



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

Processo nº 16327.001377/2010-13
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2202-004.711 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 09 de agosto de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Embargante BANCO J.P. MORGAN S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2007

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO.

Constatada omissão no acórdão, acolhem-se os embargos de declaração, para que seja sanado o vício apontado.

RECUSA DO SINDICATO EM PARTICIPAR DAS NEGOCIAÇÕES PARA PAGAMENTO DA PLR. INOBSERVÂNCIA PELA EMPRESA DAS POSSIBILIDADES LEGAIS PARA EXIGÊNCIA DA PARTICIPAÇÃO.

No caso de recusa do Sindicato em participar das negociações para pagamento da participação nos lucros e resultados, deve o empregador comunicar a recusa ao Ministério do Trabalho e Emprego, para adoção das providências legais cabíveis ou mesmo adotar as possibilidades da própria Lei nº 10.101/2000 para os casos de impasse na negociação.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em acolher os Embargos de Declaração, para fins de integrar o acórdão embargado, sem efeitos infringentes, vencidos os conselheiros Martin da Silva Gesto e Júnia Roberta Gouveia Sampaio. Votaram pelas conclusões os conselheiros Dilson Jatahy Fonseca Neto e Ronnie Soares Anderson.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez (suplente convocada), Júnia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Ronnie Soares Anderson.

Relatório

Tratam-se de Embargos de Declaração opostos pelo Contribuinte (fls. 531/536), em face do Acórdão nº 2403-002.092 (fls. 478/491).

Para conhecimento dos autos, reproduzo o relatório do Acórdão embargado, o qual sintetiza os fatos ocorridos até aquele momento:

Trata-se Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, lavrado contra a empresa acima identificada, referentes à contribuição social correspondente à parte de Terceiros (Salário Educação e INCRA), no período de 01/2005 a 01/2007, com ciência do contribuinte em 29/10/2010.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls 14/23, o lançamento teve por fatos geradores: a) Vale Transporte e b) pagamento de Participação nos Resultados em desacordo com a Lei 10.101/2000.

Foi efetuado o levantamento sobre a rubrica Vale transporte uma vez que a fiscalização identificou o pagamento era efetuado em pecúnia aos segurados empregados Sobre a Participação nos Lucros ou Resultados a fiscalização efetuou o lançamento por entender que: i) ausência de participação da entidade sindical da categoria nas PLR's celebradas nos anos de 2004 e 2005; ii) falta regras claras e objetivas, metas e mecanismos de aferição, iii) O acordo de 2006 foi assinado em dezembro daquele ano, ou seja, no final do período a ser avaliado.

Desta forma, considerou as distribuições efetuadas com base naquelas PLR's como sendo pagamentos efetuados em desacordo com os requisitos legais para exclusão das contribuições previdenciárias, ou seja, mera verba que complementa o salário.

Inconformada com Decisão de primeira instância (fls. 323/346), a empresa apresentou recurso onde alega em apertada síntese:

Em sede preliminar argüiu a nulidade da decisão de primeira instância ante a ausência de análise de todos os argumentos apresentados na defesa, em especial, a alegação de nulidade da autuação em face da extrapolação dos limites temporais do Mandado de Procedimento Fiscal - MPF, uma vez que este tinha como objeto a fiscalização de contribuições do período de 01/2005 a 01/2007 e exigiu documentação relativa a 2002 e 2004, ou seja, em período decaído.

Entende que, uma vez decaído o direito do Fisco questionar a legalidade dos planos de PLR celebrados em 2002 e 2004, não poderia lançar os valores relativos aos pagamentos realizados em 2005, posto que estes se originaram daqueles planos.

Que deve ser aplicada a decadência quinquenal das parcelas relativas às competências anteriores a 10/2005, com base no art. 150, § 4º do CTN.

Do Mérito Sobre os valores pagos a título de vale transporte, a recorrente defende a não incidência de contribuições, traçando um histórico da legislação que trata do assunto citando ainda jurisprudência sobre a matéria.

