



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

Processo n° 16327.001293/2010-80
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2401-003.606 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de agosto de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrentes BANCO DE INVESTIMENTOS CREDIT SUISSE (BRASIL) S.A.
 FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Data do fato gerador: 31/01/2005, 31/01/2006, 31/01/2007

FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE DESCONFORMIDADE DO ACORDO QUE DEU ORIGEM AO PAGAMENTO DA PLR COM A NORMA DE REGÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

A parcela paga a título de PLR na competência 01/2005, referente ao Acordo do ano-base de 2004, deve ser excluída do lançamento, posto que o fisco não demonstrou que aquele instrumento de negociação está em desconformidade com a Lei n. 10.101/2000.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS PLR. AUTO APLICABILIDADE DA NORMA CONSTITUCIONAL. INEXISTÊNCIA.

O pagamento da PLR, para que não sofra a incidência de contribuições sociais, deve ser efetuado em consonância com a legislação infraconstitucional que regulou o inciso XI do art. 7. da Constituição Federal, o qual não possui eficácia plena.

PLR. GANHO EVENTUAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Os valores pagos aos empregados não se caracterizam como ganhos eventuais, visto que são distribuídos em razão do esforço do trabalhador para atingir as metas acordadas com o empregador.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS - PLR. INEXISTÊNCIAS DE REGRAS CLARAS E OBJETIVAS QUE TRATEM DO DIREITO AO PAGAMENTO. DESATENDIMENTO À NORMA DE REGÊNCIA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

A previsão de regras claras e objetivas nos instrumentos de negociação efetuado entre empresa e trabalhadores, que permitam aos empregados aferirem o cumprimento das exigência para percepção da participação nos lucros e resultados - PLR, é exigida pela Lei n.º 10.101/2000, sendo que sua ausência leva à incidência de contribuições sociais sobre as verbas pagas a esse título. A menção genérica a diretrizes que nortearão o estabelecimento

das regras de pagamento da PLR não representa o cumprimento do requisito legal.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. INEXISTÊNCIA DE ACORDO PRÉVIO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

A inexistência de acordo prévio à aquisição do direito, para pagamento de participação nos lucros e resultados, desatende ao art. 2.º da Lei n.º 10.101/2000, fazendo com que incidam contribuições sociais sobre a verba em comento.

PROPORÇÃO ENTRE O SALÁRIO E O VALOR DA PLR. REQUISITO NÃO PREVISTO NA NORMA DE REGÊNCIA.

Por não constar na Lei n. 10.101/2000, descabe a indicação da desproporção entre o salário e o valor recebido a título de PLR como situação de desconformidade com a norma de regência.

REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE.

Na apuração fiscal foram excluídas do salário-de-contribuição as quantias que efetivamente foram pagas com base nas Convenções Coletivas de Trabalho, não cabendo a retirada de parcelas que foram absorvidas pelos pagamentos decorrentes do Acordos Coletivos.

APLICAÇÃO DA MULTA MAIS BENÉFICA. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 61 DA LEI N. 9.430/1996.

Tendo havido lançamento de ofício das contribuições, não é cabível a aplicação do art. 61 da Lei n. 9.430/1996, posto que este dispositivo é destinado às situações em que o recolhimento fora do prazo é efetuado espontaneamente pelo sujeito passivo.

Recurso de Ofício Negado e Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso de ofício. II) Pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário. Votaram pelas conclusões os conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira e Elias Sampaio Freire, que entendiam que a grande disparidade entre o valor dos salários e a PLR configura descumprimento dos requisitos legais e os conselheiros Igor Araújo Soares, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que entendiam não restar descumprido o requisito decorrente de assinatura dos acordos somente após final do período aquisitivo. Vencidos os conselheiros Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que limitavam a multa em 20% e a conselheira Carolina Wanderley Landim, que além de limitar a multa em 20%, reduzia a base de cálculo da atuação.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo – Relator

Processo nº 16327.001293/2010-80
Acórdão n.º **2401-003.606**

S2-C4T1
Fl. 677

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, Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

Trata-se de recurso de ofício interposto pela 13.^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em São Paulo I (SP) contra o seu Acórdão de n. 16-28.503, que julgou procedente em parte a impugnação apresentada pelo sujeito passivo para desconstituir o Auto de Infração – AI n. 37.271.729-2.

