



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

Processo n° 16327.720283/2014-71
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2201-003.655 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de junho de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA INCIDENTES SOBRE REMUNERAÇÃO NÃO DECLARADA EM GFIP - PLR
Recorrente TARPON INVESTIMENTOS S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Data do fato gerador: 31/08/2009, 28/02/2010, 31/07/2010, 28/02/2011, 31/08/2011

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS (PLR). MEMBROS DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. CONDIÇÃO DE EMPREGADO. POSSIBILIDADE.

O texto constitucional condiciona a desvinculação da parcela paga a título de PLR da remuneração aos termos da lei. O plano de PLR que atende aos requisitos da Lei n° 10.101/2000 goza da isenção previdenciária.

Não há impedimento legal para que empregado ocupe assento no Conselho de Administração. Assim, carece de fundamento a presunção de que membros do Conselho de Administração desempenhariam função de diretores e, portanto, a PLR paga aos mesmos deveria sofrer a incidência de contribuições previdenciárias, uma vez que ausente a condição de empregado. Mormente quando resta comprovado o vínculo empregatício de tais membros do Conselho de Administração bem como o recolhimento de todos os encargos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, como as contribuições previdenciárias (parte do trabalhador e a parte patronal), FGTS, contribuição sindical, férias, etc.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário. Vencido o Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo que negava provimento.

Assinado digitalmente

CARLOS HENRIQUE DE OLIVEIRA - Presidente.

Assinado digitalmente

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator.

EDITADO EM: 10/07/2017

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Carlos Henrique de Oliveira, Carlos Alberto do Amaral Azeredo, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Daniel Melo Mendes Bezerra, Dione Jesabel Wasilewski, José Alfredo Duarte Filho (suplente convocado), Marcelo Milton da Silva Risso e Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 278/310, interposto contra decisão da DRJ em São Paulo/SP, de fls. 243/273, que julgou procedente o lançamento de contribuição patronal incidente sobre os pagamentos das Participações nos Lucros atribuídas a membros do Conselho de Administração/administradores, não declarado em GFIP, conforme auto de infração de fls. 122/128 dos autos (DEBCAD 51.032.898-9), lavrado em 07/04/2014, relativo às competências de 08/2009, 02/2010, 07/2010, 02/2011 e 08/2011, com ciência da RECORRENTE em 10/04/2014 (fl. 122).

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado no valor de R\$ 11.724.856,41, já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e a correspondente multa de ofício no percentual de 75%.

A RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 192/208 em 12/05/2014. Quando do julgamento do caso, a DRJ de origem, às fls. 243/273, dos autos, julgou procedente o lançamento. Tal decisão contém o seguinte relatório, que adoto, por sua clareza e precisão:

“O Termo de Verificação Fiscal, de fls. 06 a 21, em suma, traz as seguintes informações:

(...)

que a empresa é uma sociedade por ações, regida pelas disposições da Lei n.º 6.404/76, e tem como objeto social, conforme definido no artigo 3º do seu Estatuto Social: a) atuar como administradora de carteira e gestora de recursos próprios e de terceiros em fundos, carteiras e outros veículos de investimento, no Brasil e no exterior; b) adquirir, alienar,

negociar com títulos e valores mobiliários de companhias abertas e fechadas, na bolsa de valores ou fora dela, no Brasil e no exterior; c) exercer qualquer atividade afim ou correlata; e, d) participar do capital de outras atividades e fundos, carteiras e outros veículos de investimento;

*que o fato gerador se refere aos pagamentos das **Participações nos Lucros atribuídas a membros do Conselho de Administração/administradores** sem a devida incidência de contribuições previdenciárias;*

(...)

que, pela leitura dos direitos dos trabalhadores que estão listados no art. 7º [da Constituição], se nota que os mesmos pertencem somente aos segurados empregados, pois administradores eleitos por Assembleias das Companhias, por exemplo, não possuem os direitos citados nos seus incisos;

(...)

que a CF/88, em seu art. 7º, inciso XI, retirou de forma expressa a natureza salarial da participação, sendo esta, entretanto, uma norma de eficácia limitada, que depende da edição de uma lei ordinária, à qual cabe regulamentar esse dispositivo constitucional;

que, dessa forma, a Lei n.º 8.212/91, em obediência ao preceito constitucional, dispõe, em seu artigo 28, parágrafo 9º, alínea “j”, que não integra o salário-de-contribuição: a participação nos lucros ou resultados, quando paga ou creditada de acordo com a lei específica;

(...)

que a regulamentação da matéria ocorreu, em 29/12/1994, com a edição da Medida Provisória (MP) n.º 794, que dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas, tendo sido esta reeditada várias vezes até a sua conversão na Lei n.º 10.101/2000;

que, pela leitura dos artigos 2º e 3º desta MP, não resta dúvida de que a intenção do constituinte foi desvincular da remuneração a participação nos lucros ou resultados recebida apenas pelo empregado, ou seja, a participação paga a outra espécie de trabalhador é considerada base de incidência de contribuição previdenciária;

que o contribuinte autuado é uma sociedade anônima e pagamentos referentes a participações nos lucros a membros do conselho de administração e diretoria são regulamentadas com base na Lei n.º 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações;

que, através do artigo 145, se nota que a referida lei trata os conselheiros e os diretores como administradores;

que o artigo 152 desta lei, que trata da remuneração dos administradores, apenas faculta à Companhia que estabelecer em seu estatuto dividendo obrigatório de no mínimo 25% do lucro líquido e o atribuir aos acionistas, pagar participação nos lucros aos administradores, desde que observado o limite – não desvincula da remuneração tal verba e não cita que sobre ela não haverá incidência de contribuição previdenciária, pois não é o diploma legal que regulamentou a CF/88 e a Lei n.º 8.212/91;

(...)

que, conforme determina seu Estatuto Social, a administração da Sociedade compete ao Conselho de Administração e à Diretoria (artigo 20), cabendo à Assembleia Geral fixar a remuneração global dos membros do Conselho de Administração e da Diretoria, assim como a dos membros do Conselho Fiscal (artigo 11, h) e aprovar a atribuição de participação nos lucros aos administradores, observados os limites legais, e aos empregados, considerando a política de recursos humanos da Companhia (artigo 11, j);

que o próprio Estatuto Social da Companhia marca uma diferença na origem da participações atribuída aos administradores – pela Assembléia Geral da CIA observando-o limite legal (Lei 6.404/76) – com a participação dos empregados baseado na Lei 10.101/00, que tem como requisito objeto de negociação entre a empresa e seus empregados com a participação do sindicato da categoria, que tem como parâmetro o disposto no acordo assinado, que prevê a isenção previdenciária e dedução como despesa operacional, para efeito da apuração do Lucro Real, conforme artigos 1º a 3º (Doc.2 - Instrumento particular de acordo para participação dos empregados nos lucros e resultados da Tarpon Investimentos S/A);

(...)