Afirma que o TST autorizou aos bancos, como a recorrente, o pagamento do vale transporte em dinheiro ante sua natureza jurídica eminentemente indenizatória, razões pela qual jamais poderia compor a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Que tais verbas não se consubstanciam retribuição pelo trabalho, MS sim, para o trabalho pois se destinam unicamente a possibilitar o deslocamento residência-emprego e emprego-residência.

Cita doutrina e jurisprudência sobre o tema para afastar o caráter retributivo de tais verbas.

Com relação à PLR, afirma que a ausência do Sindicato nos Acordos de Participação nos Lucros e Resultados - PLR, não encontra respaldo na Lei 10.101/00 que não estabelece a adoção de qualquer procedimento nos casos em que o Sindicato se negue a participar da negociação, portanto, não deve proceder a pretensão fiscal.

Defende que, no caso em apreço, não devem ser aplicadas as disposições contidas nos arts. 616 e 617 da CLT, pois, eles apenas regulamentam as relações jurídicas vinculadas a Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, que são instrumentos de negociação que não se assemelham ao Acordo Próprio entre a empresa e os seus trabalhadores.

Entende estar diante de uma obrigação impossível de ser cumprida já que a recorrente não possuía qualquer subsídio legal capaz de obrigar o Sindicato a participar das negociações de PLR.

No que tange a alegação da decisão de primeira instância deu que não constavam regras claras e objetivas e mecanismo de aferição, a recorrente se insurge aduzindo que a decisão recorrida se calcou em duas premissas equivocadas.

Afirma que os mecanismos de aferição previstos nos Acordos de PLR são as avaliações de desempenho relacionadas a três critérios de resultados: Resultados Corporativos; Resultados das Áreas e Resultados Individuais.

Informa que nos Anexos que integram os Acordos de PLR estão expressa, clara e objetivamente descritos todos os critérios utilizados na distribuição das PLR, em conformidade com o que foi negociado com os trabalhadores. Transcreve os trechos do Anexo para corroborar suas afirmações.

Mantém este raciocínio argumentando que todos os elementos objetivos necessários à configuração do merecimento ou não do PLR são claros e respeitaram o tratamento isonômico dispensado a todos os trabalhadores.

Conclui que, o fato das avaliações de desempenho terem sido efetuadas pelos gerentes ou supervisores não afronta a Lei 10.101/00 e questiona "a quem a DRJ esperava ver outorgada a competência para a definição de metas e resultados que fundamentam a PLR e a atividade empresarial da Recorrente?"

Defende que a Lei 10101/00 não exige que os acordos prevejam metas ou valores de forma detalhada ou numérica e que, o art. 2º, § 1º, inciso II da referida lei trata de mera faculdade arrolada pelo legislador que apontou alguns critérios que poderiam ser utilizados na elaboração de um acordo de PLR.

Cita o art. 7º, inciso XI da Constituição Federal para defender a não incidência de contribuição social sobre o pagamento de valores à título de participação nos lucros, sendo o requisito essencial, a existência de lucros e resultados a serem compartilhados com o empregado e que qualquer outra condição decorrente de legislação ordinária, que torne impeditivo o gozo de direito garantido pela Constituição Federal deve ser entendida como inconstitucional. Colaciona jurisprudência deste conselho para sustentar suas alegações;

Sobre a ausência de negociação prévia das metas que fundamentam os pagamentos de PLR, afirma que qualquer acordo somente pode ser assinado após o encerramento de um período prévio de negociações e que muitas vezes este período pode ser bastante extenso.