Desta decisão também recorreu o sujeito passivo.

O lançamento em questão refere-se à exigência das contribuições patronais para outras entidades ou fundos incidentes sobre as parcelas pagas a título de participação nos lucros ou resultados – PLR aos empregados e diretores empregados nas competências 01/2005; 01/2006 e 01/2007. O sujeito passivo tomou ciência desta lavratura em 29/09/2010.

Na decisão de primeira instância (ver fls. 606 e segs.), inicialmente ressaltase que o AI foi lavrado em total obediência ao que dispõem os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

Para a DRJ não ocorreu a decadência das contribuições lançadas, uma vez que o prazo decadencial deve ser aferido pela regra do inciso I do art. 173 do CTN, por se tratar de lançamento de ofício. Sustenta que o sujeito passivo não declarou em GFIP as parcelas tomadas como salário-de-contribuição.

Foi excluída do crédito a competência 01/2005, por entender o órgão julgador que os valores pagos nesse mês decorreram do Acordo Coletivo de Trabalho - ACT de PLR de 2004, ao qual o fisco não se referiu nas suas explicações acerca do desrespeito à norma de regência. Eis o que ficou consignado no voto condutor do acórdão recorrido:

“9.7. Desta sorte, por tudo quanto articulado, forçoso concluir pela inexistência nos autos de informações e/ou elementos probatórios que descaracterizem como tal o pagamento referente a título de PLR de 2004, efetuado em janeiro de 2005.

9.8. Assim, merece reparo o lançamento em apreço, no atinente à competência janeiro/2005, devendo esta ser expungida do presente processo, conforme DADR, fls. 470.”

Quanto à incidência de contribuições sobre a PLR distribuída em 2006 e 2007, a DRJ conclui que desatenderam a Lei n. 10.101/2000, posto que os ACT somente foram assinados no final do período, além de que estes não continham regras claras e objetivas tratando do procedimento de aferição do direito ao recebimento do benefício.

Também foi afastada a pretensão do sujeito passivo para que da base de cálculo fossem excluídas as quantias pagas por força de Convenção Coletiva de Trabalho - CCT. Justificou a DRJ que, ao optar por firmar ACT, a empresa afastou as disposições convencionais, ressalvadas as referências expressas dos Acordos sobre cláusulas das Convenções.

Afastou-se a tese de que os pagamentos seriam eventuais. Segundo a DRJ, é incompatível que uma verba tratada em norma coletiva de trabalho seja considerada um ganho eventual.

Por fim, decidiu-se que a aplicação da norma mais benéfica para cálculo da multa, tendo em conta as mudanças promovidas pela Lei n. 11.941/2009, somente teria cabimento quando do pagamento, parcelamento ou inscrição do crédito em dívida ativa.

Em seu recurso, fls. 628 e segs., a empresa, em apertada síntese, alegou que:

a) a decadência deve ser aferida pela regra do § 4. do art. 150 do CTN, haja vista que houve pagamento parcial de contribuições nas competências envolvidas;

b) a expressão “conforme definido em lei”, constante no inciso XI do art. 7. da CF/88, apenas se aplica a parte final do inciso, isto é, à hipótese excepcional de gestão da empresa, não afetando a parte que trata da participação nos lucros;

c) a discussão a respeito da auto-aplicabilidade do dispositivo constitucional relativo à PLR está pendente de apreciação pelo STF, tendo sido, inclusive, reconhecida a repercussão geral da matéria no RE n. 569.441- RS;