que, na análise desta documentação [apresentada pela RECORRENTE], se verificou a seguinte situação em relação aos administradores da sociedade que receberam Participações nos Lucros e/ou bonificações no período fiscalizado (2009 a 2011):

a) Eleitos diretores pela Assembléia da Companhia e pelo Conselho de Administração (CA): Eduardo Silveira Mufarej, José Carlos Reis de Magalhães Neto (estes também membros do Conselho de Administração) e Rafael Sonder. (eleito pelo CA em 18/03/2011). As participações destes três diretores foram devidamente tributadas para efeito de contribuições previdenciárias conforme folhas de pagamento e informações na GFIP (Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia e Informações a Previdência Social), e as despesas das participações destes diretores consideradas na forma da Lei como indedutíveis pela empresa, pois adicionadas na apuração do lucro real, conforme LALUR, a partir do ano calendário 2011. Nos anos 2009 e 2010, a forma de tributação do contribuinte era pelo lucro presumido. Informados na GFIP na

categoria II - diretor não empregado e demais empresários sem FGTS, e na DIPJ (Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica) como diretor sem vínculo empregatício;

b) Eleitos membros do Conselho de Administração pela Assembléia da Companhia: Fernando Shayer, Pedro de Andrade Faria e Marcelo Guimarães Lopo Lima (eleito membro do CA em 18/08/2010). Os dois primeiros citados eram identificados na GFIP, na categoria II - diretor não empregado e demais empresários sem FGTS, até a competência 03/2009, passando à condição de empregados categoria I, em GFIP a partir 01/04/2009, sendo que estes membros do conselho de administração e que exercem cumulativamente suas funções como diretores nas funções de Vice-Presidente passam a receber suas participações sem incidência previdenciária e estas consideradas dedutíveis pela empresa para efeito de apuração do lucro real, pois tiveram tratamento tributário de empregados e não de administradores;

(...)

que, assim: I) sobre os pagamentos das participações dos três membros do conselho de administração/diretores da Companhia citados no item “b” supra, considerados pela empresa como empregados regidos pela CLT, não houve incidência de contribuições previdenciárias e ocorreu diminuição do Imposto de Renda a pagar, tendo sido as despesas das participações dos administradores consideradas dedutíveis pelo contribuinte; II) em relação às participações atribuídas aos dois membros do conselho de administração/diretor e o membro da diretoria citados no item “a” supra, por outro lado, o tratamento tributário dado pela empresa é de administradores – incidência previdenciária e indedutibilidade desta despesa;

que, no entanto, a natureza das funções exercidas, bem como as responsabilidades e os deveres de administradores da Sociedade perante a Lei e os acionistas da Companhia, são comuns para os administradores citados nos itens “a” e “b”;

que, nesse sentido, a empresa foi intimada, através do Termo de Intimação Fiscal (TIF) datado de 06/02/2013, entre outros pontos, para esclarecer o motivo dos membros do Conselho de Administração passarem a condição de empregados a partir de 04/2009, sendo que, em resposta datada de 26/02/2013, item 3, o contribuinte responde: "Esclareça-se que, em preparação para a abertura de capital consumada em maio de 2009, a Companhia adaptou sua estrutura corporativa aos requerimentos para companhias abertas previstos na Lei n.º 6404/76, inclusive a criação de conselho de administração. Com a criação do conselho de administração, os Drs. Fernando Shayer e Pedro Faria deixaram de exercer a administração autônoma da Companhia, passando a subordinar-se às diretrizes colegiadas definidas pelo Conselho de Administração. Adicionalmente, note-se que a Companhia deve observar o disposto no artigo

143, parágrafo 1º da Lei 6404/76." (anexado ao processo: Doc. 6 – TIF e resposta do contribuinte);

que os três diretores que a empresa reconhece como administradores, do ponto de vista tributário, devem também subordinar-se às diretrizes do Conselho de Administração, conforme consta do Estatuto Social da Companhia, em seu artigo 38, parágrafo único, alínea “a”;

que, no Termo de Intimação Fiscal datado de 16/12/2013, o contribuinte foi intimado – item 4 do TIF – a esclarecer se as Participações nos Lucros atribuídos aos membros do Conselho de Administração (Fernando Shayer, Pedro de Andrade Faria e Marcelo Guimarães Lopo Lima) cujos pagamentos ocorreram na competência 08/2011 foram consideradas dedutíveis pela empresa, já que a mesma passou a ser tributada pelo Lucro Real somente a partir do ano calendário 2011, sendo que, em resposta à intimação, em 20/12/2013, item 4, o contribuinte assim se pronuncia: "A Companhia informa que os Srs. Fernando Shayer, Pedro de Andrade Faria e Marcelo Guimarães Lopo Lima, além de membros do conselho de administração da Companhia, eram funcionários da Companhia em referido período, todos com cargo de Vice-Presidente. Assim, ainda que tais membros desempenhassem atividades no conselho de administração, sua participação nos lucros foi aferida e paga em razão de sua atuação enquanto empregados da Companhia. A esse respeito, a Companhia esclarece que tais empregados não recebem nenhuma contraprestação para participação como membro do conselho de administração, sendo toda e qualquer remuneração percebida por tais funcionários advinda de sua qualidade de empregado da Companhia" (anexado ao processo: Doc. 7 – TIF e resposta do contribuinte);

que, nas respostas aos TIF's acima citados, o contribuinte apenas reforça a condição de administradores dos três membros do Conselho de Administração, pois, além da extensa lista de competências atribuídas pelo Estatuto Social da Companhia relativo ao Conselho de Administração, acumulam também o cargo de Diretor Vice-Presidente da Companhia, função cuja natureza é de administrador, sendo que atuam, portanto, ora na condução da política estratégica da Companhia, no Conselho de Administração, ora como executivos, subordinando-se às diretrizes colegiadas definidas pelo Conselho de Administração do qual fazem parte, cabendo observar, no entanto, que, quando exercem suas funções de Vice-Presidente, fazem-na de forma indissociável da condição de dirigentes da Sociedade, com os deveres e responsabilidades contidas no artigo 145 da Lei 6.404/76;

que, de acordo com o parágrafo 1º do artigo 143 da Lei 6.404/76: “Os membros do conselho de administração, até o máximo de 1/3 (um terço), poderão ser eleitos para cargos de diretores”;

que haveria um impedimento legal para eleger estes três membros do conselho de Administração para diretoria estatutária, já que os dois diretores estatutários da Companhia também são membros deste Conselho, sendo que esta seria a explicação lógica para registrá-los como empregados nos cargos de Vice-Presidente – a empresa procurou adequar-se ao dispositivo da lei para permitir o acúmulo de funções dos três membros do conselho de Administração;

que, no entanto, independentemente da existência ou não de contratos de trabalho celebrados entre a sociedade e os membros do Conselho de Administração, esse fato não os afasta da condição de administradores da empresa, tanto quanto os outros administradores citados, sendo que entendimento contrário ao exposto significaria clara agressão tanto às disposições legais às quais a sociedade se sujeita (Lei n. 6.404/76), ao seu próprio Estatuto Social e à legislação do Imposto de Renda, pois bastaria o registro em carteira do administrador como empregado para virar pó toda legislação referente a gratificações e participações nos lucros dos administradores;

(...)

que a condição de administradores dos integrantes do conselho de administração/diretores que receberam suas participações fica mais evidenciada, pois estes também, além de eleitos pela Assembléia da Companhia, são membros do Comitês de Auditoria e de Remuneração da Companhia, acionistas do contribuinte e/ou acionistas do controlador do contribuinte – Silver King Participações CNPJ 10.628.571/0001-29 (Doc. 8 em anexo ao processo: Formulário de Referência – 2011, itens 12 e 15);

(...)