Que as negociações entre a recorrente, a comissão de empregados e o Sindicato ocorreram antes do período ao qual o desempenho dos empregados seria analisado para a verificação de alcance de resultados para fins de direito ao recebimento de PLR e ainda que o Acordo tenha sido assinado próximo ao final do período no qual houve essa análise, as negociações e a própria fixação de tais critérios ocorreram em período anterior, ou seja em tempo hábil para que os empregados soubessem qual a performance era esperada pela empresa. Ademais os acordos de PLR em nada inovaram, quando comparados com os programas que vinham sendo utilizados desde 1999 e aos quais os empregados já estavam bastante familiarizados.

Insurge-se contra a cobrança da Contribuição Adicional de 2,5% e pugna pela revisão da multa plicada para a aplicação da Lei 11.941/09, à fim de se adequar à legislação em vigor na época dos fatos. Considera ilegal a majoração da multa pelo decurso de tempo por ter sido revogado o art. 35 da Lei 8212/91 após a edição da MP 449/2008.

A decisão do colegiado da 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção de Julgamento foi assim resumida (fls. 478/491):

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância. Acolher parcialmente a preliminar de decadência para excluir do lançamento as contribuições lançadas até a competência 09/2005. No mérito dar Provimento Parcial ao recurso para, por unanimidade de votos, excluir do levantamento os valores referentes ao vale transporte e a PLR 2006 pagos após 12/2006; e por maioria de votos determinar o recalcule da multa de mora nos termos do art. 35 da Lei 8.212 (art. 61 da Lei 9.430/96), prevalecendo a mais benéfica ao contribuinte. Vencido o conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro na questão da multa de mora.

O Contribuinte foi intimado da decisão em 11/11/2016, em seu Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) perante a RFB (fls. 528/529) e apresentou embargos de declaração (fls. 531/533) em 17/11/2016, em função da identificação de omissão no acórdão CARF nº 2403-002.093, de 18/06/2013, uma vez que:

[...] o acórdão nada dispõe acerca da alegação do Embargante quanto à recusa do Sindicato em participar das negociações pertinentes aos anos de 2004 e 2005. Não se discute se há ou não ausência do Sindicato, mas sim se sua ausência proposital tem o condão de tornar o acordo estabelecido entre as partes inadequado frente às exigências contidas na Lei nº 10.101/00.

Os embargos foram admitidos, conforme despacho de fls. 735/739, para que fosse sanada a omissão apontada.

O processo foi sorteado para minha relatoria, por se tratar de Embargos de Declaração de Turma extinta e o Conselheiro não mais integrar o colegiado.

É o relatório.

Voto

Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias, Relatora

Acolho os Embargos por preencherem os requisitos de admissibilidade.

Analisando o acórdão Embargado, percebe-se que existe, efetivamente, a omissão indicada pelo Embargante: falta de pronunciamento em relação à recusa do Sindicato em participar das negociações, nos termos do despacho às fls. 735/739.

Diante de tal omissão, passo a examinar os argumentos esposados no Recurso Voluntário, especificamente em relação à PLR:

[...] a Lei n.º 10.101/2000 não estabelece a adoção de qualquer procedimento nos casos em que o Sindicato se nega a participar das negociações de PLR. Na verdade, apenas nos casos em que as negociações resultem em impasse (o que pressupõe a participação do Sindicato) a Lei n.º 10.101/2000 prevê que deve ser utilizado o mecanismo da mediação ou da arbitragem.

Sendo assim, face à ausência de previsão legal a respeito dos procedimentos que devem ser adotados pela empresa e/ou comissão de empregados em caso de omissão por parte do Sindicato, bem como à ausência de previsão dos efeitos jurídicos que tal omissão geram, o negócio jurídico em questão (Acordo de PLR) foi desconsiderado pelo Fisco com base em ato de sua vontade e por mero inconformismo, o que é juridicamente inaceitável.

E, nesse mesmo sentido, nem se alegue que seriam aplicáveis ao presente caso as disposições contidas nos artigos 616 e 617 da CLT, pois eles apenas regulamentam as relações jurídicas vinculadas a Convenções e Acordos Coletivos de Trabalho, que são instrumentos de negociação que não se assemelham -por sua forma, alcance e finalidade - ao Acordo Próprio que fundamentou os pagamentos de PLR no presente caso.