d) é fato incontroverso que os ACT de PLR celebrados pela recorrente com seus empregados foram firmados com a participação do Sindicato, menciona cláusulas constantes no Acordo de 2005;

e) ao contrário do que entendeu a DRJ, as metas estipuladas por meio do Programa “My Performance” fazem parte do Acordo de PLR, portanto, foram chanceladas pelo Sindicato;

f) É legítimo e razoável que as metas individuais dos empregados, sejam estabelecidas caso a caso, em documentos apartados, levando em consideração a especificidade de cada situação, em especial, a função desempenhada, o tempo de serviço e a responsabilidade do cargo;

g) há jurisprudência administrativa reconhecendo válidos os ACT de PLR em que metas e objetivos mais específicos constavam de documentos apartados. Transcreve decisão;

h) por outro lado, o Egrégio STJ já decidiu que a ausência de homologação do Acordo no sindicato não descaracteriza a participação nos lucros a ensejar a incidência de contribuições;

i) a simples leitura dos ACT de PLR e do Manual de Uso do Programa “My Performance”, aliada aos esclarecimentos prestados pela empresa, leva inexoravelmente à conclusão de que houve a estipulação de regras claras e objetivas referentes aos direitos dos empregados e dos mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado;

j) a Lei da PLR privilegiou a negociação entre as partes, sendo defeso à fiscalização se imiscuir nos critérios negociados, a menos que demonstre alguma desconformidade com a norma de regência. Menciona decisão do 2. Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda;

k) no que se refere ao ACT relativo ao ano-base 2005, o fisco sequer questionou a sua intempestividade, posto que foi assinado pelas partes em 27/01/2005,

portanto, a decisão recorrida não poderia fundamentar a irregularidade deste ajuste na suposta falta de formalização prévia;

l) quanto ao ACT do ano-base 2007, o pagamento da verba somente ocorreu em janeiro de 2008, portanto, fora do período da NFLD;

m) o ACT do ano-base 2006, embora tenha sido assinado em 28/12/2006, não pode ser descaracterizado para fins de incidência de contribuições, conforme entendimento exarado pela antiga Sexta Câmara do 2. CC;

n) de qualquer forma, observa-se que o pagamento da PLR de 2006 foi efetuado em janeiro de 2007, portanto, posteriormente à assinatura do ACT;

o) ressalta que para esse acordo as metas para fins de avaliação dos funcionários já haviam sido fixada no início do período no programa interno denominado “My Performance”.

p) não há na Lei n. 10.101/2000 nenhuma regra que limite o valor da PLR ou que disponha que ela deve tomar como base o montante dos salários dos empregados, por isso, é improcedente o argumento de que se justificaria a tributação em razão de disparidades existentes entre o montante de PLR distribuído e o valor dos salários dos beneficiários;

q) observa-se que os salários dos seus empregados são compatíveis com os valores praticados no mercado, não sendo razoável à conclusão da DRJ de que a PLR teria sido paga em substituição ao salário dos trabalhadores, a menos que o fisco houvesse demonstrado alguma simulação;

r) ainda que as parcelas pagas pelo RECORRENTE aos seus empregados não pudessem ser caracterizadas como PLR, o que se admite apenas para fins de argumentação, o AI seria improcedente, na medida em que exige contribuições sobre ganhos eventuais;

s) embora o fisco tenha mencionado no item 32 do seu relatório que as parcelas pagas com base nas CCT teriam sido descontadas da base de cálculo, a recorrente demonstrou que parte dos pagamentos decorrentes das referidas Convenções não foram abatidas do salário-de-contribuição;

t) a decisão recorrida se contradiz ao afirmar que os Acordos de PLR seriam nulos e, ao mesmo tempo, mencionar que as cláusulas destes se sobreporiam àquelas constantes nas convenções;

u) deve-se observar na aplicação da multa o comando inserto na alínea “c” do inciso II do art. 106 do CTN, ou seja, deve-se afastar a multa de mora, uma vez que ela não se compatibiliza a nova sistemática introduzida pela Lei n. 11.941/2009;

v) caso se entenda pela manutenção da multa moratória, que fique limitada a 20% da contribuição devida.