que, nesse sentido, a Lei n.º 6.404, de 15/12/76, não é a lei específica que regulamentou essas normas, sendo que esta, em seu art. 152, § 1º, apenas faculta a empresa pagar participação nos lucros aos administradores, sem desvincular essa verba da remuneração;

que fica clara a intenção do legislador de conceder isenção previdenciária e dedução das despesas das participações nos lucros ou resultados apenas para empregados, sendo que, no caso de administradores, a legislação caminha de forma inversa, ao não permitir as deduções destas despesas e de não haver previsão legal de isenção previdenciária das participações atribuídas a administradores;

que o fato dos três membros do Conselho de Administração eleitos pela Assembléia, acumulando as funções de Vice-Presidente da CIA, acionistas da empresa e do controlador, membros de Comitês de Auditoria e Remuneração, estarem registrados como empregados e receberem suas participações utilizando-se da metodologia do PLR pago aos empregados, não

concede à empresa o direito de usufruir das isenções e deduções destas despesas concedidas aos empregados, pois a natureza das atribuições destes membros do conselho de administração/diretores são de administradores, vinculados à sociedade por normas de Direito Comercial, não importando, para esse fim, a qualificação a eles atribuída pelo contribuinte;

(...)

que a participação nos lucros paga aos membros do conselho de administração que acumulam o cargo de Vice-Presidente integra o salário-de-contribuição, ficando, pois, sujeita à incidência de contribuição previdenciária;

(...)”

Conforme já exposto, a DRJ de origem manteve o lançamento. O acórdão proferido na ocasião possui a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2009 a 31/08/2009, 01/02/2010 a 28/02/2010, 01/07/2010 a 31/07/2010, 01/02/2011 a 28/02/2011, 01/08/2011 a 31/08/2011

Ementa:

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO.

A empresa é obrigada a recolher, nos prazos definidos em lei, as contribuições a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados contribuintes individuais a seu serviço.

AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

O Termo de Verificação Fiscal e os Anexos dos Autos de Infração oferecem as condições necessárias para que o contribuinte conheça o procedimento fiscal e apresente a sua defesa aos lançamentos, estando discriminados, nestes, a situação fática constatada e os dispositivos legais que amparam as autuações.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. PARCELAS INTEGRANTES. PARTICIPAÇÃO NO LUCRO. ADMINISTRADOR. SOCIEDADE ANÔNIMA.

Entende-se por salário-de-contribuição 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.

Somente as exclusões arroladas exaustivamente no parágrafo 9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91 não integram o salário-de-contribuição.

A participação dos membros do conselho de administração e da diretoria no lucro de companhia, prevista na Lei n.º 6.404/1976, sofre a incidência de contribuições sociais previdenciárias, caracterizando contraprestação aos serviços prestados.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício, sendo parte integrante do crédito tributário, está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do primeiro dia do mês subsequente ao do vencimento.

RELATÓRIO DE VÍNCULOS.

O Relatório de Vínculos tem como escopo listar todas as pessoas físicas e jurídicas de interesse da administração em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação, que, eventualmente, poderão ser responsabilizados na esfera judicial, nas hipóteses previstas em lei e após o devido processo legal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

A RECORRENTE, devidamente intimada da decisão da DRJ em 06/11/2014, conforme faz prova o “Aviso de Recebimento” de fl. 276, apresentou o recurso voluntário de fls. 278/310 em 04/12/2014.

Em suas razões de recurso, a RECORRENTE alegou, em síntese, o seguinte:

I. Dos Fatos

- Afirma que a única fundamentação utilizada pela fiscalização para a cobrança das contribuições previdenciárias é o argumento de que três empregados seus, que possuem assento no Conselho de Administração, desempenhariam função de administrador, razão pela qual não se enquadrariam no conceito de empregados e não fariam jus à PLR paga com base na Lei nº 10.101/2000 e no art. 28, § 9º, alínea "j" da Lei nº 8.212/91;

II.1. Indispensáveis Esclarecimentos Prévios

- Em preparação para abertura de capital, seus atos constitutivos foram alterados para formação de Conselho de Administração. Assim, em 16/02/2009, foram eleitos 06 (seis) membros do Conselho de Administração, com mandato de 2 (dois) anos: **(i)** José Carlos Reis de Magalhães Neto, **(ii)** Pedro Faria, **(iii)** Fernando Shayer, **(iv)** Eduardo Silveira Mufarrej, **(v)** Horácio Lafer Piva e **(vi)** Celso Clemente Giacometti. Nesta mesma data, foram eleitos 2 (dois) membros para a Diretoria, com mandato de 2 (dois) anos, a saber: **(i)** José Carlos Reis

de Magalhães Neto e (ii) Eduardo Silveira Mufarrej. Somente em 18/08/2010, Marcelo Lima foi eleito para tomar assento no Conselho de Administração;

- Passados 02 anos, foi realizada Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária em 09/03/2011 por meio da qual aprovou a eleição dos membros do Conselho de Administração: (i) José Carlos, (ii) Eduardo Mufarrej, (iii) Pedro Faria, (iv) Fernando Shayer, (v) Marcelo Lima, (vi) Horácio Lafer Piva e (vii) Fabio Hering. Nesta ocasião, foi aprovada também a alteração do art. 24 do Estatuto da RECORRENTE, que trata da composição do Conselho de Administração. Posteriormente, o Conselho de Administração se reuniu em 18/03/2011 e elegeu para a diretoria: (i) José Carlos, (ii) Rafael Sonder e (iii) Eduardo Mufarrej, de modo que passou a ter 03 diretores eleitos pelo CA e 07 Conselheiros;
- Alega que, conforme demonstrado durante a fiscalização, Fernando Shayer e Pedro Faria são seus empregados desde 04/2009. Marcelo Lima, por sua vez, é seu empregado desde 04/2008;
- Assim, na qualidade de empregados, Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima não seriam destinatários da participação nos lucros dos administradores, nos moldes da Lei nº 6.404/76, mas apenas elegíveis à participação nos lucros objeto do Acordo Próprio, celebrado nos termos da Lei nº 10.101/2000, estando sujeitos a todas as regras de participação previstas no Acordo Próprio então vigente, inclusive a avaliação de desempenho por superiores hierárquicos;
- Destaca que Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima não eram diretores no período fiscalizado, como afirmado pela fiscalização, e que **a designação de Diretor Vice-Presidente seria presunção inferida pela fiscalização**, dado que, de nenhum dos documentos societários ou informativos apresentados se extrai tal designação, e, além disso, que não há em nenhum dos dispositivos estatutários qualquer menção no sentido de que a designação "Vice-Presidente" seria própria de cargo de diretoria. O Estatuto Social prevê, apenas, que a administração da companhia será realizada pelo Conselho de Administração e pela Diretoria (art. 20), em conjunto;
- Reitera que em 2009 a Diretoria era composta apenas por José Carlos e Eduardo Mufarrej e, no ano de 2011, o referido órgão era formado pelos mesmos integrantes além de Rafael Sonder. Portanto, a afirmação de que Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima seriam diretores decorre de mera **presunção** do Fisco, posto que estes indivíduos são efetivamente empregados e exercem suas funções de acordo com os respectivos contratos. Tal presunção termina por **desconsiderar por completo os contratos de trabalho** e demais atos societários devidamente aprovados, o que somente seria possível se comprovada a existência de fraude ou simulação praticada com a presença de dolo, o que não ocorreu no caso presente;

