direito de defesa do administrado, por isso deve ser nulificada a decisão recorrida

Assevera que não se pode acatar a tese de que haveria MPF válido na data da ciência do lançamento, posto que não há prova de que o contribuinte foi intimado dessa prorrogação.

Na sequência, a recorrente explana acerca do seu Programa de Participação nos Lucros e Resultados, enfatizando que levanta o balanço e apura o resultado, para fins societários e gerenciais, considerando o período que vai de outubro de um determinado ano a setembro do ano subsequente.

Depois, tomando como exemplo o acordo firmado para o exercício de 2006, apresenta a “cláusula 2”, a qual prevê o pagamento de 50% do salário do empregado em caso de acréscimo no faturamento maior ou igual 20% em relação ao exercício anterior. Trata ainda da possibilidade de acréscimo de vantagem, prevista na “cláusula 7.ª”, que leva em conta outros parâmetros objetivos, quais sejam:

a) Metas Coletivas – referentes ao comparativo de desempenho de despesas (de propaganda e operacional) e custos fixos realizado entre o previsto e o realizado;

b) Meta Empresa – aferida através do índice denominado Resultado Operacional antes da Depreciação e da Amortização.

Afirma que essas informações podem ser verificadas no Anexo I da Ata de Reunião sobre o acordo de PLR (Doc.n.º 03).

Além das três metas citadas (Meta PLR, Meta Empresa - resultado operacional e Meta Coletiva – orçamento), assevera que a distribuição de resultados também levava em consideração uma quarta meta relativa ao desempenho individual de cada funcionário, tendo em vista a sua avaliação individual anual que considera competências como liderança/ produtividade/assiduidade/disciplina, dentre outros. Afirma que esta meta é aferida por avaliação de desempenho.

Conclui que o valor a ser pago à título de PLR decorre da soma dos percentuais obtidos em cada uma das quatro metas, multiplicado pela meta de salário máximo (número de salários) aplicável para cada categoria (Presidente, executivos e demais empregados). Informa que na planilha “Warner Music Brasil — Bonus Plan” pode ser verificada a consolidação dos resultados da empresa e por empregado para cada período do programa (DOC n. 04).

A empresa advoga que o fisco cometeu equívocos na sua apuração por não considerar que os resultados da empresa e as variáveis para pagamento da PLR eram aferidos no mês de setembro de cada ano, assim foram considerados como do mesmo exercício, por exemplo, os pagamentos efetuados em 01/2005 e 12/2005. Tal equívoco, afirma, fez a auditoria concluir que houve pagamentos intempestivos, o que não ocorreu.

Cita a legislação aplicável ao pagamento de PLR, concluindo que seu programa foi pago em consonância com as normas citadas, não havendo o que se falar em incidência de contribuições sobre esses valores. Justifica que o seu programa apresenta anualmente três instrumentos formalizados: a) Acorde de PLR; b) Ata de Reunião do Comitê de PLR e c) Relatório Anual de Gestão de Desempenho dos Empregados.

Argumenta ainda que o fundamento da decisão recorrida decorreu de análise superficial das práticas da recorrente para o pagamento da verba em questão, uma vez que a mesma possui critérios objetivos e bem definidos para a apuração da PLR, o qual é ponderado de forma diferenciada para três categorias de trabalhadores: presidente, executivos e staff, o que não é vedado por lei.

A recorrente cita jurisprudência do CARF que considera a autonomia das partes para a fixação de critérios para pagamento de PLR. Afirma que esse mesmo posicionamento é adotado pelo Judiciário, que não admite a intromissão do fisco no teor dos acordos firmados entre patrões e empregados visando ao pagamento da PLR.

Com relação ao pagamento efetuado no mês de maio de 2005, afirma que o mesmo decorreu do lançamento da oferta inicial de ações do grupo empresarial, que possibilitou o pagamento de um bônus equivalente a 4% do salário anual de cada funcionário. Apresenta documentos para comprovar a alegação e conclui que esse pagamento é desvinculado do salário e possui natureza de ganho eventual, o qual é excluído do salário de contribuição de acordo com o item 7 do § 9.º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991.

Ao final pede o acatamento das preliminares suscitadas e a declaração de improcedência do lançamento.

É o relatório.

CÓPIA

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Da necessidade de diligência fiscal

O Relatório Fiscal indica que os motivos determinantes para que os valores pagos a título de PLR viessem a compor a base de cálculo do lançamento foram:

- a) inexistência de lucro no exercício de 2003, cujos pagamentos ocorreram em 01 e 05/2004;
- b) pagamentos efetuados fora do prazo estipulado nos acordos, para os exercícios de 2004 e 2005, pagos em 01, 02, 05 e 12/2005 e 11/2006;
- c) pagamento de PLR em valores superiores aos determinados nos acordos de 2003, 2004 e 2005, considerando-se o salário do nominal do mês de dezembro do ano de aquisição;
- d) existência de segurados que receberam a verba sem que tenham trabalhado durante o ano aquisitivo, assim como, de segurados que, embora tenham laborado no ano de aquisição do direito, não foram contemplados com o benefício.