Ao final pede que a decisão seja reformada na parte que lhe foi desfavorável ou que o AI seja retificado, a fim de que sejam excluídos do crédito tributário os valores da PLR que seriam devidos nos termos das CCT ou, senão isso, que a multa de mora seja excluída do valor lançado ou, pelo menos, fique limitada ao percentual de 20%.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso de ofício atende aos pressupostos de admissibilidade, posto que o valor exonerado situa-se acima do valor mínimo fixado pela Portaria MF n.º 03, de 03/01/2008¹.

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

Recurso de Ofício

Conforme muito bem fundamentado na decisão de primeira instância, o pagamento efetuado em 01/2005 refere-se ao ACT ano-base 2004. Considerando-se que o fisco não trouxe elementos para demonstrar que esse instrumento de negociação desatendeu aos ditames da Lei n. 10.101/2000, deve-se afastar a incidência de contribuições sobre esta parcela.

Encaminho, assim, por negar provimento ao recurso de ofício.

Recurso Voluntário

a) Decadência

É cediço que, com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n.º 8.212/1991 pela Súmula Vinculante n.º 08, editada pelo Supremo Tribunal Federal em 12/06/2008, o prazo decadencial para as contribuições previdenciárias passou a ser aquele fixado no CTN.

Quanto à norma a ser aplicada para fixação do marco inicial para a contagem do quinquídio decadencial, o CTN apresenta três normas que merecem transcrição:

Art. 150 (...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto

¹ Art. 1º O Presidente de Turma de Julgamento da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) recorrerá de ofício sempre que a decisão exonerar o sujeito passivo do pagamento de tributo e encargos de multa, em valor total superior a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais).

Parágrafo único. O valor da exoneração de que trata o caput deverá ser verificado por processo.

o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

.....
Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

(...)

A jurisprudência majoritária do CARF, seguindo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, tem adotado o § 4.º do art. 150 do CTN para os casos em que há antecipação de pagamento do tributo, ou até nas situações em que não havendo a menção à ocorrência de recolhimentos, com base nos elementos constantes nos autos, seja possível se chegar a uma conclusão segura acerca da existência de pagamento antecipado.

O art. 173, I, tem sido tomado para as situações em que comprovadamente o contribuinte não tenha antecipado o pagamento das contribuições, na ocorrência de dolo, fraude ou simulação e também para os casos de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

Por fim, o art. 173, II, merece adoção quando se está diante de novo lançamento lavrado em substituição ao que tenha sido anulado por vício formal.

Na situação sob análise, verifico que a norma a ser aplicada é o § 4.º do art. 150 do CTN, posto que há guias de pagamento para as competências envolvidas no lançamento, conforme fls. 398; 399; 400 e 410.

Tendo-se em conta que a ciência da lavratura ocorreu em 29/09/2010, fl. 02, deve ser afastada pela decadência as contribuições lançadas na competência 01/2005.

Ocorre que essa competência, conforme vimos acima, foi excluída pela DRJ, portanto, o pedido para reconhecimento da decadência ficou sem objeto.

b) auto-aplicabilidade da norma constitucional que trata da PLR

O art. 7.º, inciso IX, da Carta Magna dispõe:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

(...)

Argumenta a empresa que apenas a parte final do inciso dependeria de lei regulamentadora, sendo a parte que trata da PLR uma norma de eficácia plena. Não devo lhe dar razão. Embora haja o reconhecimento da repercussão geral no STF acerca da auto-aplicabilidade do referido comando n. 569.441 – RS, essa matéria já foi decidida em outro momento pelo plenário da Corte Suprema.