-
- Assim, está equivocado o entendimento da DRJ, no sentido de que as alegações de defesa não teriam sido comprovadas, pois: (i) todos os argumentos de defesa expostos são comprovados pelo Estatuto Social, atas das Assembleias e das reuniões do CA, documentos hábeis e idôneos (tanto que foram utilizados pela fiscalização para a lavratura do auto); (ii) a autoridade fiscal deveria embasar sua presunção acerca do exercício da função de diretores mediante a apresentação de provas, o que não foi feito; e (iii) é relevante que se delimite as funções exercidas por Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, empregados da RECORRENTE, para que seja dada a correta solução ao caso, na medida em que a fiscalização tenta justificar o lançamento com base na alegação de que as mencionadas pessoas seriam, ao mesmo tempo, membros do CA e da Diretoria, o que não possui respaldo fático e jurídico;
 - Tal presunção da fiscalização acaba por imputar à RECORRENTE violações à legislação societária, a qual está sujeita como sociedade anônima de capital aberto, pois presume que a RECORRENTE: (i) mantém indivíduos como diretores sem a devida eleição pelo Conselho de Administração; e (ii) viola o dispositivo contido no art. 143, § 1º, da Lei nº 6.404/76, acumulando conselheiros e diretores além do limite prescrito em lei. No entanto, alega que tais violações jamais ocorreram e, por isso, nunca foram suscitadas pela Comissão de Valores Mobiliários, órgão regulador a quem compete essa verificação;
 - Afirma que a pretensão deduzida pela fiscalização se revelaria totalmente contraditória e insubsistente, na medida em que desconsideraria a condição de empregados dos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima exclusivamente para invalidar os pagamentos efetuados a título de PLR, deixando de observar a remuneração efetivamente percebida por esses empregados e que ensejou o recolhimento de contribuições previdenciárias em montante superior àquele devido caso fossem enquadrados como contribuintes individuais. Ademais, ressaltou que os Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima jamais receberam remuneração pelo exercício de funções no CA, não havendo, portanto, que se falar na ocorrência do fato gerador sujeito à incidência de contribuições previdenciárias devidas a contribuintes individuais;
 - Assim, ou o fiscal teria que comprovar o desenquadramento dos referidos indivíduos da condição de empregados para considerá-los como contribuintes individuais para todos os fins; ou não seria possível fazê-lo exclusivamente para os fins de invalidar os valores recebidos a título de participação nos lucros ou resultados, como pretendeu a fiscalização. Ao assim proceder, a fiscalização afrontou o princípio da tipicidade tributária, dada a ausência de coincidência entre a realidade fática – em que somente foi efetuado o pagamento de remuneração e participação nos lucros ou resultados a empregados

– e o fato jurídico tributário descrito na hipótese de incidência da contribuição previdenciária;

II.2. Indevida tributação dos valores de PLR pagos aos empregados

- A fiscalização considerou que os valores a título de PLR recebidos por Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, em virtude do cumprimento do Acordo Próprio, não estariam desvinculados de sua remuneração e deveriam se submeter à incidência das contribuições previdenciárias. Neste sentido, entende que o Agente Fiscal teria incorrido em contrassenso, porque: (i) os aludidos membros do Conselho de Administração são efetivamente seus empregados, cujos contratos de trabalho são regidos pela CLT; (ii) a fiscalização afirma expressamente que a Constituição Federal e os demais diplomas legais autorizam o pagamento da PLR desvinculada de remuneração para trabalhadores empregados; e, de forma contraditória, (iii) lavrou o presente auto de infração.

II.3. Indevida desconsideração indireta dos contratos de trabalho dos membros do Conselho de Administração

- Alega que o procedimento adotado pela fiscalização, de exigir as contribuições previdenciárias sobre os pagamentos de PLR realizados aos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, mesmo tendo partido da premissa de que a CF/88 e os diplomas legais desvinculam estas verbas da remuneração, implicou na indevida desconsideração dos contratos de trabalho que fundamentam a relação;
- A DRJ reconheceu que os contratos de trabalho não haviam sido desconsiderados. Cita trechos da decisão recorrida em que se reconhece que a autoridade lançadora não desconsiderou qualquer ato ou negócio jurídico (fls. 266/267). Sendo assim, entendeu ser contraditória a decisão recorrida, pois reconhece que os contratos de trabalho foram reputados válidos pela fiscalização e, ao mesmo tempo, manteve o lançamento das contribuições previdenciárias sem esclarecer como isso seria possível;
- Entende que a fiscalização e a DRJ desqualificaram a condição de empregado dos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, alegando que, de acordo com excertos do Estatuto Social, estes exerceriam funções de administradores, o que seria suficiente para suprimir o direito à participação nos lucros e resultados prevista pela Lei nº 10.101/00 e a regra de não incidência da contribuição previdenciária prevista no art. 28, § 9º, alínea “j” da Lei nº 8.212/91;
- Neste sentido, de acordo com a autoridade fiscal, os valores pagos seriam referentes à participação nos lucros de administradores prevista no art. 152 da Lei nº 6.404/76. Contudo, caberia à fiscalização ter demonstrado que os valores recebidos pelos Srs.

Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima se enquadravam nos requisitos contidos no referido art. 152, e não apenas citá-lo;

- Ademais, a fiscalização ignorou, sem qualquer justificativa, as provas que evidenciaram que sequer foi paga participação nos lucros a qualquer diretor ou membro do CA no período fiscalizado. Assim, ponderou que caso a participação nos lucros paga aos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima fosse decorrente de suas colaborações como membros do CA, é evidente que todos os outros membros também deveriam receber um percentual e que tal montante estaria registrado na contabilidade da RECORRENTE sob esta descrição. Junta aos autos as demonstrações de resultados, devidamente auditadas, as quais indicam que não há qualquer dedução de participação estatutária nos lucros (fls. 517/641);
- Corroborar com o argumento acima o fato de que foram recolhidas as contribuições previdenciárias devidas sobre todos os pagamentos de remuneração variável feitos aos efetivos administradores (diretores estatutários não empregados), assim como foram pagas as contribuições incidentes sobre a folha dos empregados e dos autônomos, como se constata das folhas de pagamento e das guias de recolhimento anexadas (fls. 643/1.133);
- A título exemplificativo, demonstra que no mês de agosto/2009 os diretores estatutários receberam, além do pró-labore no valor de R\$ 63.580,10, uma gratificação (remuneração variável) no montante de R\$ 508.640,80. Sobre a soma destes dois valores a RECORRENTE determinou a base de cálculo sobre a qual aplicou a alíquota de 20%, chegando ao montante de R\$ 114.444,18 a ser recolhido de contribuição por parte da empresa (fl. 659);
- Salientou que nas folhas de pagamento dos empregados estão incluídos os Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, o que ratifica a informação de que eles nunca foram membros da Diretoria (fls.708/713);
- Neste sentido, ponderou que a única possibilidade de se manter a autuação seria pela desconsideração efetiva dos contratos de trabalho dos citados empregados. No entanto, tal possibilidade não se sustenta, uma vez que os Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima são efetivamente empregados para todos os fins, atendendo a todos os requisitos do art. 3º da CLT (pessoa física, não eventualidade, subordinação e mediante salário). Afirma que o mesmo dispositivo legal impõe que, uma vez presentes tais características, o trabalhador seja contratado como empregado;
- O fato de tais empregados possuírem alguns poderes de gestão (os quais são limitados e subordinados), não define a forma que os serviços são prestados e, conseqüentemente, a forma de contratação do trabalhador. Sobre esse aspecto, argumenta que a fiscalização não

faz qualquer prova em contrário acerca o vínculo empregatício a ponto de impedir o pagamento da PLR;