Há uma outra questão que restou mal esclarecida durante a fase de apuração do crédito, trata-se da cláusula 7.^a dos acordos de PLR, constante em todos os instrumentos colacionados, a qual foi assim redigida:

7) Fica estipulado ainda que a critério da administração, e de acordo com os membros da comissão, poderá ser proporcionado acréscimo da vantagem prevista na cláusula 2', quando ficar demonstrado que o empregado cumpriu plenamente as metas propostas logrando aumento da produção pessoal e do setor.

Afirmou o fisco que a empresa foi intimada a exhibir os documentos relativos ao cumprimento dessa cláusula, porém não atendeu à solicitação. Verifica-se, todavia, que a empresa, antes do julgamento de primeira instância, acostou, fls. 210 e segs., **Atas de Reunião sobre o Acordo de Participação nos Resultados** celebrados entre o representante legal da empresa e os membros da comissão dos empregados, relativos aos anos de 2004, 2005 e 2006, bem como das **Avaliações de Gestão de Desempenho** de cada funcionário.

Nas Atas de Reunião consta a regulamentação da cláusula 7.^a dos acordos contemplando o acréscimo de vantagem ali previsto, fazendo menção ao Anexo I e as avaliações de cada funcionário. Observa-se do Anexo I que os pagamentos a título de participação nos lucros e resultados contemplavam quatro metas, quais sejam: OIBDA, coletiva, subjetivas e PLR.

Na peça recursal a empresa traz demonstrativo de cálculo de cada uma das metas citadas, insistindo que o seu programa de participação nos lucros ou resultados contempla não apenas a meta relativa ao faturamento, mas outras que dizem respeito a orçamento, resultado operacional e desempenho individual.

Outra alegação que reputo de grande relevância, a qual foi apresentada apenas no recurso, sem que a Autoridade Fiscal ou o órgão de primeira instância tenham tomado conhecimento, foi a questão da periodicidade na apuração dos lucros e resultados para fins de balanço da empresa e para pagamento da PLR.

Nos termos da apuração fiscal, o exercício teria sido apurado de janeiro a dezembro de cada ano, e os valores apurados estariam relacionados aos PLR dos exercícios de 2003 a 2005. A empresa, no entanto, assevera que os resultados, em consonância com as regras estabelecidas pela matriz, eram apurados de outubro/X1 a setembro /X2, sendo os valores tomados para apuração relativos aos exercícios de 2003 a 2006. Nesse sentido, apresenta a seguinte tabela:

Mês do pagamento	Exercício de aquisição
Maio/2004	2003
Janeiro e Fevereiro/2005	2004
Dezembro/2005	2005
Novembro/2006	2006

Quanto aos valores pagos em maio de 2005, afirma a empresa que se tratam de um bônus, correspondente a 4% do salário anual de cada empregado, disponibilizado em razão do significativo acréscimo de caixa que a empresa obteve lançando ações no mercado, o qual, por se caracterizar como um ganho eventual e totalmente desvinculado do salário, não poderia sofrer a incidência das contribuições.

De todo o conjunto probatório analisado, verifico que a recorrente apresentou justificativas plausíveis, sustentadas por documentação consistente, a qual, em homenagem ao princípio da verdade material, não pode deixar de ser apreciada com cautela. Todavia, são fatos novos de que o fisco não teve conhecimento quando do seu procedimento na empresa.

Assim, não seria de bom alvitre tomar como verdadeiras as alegações da empresa sem que antes a parte adversa pudesse apreciar as teses expostas e a documentação acostada.

O órgão de primeira instância, é certo, não deixou de considerar a documentação acostada, mesmo aquela juntada após o prazo de impugnação, todavia, as razões e os documentos que vieram aos autos com o recurso não passaram pelo crivo da DRJ.

Assim, o entendimento desse julgador, repito, em louvor a busca da verdade material, é de que o processo retorne à Auditoria Fiscal, de modo que sejam, com esteio nos documentos exibidos na fiscalização e naqueles colacionados no transcurso do processo fiscal, respondidas as indagações abaixo:

a) o período de apuração dos resultados da empresa para fins de pagamento de PLR é de outubro a setembro do ano subsequente?

b) os valores apurados referem-se aos exercícios de aquisição da PLR de 2003, 2004, 2005 e 2006?

c) sendo a resposta do item anterior afirmativa, pode-se dizer que os pagamentos obedeceram ao acordado, quanto às datas previstas?

d) sendo a resposta do “b” afirmativa, tal constatação altera as conclusões lançadas no item 5.5 do Relatório Fiscal?

e) de fato, os programas de pagamento de PLR da empresa analisados contemplam outras metas além daquela relativa ao faturamento da empresa?

f) a verba paga na competência 05/2005 decorreu bônus relativo à colocação de ações da empresa no mercado de capitais?

g) a verba referida no item acima foi paga em mais de uma ocasião no período fiscalizado?

Faculta-se à Auditoria Fiscal lançar outras considerações que entenda poderem auxiliar na solução da lide.

Deve-se dar ciência ao sujeito passivo dessa resolução e da informação fiscal produzida pelo fisco, facultando-lhe o prazo legal para se manifestar.

Conclusão

Diante de todo o exposto, voto por converter o julgamento em diligência, nos termos acima propostos.

Kleber Ferreira de Araújo