Ali o STF reconheceu que a PLR, somente a partir da edição da MP 794/1994, por várias vezes reeditada e finalmente convertida na Lei n.º 10.101/2000, passou a não integrar a base de cálculo das contribuições previdenciárias. É o que se observa do julgado (RE 398284 / RJ - RIO DE JANEIRO):

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.

Merece transcrição excerto do voto do Ministro Menezes Direito (Relator):

”Há três precedentes monocráticos na Corte. Um que foi relator o Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes; e dois outros da relatoria do Ministro Eros Grau.

Então a questão está posta com simplicidade. E estou entendendo, Senhor Presidente, com a devida vênia da bela sustentação do eminente advogado, que realmente a regra necessita de integração, por um motivo muito simples: é que o exercício do direito é que se vincula à integração, não é a regra só, que nesses casos, quando manda que a lei regule o exercício, que vale por si só. Se a própria Constituição determina que o gozo do exercício dependa de lei, tem que haver a lei para que o exercício seja pleno. Se não há lei, não existe exercício. E com um agravante que, a meu ver, parece forte o suficiente para sustentar esse raciocínio. É que o fato de existir a participação nos lucros, desvinculada da remuneração, na forma da lei, não significa que se está deixando de dar eficácia a essa regra, porque a participação pode ser espontânea; já havia participação nos lucros até mesmo antes da Constituição dos 80. E, por outro lado, só a lei pode regular a natureza dessa contribuição previdenciária e também a natureza jurídica para fins tributários da participação nos lucros. A lei veio exatamente com esse objetivo. É uma lei que veio para determinar, especificar, regulamentar o exercício do direito de participação nos lucros, dando consequência à necessária estipulação da natureza jurídica dessa participação para fins tributários e para fins de recolhimento da Própria Previdência Social.

Ora, se isso é assim, e, a meu sentir, parece ser, pela leitura que faço eu do dispositivo constitucional, não há fundamento algum para afastar-se a cobrança da contribuição previdenciária antes do advento da lei regulamentadora.”

Percebe-se, então, que, se o STF entendeu que não havia lei regulamentando o pagamento de PLR antes da edição da MP n.º 794/1994, não há como acolher o entendimento de que a apenas a participação dos trabalhadores na gestão das empresas é que carecia de regulamentação para produzir os seus efeitos. O entendimento acima deixa bem nítido que o comando constitucional relativo à participação nos lucros ou resultados também não é norma de eficácia plena.

c) ganhos eventuais

Também não acolho o argumento de que a verba em questão seria excluída do salário-de-contribuição por se caracterizar como ganhos eventuais, em razão da norma inserta no item 7 da alínea “e” do § 9. do art. 28 da Lei n. 8.212/1991. A meu ver esse entendimento não se coaduna com a melhor exegese da legislação. Eis a norma citada:

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

(...)

e) as importâncias:

(...)

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

(...)

A interpretação do dispositivo acima não pode ser dissociada daquele inserto no “caput” do mesmo artigo, acima transcrito, mas que não custa apresentar mais uma vez:

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

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida 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 e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...)

À luz da legislação citada, o melhor entendimento é o de que somente não incidem contribuições sobre os ganhos eventuais, se esses forem pagos como mera liberalidade do empregador, sem que possuam qualquer caráter de retributividade. O que, tenho certeza, não se aplica a situação de pagamento de participação nos lucros ou resultados. Não há dúvida de que, no caso concreto sob cuidado, o pagamento da PLR era realizado em razão do vínculo contratual estabelecido entre empresa e os trabalhadores.

Na verdade, a PLR, malgrado seja concedida em razão do alcance de determinadas metas fixadas por empregador e empregados, não pode ser considerada como pagamento eventual, uma vez que o segurado, sabe a priori que, uma vez obtido o resultado fixado no programa de participação nos lucros, fará jus ao recebimento de sua parcela.