O até aqui exposto converge para a conclusão de que se está diante de uma verdadeira obrigação impossível de ser cumprida pelo Recorrente, já que não possuía qualquer subsídio legal capaz de obrigar o Sindicato a participar das negociações de PLR.

O argumento da recorrente já foi objeto de debate neste Conselho, nos autos do processo nº 36624.000688/2006-31, em que ela figurou como parte. E, por concordar com os fundamentos do voto vencedor daquele julgamento, exarado no acórdão nº 9202-005.211, de 21/12/2017, da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, de lavra da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, adoto-os como razões de decidir:

Da participação do representante do sindicato.

Conforme descrito acima, ao tratar das negociações entre empregador e empregados para o pagamento da PLR o legislador colocou à disposição das partes dois instrumentos negociais, quais sejam: convenção coletiva/acordo coletivo ou comissão formada por representantes da empresa e dos trabalhadores, esta obrigatoriamente com participação do ente sindical. Eis a disposição legal:

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.

Importante destacar que o referido dispositivo foi, inclusive, alterado recentemente, passando o inciso I a exigir que a comissão formada para negociar a PLR seja paritária,

mantendo-se inalterada a obrigatoriedade de participação do sindicato. Eis o texto alterado:

I - comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; (Redação dada pela Lei nº 12.832, de 20 de junho de 2013)

Conclui-se, que ao negociar o pagamento da PLR sem a participação da entidade sindical, a recorrente descumpriu o art. 2. da Lei n. 10.101/2000. Portanto, é de se reconhecer que o pagamento foi efetuado em dissonância com a lei que rege a matéria.

Não há de se acatar qualquer argumentação de que a participação do sindicato é mera formalidade e que o descumprimento desse requisito não pode acarretar na desconsideração da natureza jurídica do pagamento.

A presença de representante do sindicato nas negociações, antes de representar uma faculdade para as partes, constitui norma obrigatória, cujo desiderato é resguardar os interesses dos empregados mediante a assistência da sua entidade sindical.

Essa exigência nada mais é que um desdobramento do que dispõe o inciso III do art. 8º. da Constituição Federal do 1988, a qual se reporta ao sindicato como legítimo representante dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, dentre os quais, inegavelmente, situa-se a participação nos lucros e resultados da empresa.

Essa exigência nada mais é que um desdobramento do que dispõe o inciso III do art. 8º. da Constituição Federal do 1988, a qual se reporta ao sindicato como legítimo representante dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, dentre os quais, inegavelmente, situa-se a participação nos lucros e resultados da empresa.

Por outro lado, mesmo que não explicitamente provada, a alegação de que mesmo convocado para participar das negociações, o sindicato não compareceu (sic) não serve como fundamento para descumprir o preceito legal.

Embora plausível esta alegação da empresa, não serve de escusa para descumprimento da exigência legal de participação de representante sindical nas negociações para pagamento da PLR. E que, primeiro a empresa teria outro instrumento para formalizar o pagamento de PLR em conformidade com a lei 10.101/2000, no caso acordos os (sic) convenções coletivas.

E nem se venha argumentar que se já fora difícil a participação do sindicado na comissão, tão difícil quanto, será exigir do sindicato firmar acordos coletivos. O ordenamento pátrio prevê remédio para esses tipos de situação.

Quanto aos acordos e conveções (sic) coletivas assim, prevê a Consolidação das Leis do Trabalho — CLT:

Nos termos do art. 616 da CLT:

"Art. 616. **Os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas,** inclusive as que não tenham representação sindical, **quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva.**

§ 1º Verificando-se recusa à negociação coletiva, cabe aos sindicatos ou empresas interessadas dar ciência do fato, conforme o caso, ao Departamento Nacional do Trabalho ou aos órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, para convocação compulsória dos sindicatos ou empresas recalcitrantes.

§ 2º No caso de persistir a recusa à negociação coletiva, pelo desatendimento às convocações feitas pelo Departamento Nacional do Trabalho ou órgãos regionais do Ministério do Trabalho e Previdência Social, ou se malograr a negociação entabulada, é facultada aos sindicatos ou empresas interessadas a instauração de dissídio coletivo.

Assim, diante da recusa do ente sindical em participar das negociações coletivas, tem a empresa ao seu dispor de instrumento legal para suscitar ao Ministério do Trabalho a sua convocação compulsória.

Para os que entendem que essa possibilidade de convocação compulsória não seria aplicável, no caso de recusa de participação do representante sindical na comissão da empresa, a própria lei 10.101/2000 estabelece remédio em seu art. 4º, razão pela qual não há que se mitigar a participação do sindicato, conforme defende o recorrente.

Art. 4º—Caso a negociação visando à participação nos lucros ou resultados da empresa resulte em impasse, as partes poderão utilizar-se dos seguintes mecanismos de solução do litígio:

I-mediação;

II - arbitragem de ofertas finais, utilizando-se, no que couber, os termos da Lei n 9.307, de 23 de setembro de 1996.(Redação dada pela Lei nº 12.832, de 2013)(Produção de efeito)

§1º Considera-se arbitragem de ofertas finais aquela em que o árbitro deve restringir-se a optar pela proposta apresentada, em caráter definitivo, por uma das partes.

§2º O mediador ou o árbitro será escolhido de comum acordo entre as partes.

§3º Firmado o compromisso arbitral, não será admitida a desistência unilateral de qualquer das partes.

§4º O laudo arbitral terá força normativa, independentemente de homologação judicial.

Não tendo a recorrente adotado quaisquer dessas providências, resta caracterizado o descumprimento do requisito obrigatório previsto no art. 2º. da Lei n. 10.101/2000. E de se concluir que a falta de participação do representante sindical nas negociações para pagamento da PLR constitui afronta a lei específica, estando em perfeita consonância com a lei a incidência de contribuições sobre as parcelas pagas título de participações nos lucros e resultados, face não restar atendida a norma constante na alínea "j" do § 9. do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991. [...].

Portanto, diante da recusa de participação do Sindicato apontada pela embargante, não vislumbro nos autos que a empresa tenha se utilizado de outros instrumentos oferecidos pela Lei para que essa participação fosse efetivada.

Ressalto que, ao contrário do que afirma a embargante, os artigos 616 e 617 da CLT são plenamente aplicados ao caso, pois se a Lei nº 10.101/2000 disponibilizou à empresa dois instrumentos para a negociação com seus empregados sobre a participação nos lucros ou resultados, na impossibilidade de que um dos instrumentos não pudesse ser concretizado, por falta de um dos requisitos, como a efetiva participação do sindicato, a empresa disporia do outro, como convenção ou acordo coletivo, com todas as garantias que regem esses instrumentos, inclusive os dispostos nos artigos citados.

Nesse sentido, quando a Lei nº 10.101/00 relaciona como um dos instrumentos para a negociação da PLR a convenção ou acordo coletivo, não tira deles a carga de requisitos que lhes dão validade, conforme estipulado na CLT. Por isso, a Lei nº 10.101/00 não deve ser interpretada isoladamente, mas com toda a integração jurídica que lhe é própria.

Assim, não se tratava de "obrigação impossível de ser cumprida pelo Recorrente", mas de obrigação a qual a Lei deu todas as garantias para seu efetivo cumprimento.

Dessa forma, deve permanecer inalterada a conclusão exposta no acórdão embargado.

Conclusão

Diante do exposto, voto por acolher os Embargos, para fins de integrar o acórdão embargado, sem efeitos infringentes.

(assinado digitalmente)

Rosy Adriane da Silva Dias