- Argumenta que se há um contrato de trabalho validamente firmado entre ela e seus empregados (Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima) e se a Constituição Federal nega a natureza remuneratória dos pagamentos realizados a título de PLR, o único meio que poderia, em tese, autorizar a exigência da contribuição previdenciária combatida, seria a desconsideração dos contrato, sob o fundamento de que teriam sido ajustados com a exclusiva "*finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo*", com base no parágrafo único do art. 116 do CTN;
- No entanto, alega que a jurisprudência do CARF é pacífica no sentido de que a "*desconsideração de negócio jurídico demanda a existência de provas contundentes de simulação*". Cita alguns acórdãos a respeito da comprovação de simulação de atos e negócios jurídicos. No presente caso, contudo, não foi observado tal entendimento, eis que houve verdadeira desconsideração sem qualquer demonstração, ou sequer alegação, de simulação/dissimulação, enquanto que, em homenagem ao princípio da verdade material, competia à fiscalização trazer provas contundentes de que tais contratos de trabalho não teriam sustentação;
- Afirma que os contratos de trabalhos regidos pela CLT celebrados pela RECORRENTE revestem-se de todos os requisitos previstos em lei, sendo válidos formal e materialmente, e os efeitos dele decorrentes se irradiariam por todas as áreas do direito, inclusive a tributária. Logo, as razões apresentadas pelo Agente Fiscal e pela DRJ, exclusivamente pautadas em excertos do Estatuto Social e no fundamento de um exercício de *função*, não seriam capazes de invalidar os contratos de trabalho celebrados entre a RECORRENTE e seus empregados, e de suprimir a regra prescrita no art. 28, § 9º, alínea "j" da Lei 8.212/91;
- Pondera que não há lógica em simular um vínculo empregatício, e arcar com todos os encargos (trabalhistas e tributários) dele decorrentes, apenas para não pagar as contribuições previdenciárias sobre a PLR, na medida que o desligamento de empregado contratado sob o regime CLT está sujeito a diversos ônus que não existem para os estatutários. Recorda que a PLR também acresce aos direitos do trabalhador que possui vínculo trabalhista;

II.4. *Ad argumentandum* – Possibilidade de pagamento de PLR a administradores

- A despeito da condição de empregados dos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, ainda que se admitisse somente a título de argumentação, qualquer outra condição a eles atribuída pela fiscalização, para fins de considerar que os valores recebidos não

decorreriam da PLR prevista em Acordo Próprio, seria imperioso que se considerasse tais indivíduos como trabalhadores, assim considerados pelo art. 7º, XI, da Constituição Federal, pelo art. 152 da Lei nº 6.404/76 e pela Lei n.º 10.101/2000, que expressamente admitiriam o pagamento da PLR não somente a empregados, mas sim a trabalhadores, fazendo referência a decisão do CARF neste sentido;

II.5. Da ilegalidade da incidência de juros sobre o valor da multa

- Afirma que os juros calculados com base na taxa Selic não poderão ser exigidos sobre a multa de ofício lançada, por ausência de previsão legal. Cita julgados do Conselho de Contribuintes e da Câmara Superior de Recursos Fiscais, no sentido de corroborar o seu entendimento;

II.6. Da impertinência da listagem denominada “Relatório de Vínculos” – falta de motivação do ato administrativo

- Entende que o “RELATÓRIO DE VÍNCULOS”, como parte integrante do auto de infração, não poderia nomes de diretores e membros do Conselho de Administração, sem tecer quaisquer comentários acerca dos motivos que teriam levado a fiscalização a elaborar tal listagem ou dos critérios utilizados para a escolha das pessoas ali arroladas. Inexistente a motivação, se impor a supressão dos nomes dos diretores e membros do Conselho de Administração do relatório de vínculos;

Pública. Este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim

O recurso voluntário é tempestivo e atende aos demais requisitos legais, razões por que dele conheço.

Conforme detalhado no relatório, a autoridade fiscal entendeu que os valores de participação nos lucros e resultados – PLR recebidos por alguns membros do Conselho de Administração – CA da RECORRENTE (especificamente os Srs. Fernando Shayer, Pedro de Andrade Faria e Marcelo Guimarães Lopo Lima) deveriam sofrer a incidência da contribuição previdenciária, pois não estariam englobados pela isenção prevista no art. 28, § 9º, alínea "j" da Lei nº 8.212/91.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal de fls. 06/21 (e documentos anexos de fls. 22/121), a autoridade lançadora expõe que apenas é desvinculada da remuneração a PLR paga aos **empregados**, conforme interpretação dos arts. 7º, XI e 218, §4º, da Constituição, e dos arts. 2º e 3º da Lei nº 10.101/2000. Assim, asseverou que a participação paga a outra espécie de trabalhador será considerada base de incidência de contribuição previdenciária.

No presente caso, por ser a RECORRENTE uma sociedade anônima, a autoridade lançadora entendeu que os pagamentos referentes a participações nos lucros a membros do conselho de administração e diretoria são regulamentados com base na Lei nº 6.404/76 (Lei das SA), a qual não desvincula da remuneração dos administradores, conselheiros e diretores eventual participação nos lucros paga, nos termos dos arts. 145 e 152, conforme trecho abaixo extraído do TVF (fl. 09):

... O contribuinte ora atuado é uma sociedade anônima e pagamentos referentes a participações nos lucros a membros do conselho de administração e diretoria são regulamentadas com base na Lei nº 6.404/76, que dispõe sobre as sociedades por ações. Em virtude disso, vamos esclarecer alguns pontos desse diploma legal.

(...)

Esse dispositivo apenas faculta à Companhia que estabelecer em seu estatuto dividendo obrigatório de no mínimo 25% do lucro líquido e o atribuir aos acionistas, pagar participação nos lucros aos administradores, desde que observado o limite. Não desvincula da remuneração tal verba e não cita que, sobre ela não haverá incidência de contribuição previdenciária, pois não é o diploma legal que regulamentou a CF/88 e a Lei nº 8.212/91.

Nesse diapasão, apontou que os Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, por fazerem parte do CA da RECORRENTE, desempenhariam **função de administradores** e, portanto, a PLR paga aos mesmos deveria sofrer a incidência de contribuições previdenciárias, uma vez que ausente a **condição de empregado** exigida pela lei isentiva (Lei nº 10.101/2000).

A fim de progredir na questão, necessário observar as diversas alterações promovidas por AGOE da RECORRENTE, uma vez que esta estaria se preparando para a abertura de seu capital social no ano de 2009, tendo que adaptar sua estrutura aos requisitos da Lei nº 6.404/76, inclusive criando um CA.

Reproduzo abaixo trechos extraídos de documentos societários da RECORRENTE:

Ata da AGOE de 16/02/2009 – Membros da Diretoria eleitos (fl. 78):

(iii) Eleger 2 (dois) membros para a Diretoria da Companhia, abaixo elencados, com mandato de 2 (dois) anos, até a data de realização da Assembléia Geral Ordinária que examinar as contas relativas ao exercício social a findar em 31 de dezembro de 2010:

- **JOSÉ CARLOS REIS DE MAGALHÃES NETO**, brasileiro, casado, administrador de empresas, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade R.G. n.º 22.390.173-8 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o n.º 286.951.128-02, com endereço comercial na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 3144, conjunto 52, que ocupará o cargo de Diretor Presidente e de Investimentos.
- **EDUARDO SILVEIRA MUFAREJ**: brasileiro, casado, economista, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade R.G. n.º 27.074.850-7 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o n.º 263.395.488-06, com endereço comercial na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º 3144, conjunto 52, que ocupará o cargo de Diretor de Relações com Investidores.