Portanto, afasto a alegada natureza de ganhos eventuais da verba sob comento, até porque a mesma foi disponibilizada aos empregados da recorrente anualmente, em razão do esforço daqueles, o que retira da parcela a natureza jurídica que lhe quer dar a recorrente.

d) conformidade da sistemática de pagamento da PLR com a Lei n. 10.101/2000

Nos termos do relatório fiscal, fls. 12 e segs, foram três as desconformidades entre os pagamentos efetuados a título de PLR pela recorrente com os ditames da lei específica, quais sejam:

1. os Acordos de PLR firmados com os empregados não conteriam regras objetivas;
2. os Acordos relativos aos anos-base de 2006 e 2007 foram assinados somente após final do período aquisitivo;
3. a grande disparidade entre o valor dos salários e a PLR revela que esta estaria sendo paga em substituição àqueles, contrariando assim o art. 3. da Lei n. 10.101/2000.

Passemos então a apreciar cada um desses motivos.

A empresa alegou que a Cláusula Segunda dos ACT dispunha que as partes estabeleçam a sistemática para pagamento da PLR nos termos do Anexo I, o qual integra o Acordo.

Aduziu a empresa que o Acordo de PLR é pautado em um plano de metas, cujas diretrizes encontram-se no parágrafo primeiro da Cláusula Terceira do Anexo I, nos seguintes termos:

CLÁUSULA TERCEIRA - AVALIAÇÃO DO DESEMPENHO
Anualmente será efetuada a avaliação de cada empregado, considerando aspectos subjetivos e objetivos de performance, dentre os quais o desempenho do empregado em relação a metas estabelecidas para o empregado individualmente, para a sua área e para toda a empresa.

PARÁGRAFO PRIMEIRO *São considerados elementos relevantes na avaliação dos empregados aspectos subjetivos como atitude, potencial de crescimento, etc., mas principalmente aspectos objetivos, variando conforme a posição dos empregados, tais como contribuição para os resultados da empresa, cumprimento de normas regulamentares e procedimentos internos, assiduidade, compromisso com objetivos departamentais e globais da empresa, etc.*

A seguir asseverou que as mencionadas metas são divulgadas no início de cada exercício mediante o Programa “My Performance”, o qual foi acostado na impugnação. Ali, afirma, são estabelecidas, de forma objetiva, as metas individuais e específicas de cada empregado.

Para a DRJ esta sistemática não satisfaz os ditames legais, haja vista que o mencionado programa interno de metas não foi objeto de negociação com o Sindicato.

Não posso concordar com a empresa. Apreciando os termos das disposições do Anexo I acima transcritas, verifico que não há menção a qualquer programa de metas, mas apenas a indicação de uma série de fatores que poderiam vir a ser utilizados na aferição do direito ao recebimento da PLR.

Para mim, as regras do Programa “My Performance” poderiam ser aceitas caso no corpo do ACT ou de seu Anexo constasse expressamente que o pagamento da PLR estaria condicionado ao alcance das metas do referido programa. Isso não fica claro.

Essa turma tem entendido que as regras citadas no § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 10.101/2000 não necessitam estar no corpo do próprio instrumento de negociação, mas este tem obrigatoriamente que mencionar o documento onde estão reveladas as metas e os critérios que uma vez cumpridos darão direito ao benefício trabalhista em questão.

Entendo, portanto, que o pagamento da PLR foi feito ao arrepio da Lei por não está arremado em regras claras e objetivas negociadas pelas partes.

Acerca da necessidade de assinatura dos acordos somente ao final do período aquisitivo da PLR, entendo que também restou descumprida a norma de regência.

Não consigo visualizar as regras sendo fixadas durante o transcurso do jogo. Para que os trabalhadores sintam-se motivados atingir os objetivos que lhes trariam o direito à participação nos resultados da empresa, sem dúvida, é necessário que, durante o período aquisitivo, os mesmos tivessem pleno conhecimento de todas as condições impostas.

Não fosse assim, os empregados não teriam como aferir se estariam alcançando os objetivos que lhes dariam direito à PLR. A lógica intrínseca ao sistema de pagamento da PLR exige que os seus beneficiários conheçam as regras que presidem o processo e, assim, possam contribuir com seu esforço para o alcance das condições fixadas no ajuste com o patrão visando à participação nos lucros.

Tem sido esse o entendimento prevalente nessa turma de julgamento, como se pode ver do entendimento exarado no voto condutor do Acórdão n.º 2401-002.251, da lavra da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, em sessão realizada no dia 20/01/2012:

“Com base nesse pensamento, entendo que as metas a serem cumpridas, devem ser previamente pactuadas, para que o empregado tenha conhecimento prévio de quanto o seu esforço poderá lhe trazer de retorno. Formalizar acordos, quase ao término do exercício para os quais serão pagos valores a título de PRL, nada mais é do que tentar desnaturar pagamentos indiretos aos empregados, dandolhes uma maquiagem de PLR, para que sejam excluídos da base para o pagamento de outros direitos. Nessa seara, bastanos apreciar o disposto no § 1º do art. 2 da Lei 8212/91: (...)”

Assim também entendo. Não se compatibilizam com a Lei n. 10.101/2000 os acordos para pagamento de PLR firmados pelas partes apenas ao final do período aquisitivo.

Chamo atenção que esse descumprimento não atinge o pagamento efetuado em 01/2006 (PLR de 2005), posto que o fisco não apontou a inexistência de acordo prévio para tributar os valores relativos ao ACT firmado em 2005, o qual teria sido formalizado em janeiro daquele ano.

A suposta disparidade entre os valores pagos a título de PLR e o salário do trabalhador não é exigência constante da norma. Em nenhum momento a Lei de regência dispõe sobre a proporção que deve ser respeitada entre estes dois ganhos do trabalhador.

Não pode o fisco instituir barreiras para a percepção deste benefício constitucional que não estejam definidos na Lei n. 10.101/2000. Vou reproduzir decisão trazida a colação pela recorrente, a qual se amolda perfeitamente à situação em tela:

"A autoridade fiscal diz que a empresa não teria estendido o pagamento da PLR a todos os seus empregados, negando o direito aos temporários, argumento do qual não posso concordar, simplesmente porque não vejo na regulamentação da PLR, nenhum dispositivo que venha a exigir que a distribuição de lucros seja dirigida a todos os empregados.

Ora, se a legislação mencionada não exige a observância da situação narrada pela fiscalização, in casu a distribuição de lucros a todos os empregados, a sua ocorrência não poderá ter o condão de imprimirlhe natureza tributável para fins previdenciários.

É de se enfatizar mais uma vez que a desqualificação da PLR não pode ser fruto da interpretação subjetiva de quem a analisa, mas sim do confronto direito entre a forma com que se deu e a legislação que a regula."

(Acórdão n. 2401-00.066, de 04.03.2009.)

Assim, encaminho por afastar esse fundamento adotado pela autoridade lançadora.

d) Redução da base de cálculo

A DRJ não concordou com a alegação da empresa de que deveriam ser abatidas da base de cálculos as parcelas de PLR pagas em obediências as CCT. Para o órgão recorrido a empresa, ao optar por firmar os ACT, concedeu uma condição mais benéfica aos trabalhadores que aquela prevista nas Convenções, assim as cláusulas destas perderiam a eficácia frente ao disposto nos Acordos, a menos que esses fizessem alguma ressalva expressa.

Sobre essa questão, vale a pena transcrever duas menções constantes no relato do fisco:

"9. A PLR foi distribuída conforme artigo 2º, Inciso II da Lei 10101/00, através das convenções coletivas de trabalho sobre

Participação nos Lucros ou Resultados dos Bancos nos anos de 2005, 2006 e 2007, assinadas entre a FENABAN - Federação Nacional dos Bancos e a CNB - Confederação Nacional dos Bancários. Esta distribuição está de acordo com a legislação não se constituindo base de incidência de contribuição previdenciária.”

.....

“31. No levantamento PL - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS foram lançados os valores pagos e/ou creditados aos empregados a título de Participação nos lucros encontrados em planilhas fornecidas pela empresa e folhas de pagamentos e os valores pagos e/ou creditados aos diretores empregados encontrados nas folhas de pagamentos.

32. Foram descontados os valores referentes ao PLR distribuído através das convenções coletivas de trabalho sobre Participação nos Lucros ou Resultados dos Bancos nos anos de 2005, 2006 e 2007, assinadas entre a FENABAN - Federação Nacional dos Bancos e a CNB - Confederação Nacional dos Bancários.”

Analisando o Discriminativo Analítico do Débito em confronto com as planilhas apresentadas pela empresa, pode observar que as parcelas que foram pagas em decorrência das convenções foram abatidas da base de cálculo como se pode ver da tabela abaixo:

PAGAMENTO	PLR TOTAL ACT	PLR ANTECIP CCT	BC LANÇADA
01/2006	55.851.945,25	283.916,52	55.568.028,73
01/2007	81.126.644,00	573.359,06	80.553.284,94

Verifica-se assim que os valores de PLR efetivamente pagos aos segurados em conformidade com as CCT foram expurgados da base de cálculo.

Todavia, para as quantias que deveriam ter sido pagas por força das CCT, mas que foram absorvidas pelos ACT, por estes serem mais favoráveis, não poderiam ser abatidas.

Conforme justificou-se na decisão recorrida, as disposições do Acordo se sobrepõem às cláusulas convencionais, tanto que nas planilhas apresentadas pela empresa somente constam como parcelas decorrentes das CCT a “antecipação” e a “PLR adicional”, as quais não foram incluídas na base de cálculo.

Vê-se, portanto, que para as parcelas que a empresa indicou como pagas em decorrência das CCT não houve tributação.

Não tem razão a empresa quanto ao seu pleito de redução da base de cálculo.

Da multa aplicada

Consoante informado no relatório fiscal, foi efetuada a verificação da multa mais benéfica, concluindo-se que a multa calculada pela legislação vigente quando da

ocorrência dos fatos geradores mostrou-se mais favorável ao sujeito passivo. Assim, a multa foi imposta no patamar de vinte e quatro por cento das contribuições não recolhidas.

Requer o sujeito passivo que a multa seja fixada observando-se a nova redação dada ao dispositivo em questão pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2009, que trouxe ao art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 a seguinte redação:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

O referido art. 61 da Lei n. 9.430/1996 assim prescreve:

Art.61.Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

(...)

Ocorre que a aplicação retroativa a que se refere dispositivo acima somente tem lugar quando se está diante de pagamento espontâneo, ou seja, não objeto de lançamento de ofício.

Às situações em que o sujeito passivo deixou de declarar os fatos geradores e recolher as contribuições, levando o fisco a constituir o crédito tributário, a regra da novel legislação é o art. 44, I, da Lei n. 9.430/2006, conforme previsão do art. 35-A da Lei n.º 8.212/1991, introduzida pela MP n. 449/2008, convertida na Lei n. 11.941/2008:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Portanto, não há de se acatar o requerimento da empresa, posto que o art. 44, I, da Lei n. 9.430/1996, impõe multa mais gravosa (75% do tributo não recolhido) que aquela prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, na redação vigente quando da ocorrência dos fatos geradores.

Nesse sentido, deve-se manter a multa aplicada no lançamento, posto que a aplicação retroativa da nova legislação conduziria a um valor mais gravoso ao sujeito passivo.

Conclusão

Voto por negar provimento aos recursos de ofício e voluntário.

Kleber Ferreira de Araújo.

CÓPIA