Os diretores acima eleitos tomarão posse nos seus respectivos cargos mediante assinatura de termo de posse lavrado no Livro de Atas de Reuniões da Diretoria e declaram neste ato, para os fins do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 147 da Lei das Sociedades por Ações, que não estão incursos em qualquer dos impedimentos previstos em lei para o exercício da atividade mercantil e que não foram condenados a pena de suspensão ou inabilitação temporária pela CVM, sendo elegíveis para o cargo de administração da Companhia; e

Ata da AGOE de 16/02/2009 – eleição dos membros do CA (fls. 80/81):

(iv) Aprovar o registro da Companhia como companhia aberta perante a Comissão de Valores Mobiliários e a admissão das ações da Companhia no segmento do Novo Mercado. Em razão do ora disposto, foi aprovada a alteração do Estatuto Social da Companhia para adaptá-lo às exigências da Lei das Sociedades por Ações e do Regulamento do Novo Mercado, bem como sua consolidação, o qual passa a vigorar com a redação constante do Anexo I à presente ata.

(v) Eleger os membros do Conselho de Administração da Companhia abaixo elencados, com mandato de 2 (dois) anos, até a data de realização da Assembleia Geral Ordinária que examinar as contas relativas ao exercício social a findar em 31 de dezembro de 2010:

- **JOSÉ CARLOS REIS DE MAGALHÃES NETO**, já qualificado;
- **PEDRO DE ANDRADE FARIA**, brasileiro, casado, administrador de empresas, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade R.G. n.º 22.265.414-4 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o n.º 271.782.078-76, com endereço comercial na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º. 3144, conjunto 52;
- **FERNANDO SHAYER**, brasileiro, casado, advogado, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade R.G. n.º 22:218.916 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o n.º 066.182.178-14, com endereço comercial na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º. 3144, conjunto 52;
- **EDUARDO SILVEIRA MUFAREJ**, já qualificado;
- **HORÁCIO LAFER PIVA**, brasileiro, divorciado, economista, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade R.G. n.º 8.687.110-8 e inscrito no CPF/MF sob o n.º 038.613.618-17, com endereço comercial na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, n.º. 3600, 5º andar; e
- **CELSO CLEMENTE GIACOMETTI**, brasileiro, casado, administrador, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade R.G. n.º 3.179.758-1 e inscrito no CPF/MF sob o n.º 029.303.408-78, com endereço comercial na Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, na Avenida Vereador José Diniz, n.º. 3725, conjunto 61.

Ata da AGE de 18/08/2010 – membro do CA eleito (Marcelo Lima) em decorrência da renúncia de outro membro do CA (fl. 84):

3. Por unanimidade dos votos dos presentes, registrada a abstenção da Silver King Participações Ltda., José Carlos Reis de Magalhães Neto, Pedro de Andrade Faria, Eduardo Silveira Mufarej, Frederico Dan Shigenawa, Clube de Investimento TRPN3 e Tiemann Place Fund, LLC, eleger o Sr. Marcelo Guimarães Lopo Lima como membro do conselho de administração da Companhia, com mandato até a data de realização da Assembléia Geral Ordinária que examinar as contas relativas ao exercício social a findar em 31 de dezembro de 2010. O membro do Conselho de Administração acima eleito tomará posse nos seu respectivo cargo mediante assinatura de Termo de Anuência dos Administradores, conforme Regulamento de Listagem do Novo Mercado da BM&FBOVESPA e termo de posse lavrado no Livro de Atas de Reuniões do Conselho de Administração, nos termos do Artigo 149 da Lei das S.A. O membro do Conselho de Administração ora eleito declara, para os fins do disposto nos parágrafos 1º e 2º do artigo 147 da Lei das Sociedades por Ações, que não está incurso em qualquer dos impedimentos previstos em lei para o exercício da atividade mercantil e que não foi condenado a pena de suspensão ou inabilitação temporária pela CVM, sendo elegíveis para o cargo de administração da Companhia.

Ata da AGOE de 09/03/2011 – eleição dos membros do CA (fls. 87/88):

- (iii) aprovar a eleição dos membros do Conselho de Administração da Companhia, todos com mandato até a Assembleia Geral Ordinária que aprovar as demonstrações financeiras do exercício a se encerrar em 31 de dezembro de 2012: (a) José Carlos Reis de Magalhães Neto, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua Iguatemi, nº 151, 23º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 22.390.173-8 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 286.951.128-02; (b) Eduardo Silveira Mufarej, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua Iguatemi, nº 151, 23º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 27.074.850-7 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 263.395.488-06; (c) Pedro de Andrade Faria, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua Iguatemi, nº 151, 23º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 22.265.414-4 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 271.782.078-76; (d) Fernando Shayer, brasileiro, casado, advogado, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua Iguatemi, nº 151, 23º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 22.218.916 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 066.182.178-14; (e) Marcelo Guimarães Lopo Lima, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua Iguatemi, nº 151, 23º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 23.417.812-7 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 132.483.688-10; (f) Horácio Lafer Piva, brasileiro, divorciado, economista, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.600, 5º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 8.687.110-8 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 038.613.618-17; (g) Fabio Hering, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua do Rócio, nº 430, 3º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 6.456.438 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 006.283.238-75. Ficou consignado que os Conselheiros eleitos preenchem as condições prévias de elegibilidade previstas no artigo 147 da Lei das Sociedades por Ações e no artigo 2º da Instrução CVM nº 367/02. Os conselheiros Horácio Lafer Piva e Fabio Hering são considerados Conselheiros Independentes, nos termos do Regulamento de Listagem do Novo Mercado da BM&F BOVESPA; e

Ata da reunião do CA de 18/03/2011 (fls. 90/91)

Deliberações: Após a análise dos itens constantes da ordem do dia, os membros do Conselho de Administração deliberaram:

- (i) eleger para compor a diretoria, com mandato de 2 (dois) anos, a encerrar-se na data da reunião do conselho de administração realizada imediatamente após a assembleia geral ordinária que aprovar as contas do exercício de 2012: (i) **JOSÉ CARLOS REIS DE MAGALHÃES NETO**, brasileiro, casado, administrador, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade RG nº 22.390.173-8 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 286.951.128-02, com endereço comercial na Rua Iguatemi, n.º 151, 23º andar, CEP 01451-011, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, para o cargo de Diretor Presidente e de Investimentos; (ii) **RAFAEL SONDER**, brasileiro, solteiro, engenheiro eletricitista, portador da cédula de identidade RG nº 25.555.666-4 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº CPF 298.946.868-42, com endereço comercial na Rua Iguatemi, n.º 151, 23º andar, CEP 01451-011, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, para o cargo de Diretor de Relações de Investidores; e (iii) **EDUARDO SILVEIRA MUFAREJ**, brasileiro, casado, administrador, residente e domiciliado na Cidade e Estado de São Paulo, portador da cédula de identidade RG nº 27.074.850-7 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 263.395.488-06, com endereço comercial na Rua Iguatemi, n.º 151, 23º andar, CEP 01451-011, Cidade de São Paulo, Estado de São Paulo, para o cargo de Diretor sem designação específica. Ficou consignado que os diretores eleitos preenchem as condições prévias de elegibilidade previstas no artigo 147 da Lei das Sociedades por Ações e no artigo 2º da Instrução CVM nº 367/02.
- (ii) eleger para compor o Comitê de Auditoria e *Compliance*, com mandato de 2 (dois) anos, a encerrar-se na data da reunião do conselho de administração realizada imediatamente após a assembleia geral ordinária que aprovar as contas do exercício de 2012: (i) **Fernando Shayer**, brasileiro, casado, advogado, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua Iguatemi, nº 151, 23º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 22.218.916 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 066.182.178-14; (ii) **Horácio Lafer Piva**, brasileiro, divorciado, economista, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Avenida Brigadeiro Faria Lima, nº 3.600, 5º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 8.687.110-8 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 038.613.618-17; (iii) **Fabio Hering**, brasileiro, casado, administrador de empresas, com endereço na Cidade e Estado de São Paulo, na Rua do Rócio, nº 430, 3º andar, portador da cédula de identidade R.G. nº 6.456.438 SSP/SP e inscrito no CPF/MF sob o nº 006.283.238-75; e (iv) **Walter Iorio**, brasileiro, separado judicialmente, contador, com endereço comercial na Alameda dos Jurupis, n.º 657, 4º andar, conj. 41, Moema, São Paulo, SP, portador da cédula de identidade R.G. nº 3.464.021, inscrito no CPF/MF sob o n.º 051.364.908-53.
- (iii) eleger para compor o Comitê de Remuneração e Participação, com mandato de 2 (dois) anos, a encerrar-se na data da reunião do conselho de administração realizada imediatamente após a assembleia geral ordinária que aprovar as contas do exercício de 2012: (i) **José Carlos Reis de Magalhães Neto**, acima qualificado; (ii) **Horácio Lafer Piva**, acima qualificado; (iii) **Fabio Hering**, acima qualificado.

No Termo de Intimação da Fiscalização datado de 06/02/2013, a autoridade fiscal solicitou, dentre outros documentos, que a RECORRENTE esclarecesse a situação dos Srs. Fernando Shayer e Pedro Faria (fl. 93)

- Ficha de Registro de Empregado dos membros do Conselho de Administração no período fiscalizado informando a data em que foram eleitos pela Assembléia da CIA. Esclarecer o motivo dos membros do conselho de Administração Fernando Shayer e Pedro de Andrade Faria passar à condição de empregados a partir de 04/2009 (Ficha de Registro de Empregados de ambos). Houve alguma alteração na função desempenhada por ambos ou alguma alteração estatutária que justificasse esta medida?

Em resposta, a RECORRENTE afirmou o seguinte (fl. 95):

3) seguem anexas as Fichas de Empregados requeridas.
Esclareça-se que, em preparação para a abertura de capital consumada em maio de 2009, a Companhia adaptou sua estrutura corporativa aos requerimentos para companhias abertas previstos na Lei nº 6404/76, inclusive a criação de conselho de administração. Com a criação do conselho de administração, os Srs. Fernando Shayer e Pedro Faria deixaram de exercer a administração autônoma da Companhia, passando a subordinar-se às diretrizes colegiadas definidas pelo Conselho de Administração. Adicionalmente, note-se que a Companhia deve observar o disposto no artigo 143, parágrafo 1º, da Lei 6.404/76. Os membros do conselho de administração foram eleitos em assembleia geral ordinária realizada em 16/02/2013, tendo tomado posse em março de 2013.

Do acima exposto, verifica-se que o cerne da questão está em definir a situação dos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima perante a RECORRENTE, para saber se a PLR recebida pelos mesmos estaria englobada pela isenção da Lei nº 10.101/2000.

O lançamento tem como fundamento o fato de os citados membros do CA não serem empregados da RECORRENTE pois exercem função de administração. Neste sentido, não poderia fazer jus ao PLR decorrente de Acordo Próprio firmado nos termos da Lei nº 10.101/2000.

Neste ponto, importante firmar que não houve qualquer observação da fiscalização a respeito dos requisitos do Acordo Próprio, previstos pela Lei nº 10.101/2000, necessário para isentar a PLR paga aos empregados. Portanto, considera-se plenamente válido referido acordo coletivo sobre participação dos trabalhadores nos resultados da empresa – PPR, para fins da Lei nº 10.101/2000, cuja cópia foi acostada às fls. 46/54.

Percebo, assim, que não deve prosperar o presente lançamento embasado no fato de que os Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, por fazerem parte do CA, detinham função de administração e, portanto, não poderiam ser empregados da RECORRENTE. Ora, para fazer valer o fundamento da autoridade lançadora seria necessário que houvesse previsão legal impedindo que empregado faça parte de CA. Os impedimentos estão elencados no art. 147 da Lei nº 6.404/76, abaixo transcrito:

Art. 147. Quando a lei exigir certos requisitos para a investidura em cargo de administração da companhia, a assembleia-geral somente poderá eleger quem tenha exibido os necessários comprovantes, dos quais se arquivará cópia autêntica na sede social.

§ 1º São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos.

§ 2º São ainda inelegíveis para os cargos de administração de companhia aberta as pessoas declaradas inabilitadas por ato da Comissão de Valores Mobiliários.

§ 3º O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembléia-geral, aquele que:

I - ocupar cargos em sociedades que possam ser consideradas concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal; e

II - tiver interesse conflitante com a sociedade.

§ 4º A comprovação do cumprimento das condições previstas no § 3º será efetuada por meio de declaração firmada pelo conselheiro eleito nos termos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários, com vistas ao disposto nos arts. 145 e 159, sob as penas da lei.

Nota-se que não há norma legal impedido empregado de ser membro de CA. Sendo assim, cai por terra o fundamento da autoridade fiscal para o lançamento, de que a função de administradores desempenhada pelos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima teria o condão de submeter a participação nos lucros e resultados por eles percebida à incidência de contribuições previdenciárias, pois estariam fora do alcance da Lei nº 10.101/2000.

Neste ponto, como bem observado pela RECORRENTE, para que o lançamento fosse possível seria necessário que houvesse, previamente, uma desconsideração da relação empregatícia dos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, a fim de retirá-los do alcance do Acordo Próprio acerca da PLR.

A autoridade lançadora, por outro lado, argumenta no TVF (fl. 17) que os mencionados indivíduos seriam, de fato, administradores da RECORRENTE, pois além de ocuparem assento no CA, acumulariam também o cargo de Diretor Vice-Presidente da RECORRENTE.

No entanto, conforme os diversos trechos de AGOEs e Atas de Reuniões do CA já apresentados, não houve qualquer nomeação dos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima para ocupar cargo de Diretor da RECORRENTE. A Autoridade fiscal apenas presume tal situação por serem altos funcionários ocupando lugar no CA. No entanto, presunção sem embasamento legal é achismo.

Conforme já argumentado acima, não há impedimento legal para que empregado ocupe assento no CA. Portanto, não se pode simplesmente presumir que um membro do CA seja diretor da empresa sem que haja prova que convirja para tal constatação. Ou seja, deveria estar comprovado nos autos que a mencionada situação de emprego dos Srs.

Processo nº 16327.720283/2014-71
Acórdão n.º 2201-003.655

S2-C2T1
Fl. 1.794

Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima seria, na verdade, uma simulação. Ocorre que não houve prova de tal fato.

Importante esclarecer que os Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima estão englobados na folha de empregados da RECORRENTE, sendo recolhidos todos os encargos trabalhistas decorrentes da relação de emprego, como o IRRF, as contribuições previdenciárias (parte do trabalhador e a parte patronal), FGTS, contribuição sindical, férias, etc. conforme trechos abaixo extraídos da folha de pagamento da RECORRENTE referente ao período de 03/2011 (fls. 1.005/1.013):

Cód:	Nome:	Função:	Dep. IR:		
449	FERNANDO SHAYER	VICE PRESIDENTE	0		
Admissão:	01/04/2009	Situação:	Ativo		
Ocorrência:	1	Salário:	30.801,00		
1 Salário	10,00	10.267,00	13 IRRF Sobre Salário	27,50	2.130,64
43 Férias	20,00	20.534,00	31 Contribuição Sindical	1,00	1.026,70
47 Abono Pecuniário		10.267,00	44 IRRF Sobre Férias		6.724,74
50 1/3 de Férias		6.844,67	45 INSS Sobre Férias		405,86
52 1/3 Abono Pecuniário		3.422,33	53 Liquido de Férias		33.937,40
			115 Assistência Médica		1.719,40
Base INSS Empresa:	37.645,67	Base INSS Funcionário:	3.689,66	Base INSS Func. 13o. Salário:	0,00
Base F.G.T.S. 13o.:	0,00	Base F.G.T.S.:	37.645,67	F.G.T.S.:	3.011,65
Base I.R.R.F.:	10.267,00	Deduções:	0,00		
Proventos:	51.335,00	Descontos:	45.944,74	Liquido:	5.390,26

Cód:	Nome:	Função:	Dep. IR:		
41	MARCELO GUIMARAES LOPO LIMA	VICE PRESIDENTE	0		
Admissão:	07/04/2008	Situação:	Ativo		
Ocorrência:	1	Salário:	30.801,00		
1 Salário	10,00	10.267,00	13 IRRF Sobre Salário	27,50	2.130,64
43 Férias	20,00	20.534,00	31 Contribuição Sindical	1,00	1.026,70
47 Abono Pecuniário		10.267,00	44 IRRF Sobre Férias		6.724,74
50 1/3 de Férias		6.844,67	45 INSS Sobre Férias		405,86
52 1/3 Abono Pecuniário		3.422,33	53 Liquido de Férias		33.937,40
			115 Assistência Médica		1.719,40
Base INSS Empresa:	37.645,67	Base INSS Funcionário:	3.689,66	Base INSS Func. 13o. Salário:	0,00
Base F.G.T.S. 13o.:	0,00	Base F.G.T.S.:	37.645,67	F.G.T.S.:	3.011,65
Base I.R.R.F.:	10.267,00	Deduções:	0,00		
Proventos:	51.335,00	Descontos:	45.944,74	Liquido:	5.390,26

Cód:	Nome:	Função:	Dep. IR:		
448	PEDRO DE ANDRADE FARIA	VICE PRESIDENTE	0		
Admissão:	01/04/2009	Situação:	Ativo		
Ocorrência:	1	Salário:	30.801,00		
1 Salário	10,00	10.267,00	13 IRRF Sobre Salário	27,50	2.130,64
43 Férias	20,00	20.534,00	31 Contribuição Sindical	1,00	1.026,70
47 Abono Pecuniário		10.267,00	44 IRRF Sobre Férias		6.724,74
50 1/3 de Férias		6.844,67	45 INSS Sobre Férias		405,86
52 1/3 Abono Pecuniário		3.422,33	53 Liquido de Férias		33.937,40
			115 Assistência Médica		1.289,55
Base INSS Empresa:	37.645,67	Base INSS Funcionário:	3.689,66	Base INSS Func. 13o. Salário:	0,00
Base F.G.T.S. 13o.:	0,00	Base F.G.T.S.:	37.645,67	F.G.T.S.:	3.011,65
Base I.R.R.F.:	10.267,00	Deduções:	0,00		
Proventos:	51.335,00	Descontos:	45.514,89	Liquido:	5.820,11

Nesse ponto, a fiscalização olvida-se de verificar, por exemplo, que o Sr. Marcelo Lima faz parte do quadro de empregados da empresa desde 04/2008, conforme folha salarial acima, e passou a fazer parte do CA em 08/2010, não sendo possível imaginar a simulação da relação empregatícia.

O argumento acima também reforça o contrassenso do fundamento que embasou o presente lançamento, na medida que é incoerente exigir que um funcionário com quase 2 anos e meio de empresa tenha que romper sua relação de emprego para fazer parte do CA.

Ainda a respeito da possibilidade de empregado participar do CA da empresa, o art. 40, parágrafo único, da Lei nº 6.404/76, traz a faculdade de o estatuto da sociedade prever a participação no CA de representantes dos empregados, escolhidos pelo diretamente pelo voto destes:

Art. 140. O conselho de administração será composto por, no mínimo, 3 (três) membros, eleitos pela assembléia-geral e por ela destituíveis a qualquer tempo, devendo o estatuto estabelecer:

I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho;

I - o número de conselheiros, ou o máximo e mínimo permitidos, e o processo de escolha e substituição do presidente do conselho pela assembléia ou pelo próprio conselho;

II - o modo de substituição dos conselheiros;

III - o prazo de gestão, que não poderá ser superior a 3 (três) anos, permitida a reeleição;

IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho que deliberará por maioria de votos.

IV - as normas sobre convocação, instalação e funcionamento do conselho, que deliberará por maioria de votos, podendo o estatuto estabelecer quorum qualificado para certas deliberações, desde que especifique as matérias.

Parágrafo único. O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.

Note que o parágrafo único do art. 140, acima transcrito, não indica que este é o único método de um empregado ocupar assento no CA. A *mens legis* do dispositivo é criar a possibilidade de o estatuto permitir que os empregados da empresa escolham seus representantes no CA, sem excluir a possibilidade de um empregado ser eleito pela AGO para ocupar assento no CA.

A lei (parágrafo único do art. 140 da Lei nº 6.404/76) permite que algum representante dos empregados participe do CA sem que haja qualquer norma condicional determinando a rescisão do contrato de trabalho desse empregado eleito. Ora, se é possível a participação no CA de empregado eleito por eles mesmos, nada impede, portanto, de a AGO eleger um empregado como membro do CA, sem que, para isso, este perca seu vínculo empregatício.

Não havendo previsão legal, a fiscalização não pode exigir/presumir que o empregado tenha o seu contrato descontinuado para que seja possível o mesmo fazer parte do CA. Não se pode exigir que seja perfilhado o caminho mais oneroso, qual seja, a dissolução do contrato de trabalho do empregado para que este possa exercer mandato no CA e a posterior contratação do mesmo empregado quando ocorrer o fim de seu mandato no CA. Tal medida seria muito dispendiosa para a empresa, além de ser uma exigência antieconômica, pois vai de encontro ao art. 170 da Constituição Federal na medida em que cria empecilhos à continuação da exploração e exercício da atividade econômica.

Sendo assim, entendo que um empregado pode plenamente ser membro do CA sem que, para tanto, seja desconsiderado seu vínculo empregatício com a empresa, fazendo jus a todos os direitos inerentes à relação de emprego, inclusive ao PLR desvinculado da remuneração, por estar previsto em Acordo Próprio enquadrado na Lei nº 10.101/2000.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, para cancelar a cobrança das contribuições previdenciárias incidentes sobre a PLR paga aos Srs. Fernando Shayer, Pedro Faria e Marcelo Lima, tendo em vista a relação empregatícia dos mesmos com a RECORRENTE, o que os enquadra como elegíveis à participação nos lucros objeto do Acordo Próprio, celebrado nos termos da Lei nº 10.101/2000.

Assinado digitalmente

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator