



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

Processo n° 16327.721426/2012-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-004.109 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de maio de 2014
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PLR E PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR
Recorrente BANCO BRADESCO S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2009 a 31/12/2009

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS (PLR).

Uma vez comprovado que os segurados tinham prévio conhecimento das metas e demais requisitos para o benefício, ainda que a assinatura do acordo seja posterior ao exercício de apuração, entende-se cumprida e superada a exigência legal.

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Após o advento da Lei Complementar n° 109/2001, somente no regime fechado, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio.

Integram a remuneração e se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar, senão comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ACRÉSCIMO DE ALÍQUOTA 2,5%.

No caso de bancos comerciais e outras instituições financeiras discriminadas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/1991, além das contribuições referidas nos artigos 22 e 23 da citada lei, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade e não cabe ao julgador, no âmbito do contencioso administrativo, afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. ARRECADAÇÃO.

A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições Previdenciárias (art. 3º, § 3º da Lei 11.457/2007).

JUROS/SELIC. MULTA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

O sujeito passivo inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Nos termos do enunciado nº 4 de Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é cabível a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC para débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.

O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE LEGAL.

Ao contrário do que entendeu a Recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN) autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o crédito tributário a que se refere o *caput* do artigo.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, em dar provimento parcial para: a) por maioria de votos, excluir do lançamento da parte relativa ao PLR, vencidos o relator e o conselheiro Igor Araújo Soares; b) por maioria de votos, em manter a incidência de juros SELIC sobre a totalidade do crédito consolidado à época da cobrança, vencido o conselheiro Igor Araújo Soares; e c) por voto de qualidade, em manter os valores relativos à previdência complementar, vencidos os conselheiros Lourenço Ferreira do Prado, Thiago Taborda Simões e Igor Araújo Soares. Apresentará o voto vencedor o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes. Ausência momentânea: Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Julio Cesar Vieira Gomes - Presidente

Ronaldo de Lima Macedo - Relator

Julio Cesar Vieira Gomes – Redator Designado

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Julio Cesar Vieira Gomes, Luciana de Souza Espíndola Reis, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Igor Araújo Soares e Thiago Taborda Simões.

Relatório

Trata-se de lançamento fiscal decorrente do descumprimento de obrigação tributária principal, referente às contribuições devidas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais, concernente à parcela patronal, incluindo as contribuições para o financiamento das prestações concedidas em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (SAT/GILRAT) e as contribuições destinadas a outras Entidades/Terceiros, para as competências 02/2009 a 12/2009.

O Relatório Fiscal informa que os fatos geradores das contribuições lançadas decorrem das remunerações pagas a título de Participação nos Lucros ou Resultados (PLR) e aportes extraordinários em contas de Previdência Complementar aos segurados da empresa, pagas em desacordo com a legislação.

Os valores apurados foram constituídos por meio dos seguintes lançamentos:

1. **AI DEBCAD nº 51.020.568-2**, referente a contribuições previstas no artigo 22, incisos I, II e III, e parágrafo 1º da Lei 8.212/1991, correspondentes à parte da empresa e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, não declaradas em GFIP (Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social) e não recolhidas, relativas às competências 02/2009 a 12/2009;
2. **AI DEBCAD nº 51.020.5690**, referente a contribuições destinadas a Terceiros (Salário-Educação e Inkra), incidentes sobre a remuneração paga a segurados empregados, não declaradas em GFIP e não recolhidas, relativas às competências 02/2009 a 12/2009.

O Termo de Verificação Fiscal (fls. 88/107) traz as seguintes informações:

1. **Dos fatos geradores:** são fatos geradores das contribuições lançadas as remunerações pagas a título de Participação nos Lucros ou Resultados (PLR), e aportes extraordinários em contas de Previdência Complementar aos segurados da empresa, pagas em desacordo com a legislação. Os códigos de levantamentos utilizados foram os seguintes: Levantamento PL2 Participação Lucros, competências 02/2009, 03/2009,08/2009 e 10/2009; e Levantamento PP2 – Previdência Privada, competências 03/2009 e 12/2009;
2. **Verba paga a título de PLR.** Afirma que os valores foram pagos em desacordo com a Lei 10.101/2000 pelas seguintes razões: falta de participação do sindicato no instrumento de acordo; metas pactuadas após o pagamento da verba; e a total falta de clareza nas informações quanto às regras para as metas e mecanismos de aferição das mesmas;
3. **Verba paga a título de previdência complementar.** O artigo 10 da LC 109/2001 obriga que os regulamentos dos planos de benefícios contendam os critérios de elegibilidade, a forma de cálculo dos

benefícios, e o artigo 19 define a finalidade das contribuições destinadas ao plano de previdência privada e as classifica de acordo com a sua destinação;

4. a Lei 8.212/91 estabelece, no art. 28, em seus incisos I e III, o salário de contribuição para os segurados empregado e contribuinte individual, e, em seu § 9º, elenca exhaustivamente as parcelas que não integram o salário de contribuição, sendo que, conforme a alínea “p”, em obediência ao preceito constitucional, tem-se que não integra o salário de contribuição para os fins desta Lei, “o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT”;
5. da conduta adotada pelo contribuinte, se depreende que o mesmo entendeu que: I) o fato de ter um plano de previdência complementar oferecido a todos os seus funcionários (dirigentes e empregados), confere o direito de ter outro plano (PGBL-EMPRESARIAL), disponível somente aos dirigentes da empresa; II) o critério de elegibilidade neste plano empresarial não precisa ter requisitos expressos no seu regulamento, podendo ficar a cargo exclusivo da Instituidora; III) o comitê de remuneração pode estipular de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar dos seus dirigentes e o regulamento deste “plano alternativo” (PGBL-EMPRESARIAL) não precisa ter regras claras quanto às contribuições; IV) as contribuições feitas ao plano de previdência complementar não tem a única finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, visto que vários participantes estão em gozo de benefícios e continuam a receber os aportes da instituidora;
6. por outro lado, a fiscalização entende que: I) o artigo 16 da Lei Complementar 109/2001 e o artigo 28, § 9º, alínea “p” da Lei 8.212/91 obrigam o oferecimento dos planos a todos os empregados e dirigentes, portanto o plano empresarial oferecido apenas a seus dirigentes contraria a legislação; II) o artigo 10 da LC 109 obriga que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo dos benefícios, sejam claros e constem do regulamento do plano de benefícios, portanto o critério unilateral de elegibilidade contraria a legislação; III) o artigo 19 da LC 109 define objetivamente a finalidade das contribuições para os planos de previdência, qual seja prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, não havendo previsão para outra finalidade; IV) apesar do contribuinte declarar que o pagamento dos aportes na previdência privada levou em conta cálculos atuariais, a não apresentação das memórias de cálculo, somada aos fatos de os aportes serem realizados de forma habitual, mensalmente, com valores constantes, maiores do que a própria remuneração do trabalho, realizados a vários participantes do plano em gozo de benefício e ainda os resgates dos participantes

serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes e no mesmo mês dão robustez probatória à caracterização destes, como verbas remuneratórias; V) por todo o conjunto de argumentos e provas, os valores pagos a este título devem ser considerados como salários de contribuição, considerando-se pagamentos a contribuinte individual quando pago aos diretores estatutários e salário quando pago a segurados empregados.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 10/12/2012 (fls. 06 e 15).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 119/180), anexos de fls. 181/327, alegando, em síntese, que:

1. **Dos pagamentos a título de PLR.** Afirma que houve a observância de todas as condições estabelecidas pela Lei 10.101/00 para o pagamento de PLR, eis que a eventual não participação do sindicato não altera a natureza jurídica da verba e não ocorreu a inexistência de regras claras, nem ocorreu a ausência de pactuação prévia das metas para a Participação nos Lucros e Resultados;
2. **Dos pagamentos a título de previdência complementar.** A fiscalização teria concluído que os aportes efetuados em relação ao plano de previdência privada que denominou “PGBL – EMPRESARIAL” corresponderiam a salário de contribuição, nos termos da Lei 8.212/1991 e da Lei Complementar 109/2001, dado que, em sua visão, seria um plano restrito a determinados funcionários. No entanto, que teriam sido atendidas todas as condições legais exigidas, entendendo ser improcedente a exigência fiscal de que trata o presente processo. Sustenta que, atualmente, manteria aberto um plano único e ofereceria benefícios diferenciados aos funcionários eleitos pelo 5º Termo Aditivo, e que inexistiria qualquer obrigação legal de que os planos estabelecessem benefícios em valores idênticos a todos os seus empregados e dirigentes;
3. menciona que a Constituição Federal de 1988, no Título VIII – Da Ordem Social, nos artigos 194 a 204, cuida da Seguridade Social, compreendendo as ações dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar a todos os direitos à saúde, à previdência e à assistência social. E entende que empresas que oferecem a seus empregados benefícios nestas áreas, por se tratar de atividades de elevado conteúdo social e econômico e, ainda, coadjuvante à do Poder Público, não poderiam ser oneradas com pesadas incidências tributárias, destacando, ainda, que tais prestações, entre as quais estariam incluídos os planos de previdência privada, não teriam relação com o trabalho prestado. Informa que a contribuição previdenciária, por força de regra constitucional contida no artigo 195, inciso I, alínea “a”, com a redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20/98, somente poderia incidir sobre *“a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício”*, e que o parágrafo 11º do artigo 201 da CF/88, com a redação da Emenda Constitucional n.º 20/98 estabelecerá que

“os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”. Para ela, a base de cálculo da contribuição previdenciária seria a folha de salários, compreendendo esta o salário propriamente dito somado aos ganhos habituais do empregado, bem como aos demais rendimentos, desde que decorrentes do trabalho, não discrepando desse conceito a definição legal de salário de contribuição para efeitos previdenciários, prevista no art. 28 da Lei 8.212/91, qual seja 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”.* Destaca que não seriam todos os benefícios, vantagens ou mesmo valores recebidos pelos empregados de seus empregadores que integrariam a base de cálculo das contribuições previdenciárias, mas tão somente aqueles enquadráveis como salário, remuneração ou ganhos habituais decorrentes da prestação de serviços, estando expressamente excluídos dessa base os benefícios que, mesmo concedidos em decorrência do contrato de trabalho, são despojados de caráter remuneratório, como as contribuições pagas pelos empregadores a Programas de Previdência Privada em favor de seus empregados e dirigentes, conforme alínea “p” do parágrafo 9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/91;

4. o sistema de previdência privada está regulada pelo artigo 202 da CF/88 e pela Lei Complementar n.º 109/01. Transcreve o artigo 202, “caput” e parágrafo 2º da CF/88, na redação da Emenda Constitucional 20/98: *“Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar (...) § 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei”.* Afirma que, nos termos do parágrafo 2º do artigo 202 da CF/88, basta que as contribuições da empresa destinadas a custear planos de previdência privada em benefícios aos empregados e dirigentes sejam pagas a entidades de previdência privada regularmente constituídas, cujos planos tenham sido instituídos na forma da lei, para que não sejam consideradas integrantes da remuneração. Segundo ela, essa previsão constitucional equivaleria a verdadeira imunidade, devendo sua interpretação ser ampla, inadmitindo-se quaisquer limitações por normas de inferior hierarquia, sendo claro o seu significado, qual seja: essa verba não poderia ser inserida na remuneração dos empregados nem para efeito da incidência de direitos trabalhistas (13º salário, férias, FGTS e outras) nem para efeito de incidências tributárias (IRPF, IRPJ, contribuições previdenciárias e de terceiros, etc.).

Entende que, como as contribuições em causa não integram a remuneração dos participantes de Planos de Previdência Privada, elas não poderiam ser incluídas na base de cálculo das contribuições previdenciárias;

5. traz, em seguida, alguns dispositivos das Resoluções do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) n.º 6/97 e n.º 139/05, e das Circulares da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) n.º 101/99, n.º 183/02, n.º 338/07, que estabelecem normas e critérios de operacionalização do Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), destacando aqueles relativos a planos na modalidade contribuições variáveis, com valor e periodicidade livres, e ao direito de resgate. Afirma que, em se tratando de PGBL, o resgate seria um direito do participante, que deveria ser a ele oferecido, obrigatoriamente e a qualquer tempo, durante o prazo de diferimento, respeitados apenas os prazos de carência e intermediário entre os pedidos. Relata que a Previdência Privada, que, no princípio, era assemelhada à Previdência Oficial, evoluiu para abarcar modalidades semelhantes a poupanças forçadas, como é o caso do tipo PGBL, que se caracteriza, de um lado, pela total liberdade dos participantes e da instituidora quanto ao pagamento das contribuições seja em relação aos valores aportados, seja em relação à periodicidade desses aportes, e, de outro, pela garantia do direito de resgate total ou parcial, a qualquer tempo, desde que respeitados os períodos de carência e intervalo entre os resgates previstos na legislação, sendo incabível, no seu entendimento, qualquer comparação do PGBL com a Previdência Oficial e com Planos de Previdência Privada de outras modalidades, inclusive a exigência para o PGBL de cálculos atuariais, em face da sujeição a regras legais distintas;
6. afirma que, atualmente, possui aberto um único plano denominado Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II – do tipo Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável, aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/0123, o qual contemplaria contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa e contribuições e benefícios suplementares diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos (5º Termo Aditivo). Informa que seriam 4 (quatro) os instrumentos contratuais básicos que versariam sobre o Plano de Previdência Privada das empresas do grupo Bradesco, a saber: a) Convênio de Adesão ao Plano I – de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresa, de 20/06/1985, do tipo benefício definido, disponível a todos os empregados e diretores, fechado a novos participantes em 30/04/1999, aplicável atualmente apenas aos que a ele haviam aderido no passado (Plano I); b) Contrato Previdenciário de 20/05/1999, informando que em razão do fechamento do contrato acima, em 01/05/1999, decidiu-se implementar Plano de Previdência Privada na Modalidade Contribuição Definida – FGB e de Benefício Definido – PBD para todos os empregados e dirigentes da empresa, também fechado a novos participantes em 30/04/2000, aplicável atualmente apenas aos que a ele haviam aderido no passado (Plano II); c) 5º Termo Aditivo

de 30/07/1999 ao Contrato de Previdência Privada de 20/06/1985, instituindo Plano de Benefícios Suplementares na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, aplicável ao Presidente do Conselho, aos Conselheiros, aos Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e aos investidos em cargos de assessor da Diretoria, participantes dos Planos I e II mantidos pela impugnante; d) Contrato Previdenciário de 20/05/2000, informando que em razão de os Contratos descritos nas letras “a” e “b” estarem fechados desde 30/04/1999 e 30/04/2000, respectivamente, decidiu-se através de “Programa de Migração do Plano” fazer a migração do Plano II para Plano de Previdência na modalidade Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL e de Benefício Definido – PBD – Contribuições Básicas, aplicável a todos os empregados e dirigentes da empresa, também denominado Plano II, conforme pode-se depreender do Regulamento do Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, com Benefício por Morte e Invalidez, aprovado pela SUSEP. Menciona que as regras do Plano II estariam definidas no Regulamento e Nota Técnica, nos Contratos – Contribuições Básicas e Contratos – Contribuições Suplementares;

7. registra, também, quanto à afirmação da fiscalização de que a possibilidade de recusa de participante contrariaria a legislação, que, se tratando, no caso, de um plano mantido por entidade aberta, não teria havido o descumprimento de qualquer obrigação legal por ela, já que inexistiria obrigatoriedade de extensão do plano de modalidade aberta a todos os funcionários. Menciona, ainda, que os requisitos de elegibilidade e os benefícios a que teriam direito os seus funcionários estariam explicitados nos Capítulos V, VI e VII do Regulamento do Plano II, sendo improcedentes as alegações fiscais em sentido contrário. Informa, então, que o Plano II, Plano Único, prevê benefícios para todos os seus empregados e dirigentes, custeados com as contribuições normais. E afirma que, para a categoria dos dirigentes, são previstas contribuições suplementares, porque, sendo a remuneração desses profissionais mais elevada, apenas as contribuições normais não permitiriam atingir os objetivos da Previdência Privada que seria proporcionar na inatividade padrão de vida semelhante ao que o beneficiado tinha em atividade, de modo que a previsão de benefícios diferenciados, no seu entendimento, não implicaria qualquer violação ao artigo 202 da CF/88 e à Lei Complementar n.º 109/01, tendo por finalidade o atendimento de seus objetivos fundamentais. Destaca que extensivo a todos não significa igual para todos. E conclui que a exigência em tela não tem fundamento porque, ao questionar aquilo que é característica dos Planos PGBL, a fiscalização estaria, em última análise, questionando o próprio mérito das normas constitucionais e legais que instituíram o atual sistema de previdência privada, o que só poderia ser feito por alterações legislativas;
8. os resgates ocorridos no caso concreto foram sempre parciais, sofreram a devida incidência dos tributos previstos na legislação, e

desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no artigo 23, estariam sujeitos a uma contribuição adicional de 2,5% sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. No caso concreto, a discriminação estabelecida não teria fundamento, posto que inexistente qualquer relação de pertinência lógica entre o fator diferenciador eleito pelo legislador e o tratamento diferenciado, que só existiria se as entidades discriminadas causassem um maior encargo à seguridade social ou dela auferissem um especial benefício (contribuição), ou então se possuíssem maior capacidade contributiva (imposto);

11. **Dos juros sobre a multa de ofício.** Defende, aqui, a impugnante, que a exigência de juros sobre a multa de ofício não teria suporte legal. Informa que, a prevalecer a exigência fiscal, o que se admite apenas a título de argumentação, o Fisco lhe exigirá juros de mora sobre o valor da multa de ofício, como vem procedendo em outros casos, o que acresce em muito o valor supostamente devido. Sustenta que, pelo que se infere da legislação que rege a matéria, esta somente autorizaria a incidência de multa e juros sobre o valor atualizado do tributo ou da contribuição, não autorizando o cálculo dos juros sobre o valor da multa, o que tornaria o procedimento adotado ilegal e inconstitucional, e faz menção, ainda, a acórdãos do Conselho de Contribuintes e do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais reconhecendo o não cabimento da exigência. E conclui que não existiria base legal para a exigência de juros sobre os valores lançados a título de multa de ofício (não isolada), alegando que esta não poderia prevalecer, sob pena de violação ao artigo 61 da Lei n.º 9.430/96, aos artigos 5º, II e 150, I da Constituição Federal de 1988, e ao artigo 97 do CTN.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em São Paulo/SP – por meio do Acórdão 16-46.378 da 12ª Turma da DRJ/SP1 – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que ele encontra-se revestido das formalidades legais, tendo sido lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

A Notificada apresentou recurso voluntário, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados e no mais efetua repetição das alegações da peça de impugnação.

A Delegacia Especial da Receita Federal do Brasil em São Paulo/SP informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) para processamento e julgamento. É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Recurso tempestivo. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

A Recorrente alega que a verba paga a título de Participação nos Lucros ou Resultados (PLR) não deveria integrar o salário de contribuição (base de cálculo), já que cumpriu a legislação de regência.

Inicialmente, cumpre esclarecer que – conforme o disposto no art. 28, alínea “j”, § 9º, da Lei 8.212/1991 – é isenta de contribuição previdenciária apenas a verba decorrente de participação nos lucros ou resultados da empresa que fora paga ou creditada de acordo com a lei específica, no caso a Lei 10.101/2000.

Lei 8.212/1991:

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; (Redação dada pela Lei 9.528, de 10/12/97).

(...)

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

(...)

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com a lei específica; (g.n.)

Nesse sentido, a Lei 10.101/2000 estabelece os critérios para o pagamento do PRL e a Lei 8.212/1991 determina que apenas não integra o salário de contribuição a participação nos lucros paga de acordo com o estabelecido na lei específica.

Portanto, para não integrar a base de cálculo da contribuição previdenciária, o pagamento a título de PRL deve seguir o que determina a Lei 10.101/2000:

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.

§ 1º. Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Art. 3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado.

(...)

§ 2º. É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

Em termos gerais, o pagamento de PLR deve atender cumulativamente aos seguintes requisitos:

1. deve ter sido objeto de negociação entre a empresa e seus empregados. Tal negociação pode ser feita através de acordo celebrado por uma comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, ou por convenção ou acordo coletivo;
2. os instrumentos de negociação devem conter regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos de participação, como índice de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa e programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente;
3. o instrumento de acordo celebrado deverá ser arquivado na entidade sindical dos trabalhadores;
4. a periodicidade mínima para pagamento deve ser de um semestre e no máximo duas vezes no mesmo ano.

Diante do conjunto fático probatório juntados aos autos, faremos uma análise do caso ora evidenciado.

Primeiro, verifica-se que **não** houve a participação do sindicato dos empregados, ou de um representante, na negociação dos Acordos (artigo 2º, inciso I, da Lei

10.101/2000), conforme Termo de Intimação Fiscal, lavrado em 04/07/2012. Essa participação é requisito essencial para que um acordo firmado entre empresa e empregados sobre a Participação nos Lucros ou Resultados esteja em conformidade com a Lei específica.

Contrapõe-se a Recorrente argumentando que optou pela forma de comissão para a negociação do pagamento de PLR a seus funcionários, durante todo o período autuado.

Data vênua, tal argumento não merece prosperar, eis que o legislador constitucional conferiu às entidades sindicais significativo papel na defesa dos interesses das categorias profissionais. Nesse sentido, a Constituição Federal prevê a obrigatoriedade de participação dos sindicatos nos acordos e convenções coletivas de trabalho, a teor do art. 8º, inciso VI, da CF. A *contrário sensu*, eventuais instrumentos de negociação celebrados sem a participação do sindicato da categoria é considerada nula de pleno direito, inapta, portanto, para produção de efeitos jurídicos.

Para tanto, a relação empregatícia é caracterizada pela hipossuficiência do empregado em relação ao empregador. Aquele, por depender do emprego como fonte de sustento, se situa como a parte frágil da relação. Assim, visando reduzir esta desigualdade material entre os seres contratantes, o legislador, para algumas situações, prevê a necessária interveniência da entidade sindical representativa dos trabalhadores quando da criação de regras autônomas aplicáveis no âmbito dos contratos individuais de trabalho.

A previsão contida no art. 2º, inciso I, da Lei 10.101/2000 é um caso típico dessa situação, onde o legislador ordinário estipula que a comissão de negociação para pactuação da PLR deve ser integrada por um membro indicado pelo sindicato da respectiva categoria.

Assim, qualquer acordo firmado sem a comprovação da participação sindical em sua negociação, quer diretamente, quer por intermédio de um representante devidamente qualificado, não poderá ser considerado como referente à Participação nos Lucros ou Resultados prevista na Lei 10.101/2000.

Por outro lado, se fosse somente a ausência de intervenção do sindicato nas negociações, isso poderia permitir o alinhamento desse fato ao precedente do STJ assentado, de passagem, no Resp 865489/RS que o importante é buscar a natureza dos pagamentos efetuados aos empregados, nos seguintes termos:

“[...] Não obstante, conforme bem destacou a Corte de Origem, a intervenção do sindicato na negociação tem por finalidade tutelar os interesses dos empregados, tais como definição do modo de participação nos resultados; fixação de resultados atingíveis e que não causem riscos à saúde ou à segurança para serem alcançados; determinação de índices gerais e individuais de participação, entre outros. Vale dizer, o registro do acordo no sindicato é modo de comprovação dos termos da participação, possibilitando a exigência do cumprimento na forma acordada.

O desrespeito a tais exigências afeta os trabalhadores, que poderiam, eventualmente, ser prejudicados numa negociação desassistida, não obtendo tudo aquilo que alcançariam com a presença de um terceiro não vulnerado pela relação de emprego.

Com efeito, atendidos os demais requisitos da legislação que tornem possível a caracterização dos pagamentos como participação nos resultados, a ausência de intervenção do

sindicato nas negociações e a falta de registro do acordo apenas afastam a vinculação dos empregados aos termos do acordo, podendo rediscuti-los novamente.

Deveras, mencionadas irregularidades não afetam a natureza dos pagamentos, que continuam sendo participação nos resultados: podem interferir, tão-somente, na forma de participação e no montante a ser distribuído, fatos irrelevantes para a tributação sobre a folha de salários. [...]” (Resp 865489/RS, Dje 24/11/2010).

No entanto, dentro do contexto fático evidenciado nos autos, os demais elementos informativos, explicitados abaixo (**segundo e terceiro**), encaminham no sentido de não se admitir de forma isolada a tese de que a participação do sindicato dos empregados, ou de um representante, na negociação dos Acordos não descumpriria a regra do artigo 2º, inciso I, da Lei 10.101/2000.

Segundo, o instrumento decorrente da negociação não continha regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, descumprido a exigência legal prevista no § 1º do art. 2º Lei 10.101/2000, já que o programa de metas era estipulado em data posterior ao início do período a que se referem os Lucros ou Resultados e, por consectário lógico, não permitia aos participantes ter ciência dos requisitos a serem adimplidos para fazerem jus ao pagamento a título de participação nos resultados.

Contrapõe-se a Recorrente argumentando que a empresa adotou políticas devidamente aprovadas pela sua presidência e respectivos membros da diretoria e conselho (doc.2), e adotou a “Ficha de Avaliação de Performance” (doc.3) preenchida para cada empregado com a descrição de suas metas e objetivos profissionais para o ano calendário, com a indicação do meio pelo qual tais metas seriam atingidas e, que tais Fichas anexadas, por amostragem, comprovam que as metas individuais foram sempre estabelecidas antes da data do pagamento de PLR.

Tal argumento não merece prosperar, eis que os elementos probatórios evidenciam que o pagamento a título de PLR 2008 foi realizado nas competências 02/2009 e 03/2009, e o acordo foi assinado em 02/02/2009; bem como o pagamento a título de PLR 2009 foi realizado nas competências 08/2009 e 10/2009, e o acordo foi assinado em 19/10/2009. Além disso, as fichas de “Avaliação de Resultados” (doc.3), referentes ao exercício 2008 (2º semestre) e ao exercício 2009 (1º e 2º semestre), **não constam as datas** em que as metas foram pactuadas e que as referidas avaliações foram efetuadas. Logo, a Recorrente não comprova que o Acordo de PLR, prevendo o programa de metas a serem cumpridas por seus empregados, foi firmado em data anterior ao início do período a que se referem os Lucros ou Resultados a serem almejados. Esses fatos configuram o descumprimento da regra prevista no art. 2º, § 1º, inciso II, da Lei 10.101/2000.

Nesse particular, alinho-me ao entendimento proferido no processo 15504.723899/2011-08 (sessão de 18/03/2014), Relator: Nereu Miguel Ribeiro Domingues, nos seguintes termos:

“[...] a análise do Relatório Fiscal acima emergem claramente os dois pontos que levaram à autuação, quais sejam, (i) o fato do pagamento a título de PLR ter sido efetuado muito antes da formalização do respectivo instrumento e (ii) que não se poderia

falar em alcance de metas para 2008 a partir de um instrumento firmado somente em novembro desse mesmo ano.

No passado manifestei-me em caso praticamente idêntico ao presente, conforme voto de minha relatoria proferido no PAF nº 13896.002986/2010-47, Acórdão nº 2402-03.046, Sessão de 15/08/2012, acompanhado por unanimidade por este Colegiado, nos seguintes termos:

*“Estando o programa de participação de resultado da empresa atrelado à existência de lucro e podendo este ser aferido devidamente **ainda que o instrumento de acordo tenha sido formalizado no final do período base da PLR, não há qualquer plausibilidade em se exigir que o instrumento decorrente da negociação coletiva seja firmado e arquivado ‘previamente’, tal como sugere o art. 2, inc. II, da Lei nº 8.212/91.***

Caso assim não se entenda, estar-se-á criando interpretações restritivas ao arrepio da Lei nº 10.101/00, contribuindo para a instabilidade jurídica do direito constitucional do trabalhador ao recebimento da PLR desvinculada do salário, conforme prevê o art. 7º, inc. XI, da CF/88, haja vista que a referida Lei não prevê qual o prazo para se firmar e arquivar o instrumento decorrente da negociação coletiva.

Outrossim, destaca-se que a única certeza que pode ser extraída da Lei, em relação ao período de formalização do instrumento de negociação, é de que este seja firmado antes do efetivo pagamento da PLR.

(...)

No presente caso mantenho esse mesmo posicionamento, no sentido de que, embora fosse possível reconhecer a validade da formalização do acordo de PLR da Recorrente ao final do mesmo período base de 2008, o fato do pagamento ter ocorrido em 30/06/2008 e o instrumento de negociação somente ter sido assinado meses depois, em 11/11/2008, macula os pagamentos efetuados a esse título.

Igualmente, concluiu posteriormente a CSRF no julgamento do PAF nº 14485.000327/200775, Acórdão nº 9202002.486, Sessão de 29/01/2013, do qual transcrevo o seguinte trecho do voto vencedor, justamente sobre o ponto em questão:

“Data da assinatura dos acordos

Questão recorrente nas discussões sobre a incidência da contribuição previdenciária sobre pagamentos a título de PLR é aquela que versa sobre a data de assinatura dos acordos. Em suma, o que se questiona é se deve existir alguma relação entre três datas: (i) data da assinatura do acordo coletivo ou data da assinatura do acordo entre as partes; (ii) data do fim do período a que se referem os lucros ou resultados; e (iii) data do recebimento, pelo empregado dos pagamentos de PLR.

Para tal análise tomamos o conteúdo do art. 2º da Lei 10.101/200, in verbis:

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.

§1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

§2º O instrumento de acordo celebrado será arquivado na entidade sindical dos trabalhadores.

Faremos a interpretação de tal dispositivo considerando as finalidades dos requisitos para fruição da imunidade, conforme anteriormente esclarecemos: contribuir para o combate à fraude contra os trabalhadores ou contra a solidariedade no financiamento da seguridade social e para a melhoria da qualidade das relações entre capital e trabalho.

*Inicialmente, extraímos do dispositivo legal que é necessário que haja uma negociação entre empresa e empregados. Tal requisito está em harmonia, principalmente, com o objetivo de contribuir para a melhoria das relações entre capital e trabalho. Certamente, a norma se refere a uma negociação concluída e não a uma negociação em curso, o que nos coloca diante de um primeiro requisito temporal: a negociação entre empresa e empregados deve estar concluída antes do pagamento da PLR. Justificamos tal posição com a constatação de que, antes de assinado, antes de se tornar um ato jurídico perfeito, a proposta da empresa pode ser retirada ou alterada, bem como o pleito dos trabalhadores pode ser alterado. Em adição, devemos considerar que, em tese, a demora na conclusão de uma negociação em andamento pode servir para ganhar tempo para que os lucros ou resultados a serem pactuados sejam estabelecidos em patamares já sabidamente atingidos, de forma a garantir que uma verba salarial possa ser revestida de PLR sem que os trabalhadores tenham motivos para obstaculizar o acordo. É uma porta aberta para a fraude. **Como somente com a assinatura do termo de acordo entre as partes ou do acordo coletivo é que teremos a formalização do término da***

negociação e estaremos diante de um ato jurídico perfeito apto a exarar efeitos jurídicos, concluímos que o termo de acordo entre as partes ou o acordo coletivo deve estar assinado antes do pagamento da PLR.

Além de assinado, o instrumento de acordo deve estar arquivado na entidade sindical dos trabalhadores. Tal exigência, constante do §2º pretende dar transparência ao instrumento de acordo e permitir que sejam evitadas fraudes com a lavratura pós-datada de um acordo entre as partes.” [...]” (processo 15504.723899/2011-08)

Dessa forma, se a PLR constitui instrumento de integração entre capital e trabalho, não faz sentido que os critérios de pagamento sejam estabelecidos após o período de apuração do lucro ou resultado. Tal circunstância vai retirar a natureza condicional do instituto, pois independente do alcance das metas ou resultados pelos empregados, o pagamento ocorrerá, ou seja, é sempre certo. Isso configura-se um acréscimo salarial transvertido de PLR, e sujeita-se à incidência da contribuição previdenciária.

Terceiro, constata-se que o instrumento decorrente da negociação não continha regras claras e objetivas quanto aos mecanismos de aferição para verificação do cumprimento do acordado, conforme os instrumentos de pagamento de PLR apresentados:

*“Cláusula Primeira. O presente acordo **está vinculado à evolução global positiva do BBI no exercício de 2007, apurada mediante indicadores objetivos e avaliação de resultado.***

Parágrafo Primeiro: A avaliação de resultado é individual, com base no atingimento e/ou superação de metas previamente estabelecidas, as quais têm pesos específicos, variáveis de acordo com a função exercida.

Parágrafo Segundo: A planilha de avaliação com as descrições das metas, dos pesos, do resultado do trabalho realizado e do valor final apurado a título de participação nos lucros ou resultados, a qual refletirá o resultado individual do empregado, será a este submetida para verificação de conformidade.”

Esse instrumento não deixa claro os seguintes pontos: o que seria evolução global positiva, tampouco quais seriam os indicadores objetivos; o parágrafo 1º menciona avaliação individual das metas previamente estabelecidas, mas sequer cita que metas seriam essas, além de restar demonstrado acima que não houve pactuação prévia. E, no Termo de Verificação Fiscal, o Fisco afirma ainda que a planilha mencionada no parágrafo 2º não lhe foi apresentada até o encerramento do procedimento fiscal.

É oportuno lembrar que não é a instituição de um plano de pagamento, ou mesmo previsão em Acordo Coletivo de Trabalho referente ao pagamento de verbas a títulos de participação nos lucros que irá lhe retirar o seu caráter remuneratório. Pelo contrário, é importante a estreita observância à legislação que, neste caso, irá afastá-la da incidência tributária.

Diante do exposto (**primeiro, segundo e terceiro**), por não estarem de acordo com o que determina a legislação pertinente, tais valores integram o salário de contribuição, nos termos do artigo 28, inciso I, da Lei 8.212/1991, não estando enquadrados na excludente do § 9º, alínea “j”, deste mesmo artigo, bem como do artigo 214, § 9º, “X” e § 10 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/1999.

A Recorrente alega que os valores pagos a título de previdência privada complementar não integram o salário de contribuição por força do art. 202 da Constituição Federal/88 e art. 68 da Lei Complementar (LC) 109/2001, e afirma que seria inaplicável a disposição do art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991, uma vez que esta disposição estaria em confronto com o ordenamento jurídico e consequentemente seria inconstitucional ou ilegal.

Inicialmente, em razão da possibilidade de se aplicar mais de uma lei perante um mesmo caso, os critérios clássicos de resolução do conflito sempre prezaram pela exclusão de uma das leis (critério hierárquico, critério da especialidade e critério cronológico), e não pela conformação de todas as existentes na busca de tutelar a relação jurídica posta na melhor forma possível, tornando o sistema jurídico harmônico. Sobre o tema, a regra estampada no §2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto 4.657/1942, com redação dada pela Lei 12.376/2010, estabelece que a lei nova nem sempre revoga ou modifica a lei anterior, ainda que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes.

Decreto 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei 12.376/2010:

Art. 2º. (...)

§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a para das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Percebe-se que a regra do citado §2º deixa bem clara a visão de sistema jurídico e, por consectário lógico, a necessidade de o Direito ser analisado como um todo, e isso viabiliza a aplicação conjunta das normas estampadas na Lei 8.212/1991 e na Lei Complementar 109/2001, já que ambas as leis tratam do sistema previdenciário. Assim, a regra do art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991 deverá ser analisada em conformidade com as regras da Lei Complementar 109/2001, especificamente os artigos 16, 68 e 69 dessa lei, e, por consectário lógico, alinhado ao entendimento proferido no Acórdão nº 2402-003.661 (sessão de 16/07/2013), processo 10783.723424/2011-09 (Relator: Julio César Vieira Gomes).

No que tange aos valores pagos a título de previdência privada no regime aberto, entende-se que eles não estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, entendimento delineado no Acórdão nº 2402-003.661 (processo 10783.723424/2011-09), seguem as razões fáticas e jurídicas:

“[...] Previdência Complementar Privada em Regime Aberto

O benefício tem previsão constitucional no artigo 202, com a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98; portanto, trata-se de imunidade de contribuição previdenciária:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar.

...

§ 2º *As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).*

...

Em destaque nas transcrições acima, tem-se que, atendidos os requisitos da lei, as contribuições vertidas pelo empregador não integram a remuneração e, conseqüentemente, sobre as quais não incidem contribuições previdenciárias. De fato, outra não poderia ser a interpretação. Isto porque somente se pode falar em Previdência Complementar quando suas características estão presentes. Aliás, qualquer que seja o benefício oferecido, são justamente as características que evidenciam sua natureza. E não é diferente com a Previdência Complementar Privada. Para que assim seja considerada e daí não incidirem contribuições previdenciárias devem estar presentes as características exigidas pela Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001 que regulou o artigo 202 da Constituição Federal e revogou a Lei nº 6.435, de 15/07/1977.

Quanto ao artigo 28, §9º, alínea p, parte final, da Lei nº 8.212, de 24/07/91, incluído pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, portanto anterior mesmo à EC nº 20/98, não tenho dúvida que se houver incompatibilidade com os artigos 68 e 69, §1º da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, que passaram a regular o artigo 202, §2º da Constituição Federal, restará derogado, pois além desta última veicular norma tributária especial é posterior àquela:

Art. 28 (...)

§9º (...)

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza. (g.n)

Apenas como esclarecimento, meu entendimento sobre a expressão: “desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes” já havia sido manifestado no Acórdão nº 205-00.176, de 11/12/2007 quando se apreciou a incidência ou não sobre o benefício Plano Educacional. Naquele caso, não havia disposição legal posterior de natureza tributária silente quanto ao requisito, como neste caso; a CLT, regulando relações de trabalho, é que deixava de considerar como salário o benefício, persistindo com isso a parte final do artigo 28, § 9º, alínea “t” da Lei nº 8.212, de 24/07/1991:

Quanto às exigências para o gozo da isenção de que o benefício não substitua parcelas salariais e seja extensivo à totalidade dos segurados empregados e dirigentes, parte final do dispositivo, entendo que não houve revogação. Isto porque é razoável que a legislação tributária procurasse evitar práticas elisivas, como a pretenciosa redução da base de cálculo por meio da substituição pelo benefício ou mesmo sua disponibilização vinculada à produtividade do empregado, do que o caracterizaria como uma gratificação.

E não se diga que a falta de previsão dessas exigências na lei posterior tenha sido intencional para a revogação de todo o dispositivo legal da Lei nº 8.212/91. Interessa ao Direito do Trabalho a definição de salário e não as regras periféricas voltadas aos efeitos tributários. As exigências da legislação tributária na parte final do artigo 28, §9º, alínea “t” da Lei nº 8.212/91, ao contrário da parte inicial, não integram a caracterização de alguma utilidade como salário ou não, apenas estabelecem o necessário para gozo da isenção.

Retomando ao exame da LC nº 109/2001, selecionamos as principais disposições para este estudo:

Lei Complementar nº 109, de 29 de Maio de 2001

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Art. 4º As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.

Seção II

Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas

...

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o caput os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

...

Seção III

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas

Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:

I - individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou

II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

§ 1º O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas.

§ 2º O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

§ 3º Os grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante.

...

CAPÍTULO VIII DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

...

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

§ 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Apenas para que não fiquem espaços vazios na linha de desenvolvimento deste trabalho, lembra-se que os dispositivos legais não são interpretados em fragmentos, mas dentro de um conjunto que lhe dê unidade e sentido. As disposições gerais nos artigos 68 e 69 são apenas partes do estatuto da previdência complementar, veiculado pela LC nº 109/2001.

Inicialmente, dispõe a lei que os programas podem ser abertos ou fechados, de acordo com a natureza da entidade de previdência complementar. Após, trata de cada um nas seções que se seguem: na Seção II os programas em regime fechado e na Seção III, regime aberto. Para o primeiro, através de seu artigo 16, é exigido, obrigatoriamente, que o benefício seja oferecido à totalidade dos empregados, tal como no artigo 28, § 9º, “p” da Lei nº 8.212, de 24/07/1991.

Art. 28 (...)

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

...

p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

Portanto, um suposto programa de previdência complementar em regime fechado não oferecido à totalidade dos empregados não pode ser considerado como tal e as contribuições vertidas devem ser tributadas normalmente, eis que carecem de característica essencial. **As entidades fechadas são instituídas para o conjunto de empregados da patrocinadora e não para grupos de categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, faculdade somente possível quando a opção é pelo regime aberto, conforme artigo 26, §3º da lei.**

Vê-se que para o regime fechado, considerando a unidade da lei, não há incompatibilidade com a Lei nº 8.212/1991, apenas que nesta as regras de incidência e abrangência estão em um mesmo dispositivo legal.

Agora, como já sinalizado acima, para o regime aberto a lei faculta que, direta ou indiretamente através da entidade, a empresa contrate em benefício de grupos específicos de categorias de empregados plano de previdência complementar.

artigo 26, §2º e 3º da lei. Então, neste caso não incidem contribuições previdenciárias ainda que o benefício não seja oferecido à totalidade dos empregados.

Mas, sem precipitações, a interpretação será mais segura quando considerado o todo da lei. No caso dos programas em regime aberto, embora não seja necessário estendê-lo à totalidade dos empregados e dirigentes, os grupos selecionados são de categorias de empregados, sem discriminações dentro de um mesmo grupo. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao trabalho, mas em razão de necessidades específicas.

Em síntese, temos que para a não incidência de contribuições previdenciárias:

a) até o advento da LC nº 109/2001, em quaisquer casos, a empresa tinha que oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes;

*b) a partir da LC nº 109/2001, somente no regime fechado, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores. **Caso adotado o regime aberto, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, mas não como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação.** (g.n.)*

*No presente caso sob exame, os fatos geradores ocorreram posteriormente à LC nº 109/2001. Tratando-se **da modalidade de previdência complementar em regime aberto**, de acordo com a tese aqui desenvolvida, não haveria necessidade de disponibilização dos planos de previdência complementar à totalidade dos dirigentes e empregados, desde que a restrição ao benefício seja de forma genérica e impessoal, que é o caso; portanto, os valores lançados são insubsistentes.*

Portanto, entendo que assiste razão ao recorrente. [...]” (Voto nº 2402-003.661, sessão de 16/07/2013, processo 10783.723424/2011-09, Relator: Julio César Vieira Gomes)

No caso dos autos ora analisado, ainda que se adotasse a literalmente a tese da Recorrente, torna-se imperioso afirmar que não há espaço jurídico nem fático para sua aplicação, já que a Recorrente distribuiu a verba cognominada de previdência complementar a título de prêmio ou gratificação. Esse entendimento decorre das seguintes razões fáticas, devidamente evidenciadas no Relatório Fiscal (itens 7 a 9):

1. a empresa possui um comitê de remuneração, composto por 3 (três) a 5 (cinco) membros, escolhidos dentre os integrantes do Conselho de Administração. Da leitura e interpretação do regimento do comitê de remuneração, verifica-se que a linha geral de atuação do mesmo é estabelecer a remuneração dos administradores **com base em resultados e performances tanto da empresa como individuais**, sendo que o artigo 1º do mesmo menciona que o objetivo do comitê

de remuneração é propor ao Conselho de Administração as políticas e diretrizes de remuneração dos Administradores Estatutários da organização, tendo **por base as metas de desempenho estabelecidas pelo Conselho**, e o artigo 3º, alínea “a” do mesmo regimento prevê que o Comitê deverá submeter ao Conselho de Administração a política e diretriz de remuneração dos Administradores Estatutários, **com base nas metas, objetivos e performance da Sociedade e retorno aos acionistas** (itens 7.4 a 7.6 do Relatório Fiscal);

2. as reuniões do comitê de remuneração definiam os valores a serem pagos aos administradores estatutários do banco a título de previdência privada, sendo que eram feitas sempre antes das assembleias gerais, ou seja, os valores eram definidos pela direção do banco e apenas ratificados nas assembleias (item 7.9). Logo, o Comitê de Remuneração da Organização Bradesco estipulava de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar a seus dirigentes;
3. verificou-se que, no ano calendário de 2009, os montantes destinados como remuneração global anual foram de R\$170.000.000,00 e para custear planos de previdência complementar dos administradores do banco foram de R\$100.000.000,00 (item 7.10);
4. a empresa foi intimada a apresentar o regulamento de previdência complementar e seus aditivos e constatou-se que a mesma possui um Plano de Previdência Complementar fechado, disponível a totalidade de seus empregados desde junho de 1985, e um outro plano, chamado “PGBL-EMPRESARIAL”, disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria de acordo com o 5º Termo Aditivo de 30/06/1999 (item 8);
5. o PGBL – EMPRESARIAL se encontra disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos, Assessor da Diretoria e Superintendentes, sendo os critérios de elegibilidade definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que **pode recusar a proposta de inscrição do participante**; não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora; e os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora (item 8.4), conforme o 5º Termo Aditivo: “11.2 Os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela INSTITUIDORA, sendo portanto de sua total responsabilidade”;
6. a Recorrente **não comprovou o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência privada complementar**. A empresa apresentou os aportes feitos por ela como instituidora de maneira individual para os elegíveis ao plano PGBL-EMPRESARIAL, sendo anexadas as planilhas com os valores. Foi

realizada uma comparação entre os valores aportados na previdência complementar e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários, como rendimento do trabalho, informados na DIRF (declaração de imposto retido na fonte) do banco, nos mesmos períodos, e se verificou que os valores aportados na previdência complementar são substanciais e **em vários casos maiores que o próprio rendimento do trabalho**. Ficou constatado, também, que vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da empresa nas suas contas, e se concluiu que estes deveriam ter outra finalidade que não a previdenciária, prevendo o regulamento do plano que os participantes nesta situação deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência (itens 9.6 a 9.9);

7. verificou-se, ainda, nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL-EMPRESARIAL, via de regra, em janeiro e com coincidência dos valores resgatados entre os participantes.

Note-se ainda que as peças de defesa da Recorrente (impugnação e recurso voluntário) não possuem elementos suficientes para afastar os fatos constatados pelo Fisco (itens 7 a 9 do Relatório Fiscal), sucintamente mencionados nos itens 1 a 7 acima, já que a Recorrente resumiu-se a alega que os valores foram pagos em conformidade com a legislação de regência.

Diante desse quadro fático, evidencia-se que os valores pagos a título de previdência privada complementar configura-se como uma gratificação ou prêmio, eis que a Recorrente seleciona tanto os valores a serem vertidos à previdência como os beneficiários do programa de previdência complementar. Além disso, a concessão dos aportes a título de previdência complementar estar atrelada às metas de desempenho estabelecidas pela Recorrente e decorre de critérios subjetivos, tais como: (i) não foram apresentadas, pela empresa, as memórias de cálculo das referidas contribuições ao plano de previdência privada, não tendo sido demonstrado o seu caráter previdenciário; (ii) as contribuições suplementares, efetuadas mensalmente pela empresa, em benefício dos dirigentes, foram realizadas em valores substanciais, tendo sido definidas pelo comitê de remuneração de forma unilateral; (iii) houve resgates, efetuados pelos dirigentes, no mesmo mês, em valores coincidentes entre os participantes e próximos aos das contribuições vertidas, frustrando o objetivo de complementação das aposentadorias; (iv) os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, que pode, inclusive, recusar a proposta do participante; dentre outros.

O caráter contraprestativo e habitual (mês a mês) das verbas é evidente, já que as verbas só são pagas aos empregados e contribuintes individuais da Recorrente em decorrência do contrato de emprego entre eles celebrado, visando atender as metas de desempenho estipuladas pela empresa.

Percebe-se, ainda, que a Recorrente apenas afirma que o tipo de plano de previdência privada complementar oferecido é do tipo aberto, de forma que o dispositivo citado pelo Fisco (art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991 e art. 16 da LC 109/2001) não se aplica aos autos, circunstância que invalida o lançamento.

Ainda que, por hipótese, não fosse aplicável as disposições do art. 16 da LC 109/2001 nem o art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991 ao plano de previdência da instituidora, mesmo assim não prospera a afirmativa do Recorrente, eis que, ao conceder a concessão do plano de previdência privada complementar a um grupo restrito de segurados, com critérios de elegibilidade definidos única e exclusivamente pela instituidora, e atrelados às metas de desempenho, o benefício assume o caráter de **gratificação** (ou prêmio), vinculada aos atributos profissionais dos trabalhadores, servindo de complemento ao salário.

A natureza de **gratificação** dos valores aportados ao “plano de previdência privada” dos dirigentes fica evidenciada quando se nota que as “contribuições” eram definidas pelo Comitê de Remuneração da Organização Bradesco, de forma **antecipada** e **unilateral**, levando em consideração os **resultados apurados nos segmentos de negócios, bem assim a alta qualificação, o tempo de serviço e o desempenho dos beneficiários**, como declarou o Recorrente à fiscalização no Termo de Verificação Fiscal (item 9.3 do relatório Fiscal).

“[...] A metodologia de calculo das contribuições relativas aos administradores e superintendentes executivos leva em conta os resultados consistentes apurados em todos os segmentos do negócio. Outro ponto considerado é também relativo ao quadro de administradores, que é constituído por profissionais que iniciaram a carreira nesta organização nos níveis iniciais há longos anos e percorreram toda a escala hierárquica de cargos para se habilitarem a ocupar posição de direção e, portanto, de comprovada fidelidade, competência e dedicação, sendo que as contribuições efetuadas pelas Instituidora (BANCO BRADESCO S/A) obedeceram aos critérios em lei e o plano leva em conta variáveis atuariais [...]”.

Para tanto, estipula o §1º do art. 457, da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), que integram o salário não só a importância fixa estipulada, como também as comissões, percentagens, **gratificações** ajustadas, diárias para viagens e abonos pagos pelo empregador. Com efeito, em regra, as contraprestações efetivadas pelo empregador em razão do contrato de trabalho ostentam de natureza salarial. Esta natureza em alguns casos pode ser excepcionada pelo legislador, como, de fato, o fez no caso da previdência privada. Todavia, para que seja afastada a regra geral é mister do empregador seguir rigorosamente os requisitos estipulados em lei, o que não se sucede na hipótese.

Ainda sobre a legislação aplicada, verifica-se que o Fisco também fundamentou-se no art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991 e em vários outros dispositivos da LC 109/2001 (arts. 10 e 19), bem como na própria Constituição Federal de 1988 (art. 202, parágrafos 1º e 2º), conforme item 6 do Relatório Fiscal.

A regra estampada no art. 10 da LC 109/2001, o qual está inserido na Seção I do Capítulo II, que trata das disposições comuns aos planos de previdência privada, estipula que tanto os requisitos de elegibilidade, bem assim a forma de cálculo dos aportes pela instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, fato esse que não aconteceu no presente caso ora analisado.

LC 109/2001:

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de

participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

No caso ora analisado, os elementos probatórios juntados aos autos demonstram que os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, que, inclusive, tem a faculdade de recusar a proposta de inscrição do interessado no plano. Essa circunstância, além de comprovar que nem mesmo dentro da própria categoria (altos empregados) o plano não estava acessível a todos, revela que os critérios eram definidos de forma casuística e subjetiva (desempenho, tempo de casa, dentre outros), conforme conveniência da Recorrente (vide itens 2.2 e 11.2 do 5º Termo Aditivo).

Esse fato somado à ausência de regra geral para o aporte das contribuições da instituidora, lembre-se que a autuada não apresentou ao auditor as correspondentes memórias de cálculo, é mais um fundamento de reforço da natureza de **gratificação** dos pagamentos.

Noutra linha, é certo que a LC 109/2001 permite o resgate de recursos do plano pelos participantes (art. 27). Assim, os resgates, por si só, não teriam o condão de descaracterizar a natureza de previdência privada dos valores depositados nas contas dos participantes. Contudo, assumem relevância quando analisado em conjunto com os demais elementos probatórios. Nesse sentido, os elementos informativos, acostados pelo Fisco e pela Recorrente, demonstram que os valores substanciais aportados anualmente nas contas dos participantes do plano PGBL – Suplementar foram, quase na totalidade, resgatados no ano seguinte e sempre na mesma época, com coincidência de valores, e sem qualquer destinação de benefício previdenciário, esses fatos **descaracterizam** a natureza previdenciária da verba (art. 2º da LC 109/2001).

A título ilustrativo, o Fisco elaborou o seguinte quadro (item 9.9 do Relatório Fiscal):

Nome	Resgate janeiro de 2009	Resgate janeiro de 2010
Ademir Cossiello	6.258.752,01	5.596.200,56
Denise Aguiar Alvarez	6.258.752,03	5.596.200,56
Domingos Figueiredo de Abreu	6.258.752,02	5.596.200,56

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 02/06/2014 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 02/06/20

14 por RONALDO DE LIMA MACEDO, Assinado digitalmente em 16/06/2014 por JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Impresso em 20/06/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Esses elementos associados, além de outros citados no Relatório Fiscal (Termo de Verificação Fiscal), conduzem a insofismável conclusão que, de fato, os aportes efetuados a título de previdência complementar tinham natureza de rendimento do trabalho. Impende destacar que não é o *nomen iuris* conferido a uma parcela que irá definir a sua natureza, mas é relevante aferir se o pagamento segue as regras previstas em lei para neutralizar o efeito remuneratório.

Na espécie, os aportes foram realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes e próximos para cada nível hierárquico, fatos que contrariam a legislação de regência da previdência privada complementar. Logo, os valores passam a ter natureza de gratificação e integram o conceito de remuneração.

Dessa forma, a premiação de alguns beneficiários da previdência privada complementar, deixando os demais de fora, é instrumento de incentivo para a permanência e produtividade, o que flagrantemente constitui em gratificação, configurada como remuneração vinculada ao salário, nos termos do art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991.

Lei 8.212/1991:

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; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

O entendimento delineado acima está em conformidade ao art. 202, § 2º, da CF/1988, já que a Recorrente estabeleceu um tratamento diferenciado para determinados segurados empregados e contribuintes individuais, de modo a beneficiá-los em relação a outros segurados, seja quanto à contribuições do empregador, seja no que concerne aos benefícios e condições atreladas às metas de desempenho estabelecidas pela Recorrente, acarretando um tratamento benéfico e vantajoso para os específicos dirigentes.

Constituição Federal de 1988:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e

regulado por lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

(...)

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998) (g.n.)

Nesse caminho, são transcritas, a seguir, algumas cláusulas dos contratos de previdência privada que dizem respeito aos participantes de cada plano e que estabelecem condições diferenciadas para o recebimento de benefícios de renda e o resgate das contribuições vertidas ao plano.

“[...] 5º Termo Aditivo, de 30/07/1999, ao Contrato de Previdência Privada firmado em 20 de junho de 1985:

(...)

Cláusula Primeira – Do Plano de Benefícios Suplementares

1.1. A INSTITUIDORA, bem através do presente instituir Plano de Benefícios Suplementares na COMPANHIA, na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL...

Cláusula Segunda – Dos Participantes

2.1. Serão considerados Participantes do PGBL, o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargo de Assessor da Diretoria, da INSTITUIDORA, participantes dos Planos I e II mantidos pela mesma.

(...)

Cláusula Terceira – Do PGBL

(...)

3.3.6. O Participante será elegível ao recebimento de um dos Benefícios de renda previstos nesta Cláusula a partir dos 60 (sessenta) anos de idade, fazendo jus a 100% (cem por cento) do saldo da Conta de Reserva de Participante.

Cláusula Quarta – Do Resgate

4.1. Durante o período de diferimento, mediante expressa autorização da INSTITUIDORA, o Participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da Conta de Reserva do Participante – Parte INSTITUIDORA, observada a legislação pertinente em vigor.

4.2. Durante o período de diferimento, mediante expressa autorização da INSTITUIDORA, o Participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da Conta de Reserva do

Participante – Parte Participante, observada a legislação pertinente em vigor.

(...)

Contrato Previdenciário, de 20/05/2000:

(...)

Cláusula Segunda – Dos Participantes

2.1. Serão inscritos no Plano de Benefícios os empregados e dirigentes da INSTITUIDORA que na data da assinatura da Proposta de Inscrição estejam em plena atividade de trabalho.

(...)

Cláusula Quarta – Do PGBL

(..)

4.5. Será elegível ao recebimento de um dos Benefícios de renda previstos nesta cláusula, fazendo jus a 100% (cem por cento) da Reserva Matemática de Benefícios a Conceder, definida no item 4.3, o Participante que preencher, concomitantemente, os seguintes requisitos:

a - Ter no mínimo 60 (sessenta) anos de idade;

b - Ter no mínimo 10 (dez) anos de vinculação ao Plano de Benefícios; e

c - Haver cessado o vínculo empregatício com a INSTITUIDORA.

(...)

Cláusula Sexta – Do Resgate

6.1. O Participante ou o Beneficiário, quando for o caso, terá direito ao resgate das contribuições vertidas ao Plano de Benefícios quando:

6.1.1. O Participante se tornar inválido total e permanentemente antes de ser elegível a um dos Benefícios previstos neste Plano de Benefícios, conforme opção prevista no item 5.1.1. da Cláusula Quinta deste Contrato;

6.1.2. Na hipótese de saída prematura do Participante do Plano de Benefícios, observada o disposto na Cláusula Oitava deste Contrato;

6.1.3. Na hipótese prevista no item 5.1.2. da Cláusula Quinta deste Contrato.

6.2. O valor do resgate será equivalente ao saldo formado exclusivamente pelas contribuições feitas às expensas do Participante. A parte do saldo formada pelas contribuições da

INSTITUIDORA será revertida ao Plano de Benefícios. [...]”
(g.n.)

Com relação ao resgate, constata-se que os contratos de previdência privada firmado pela Recorrente permitiam o resgate apenas das contribuições pagas pelo participante (beneficiário) e não os valores pagos pelo patrocinador. Assim, houve descumprimento das cláusula desses contratos de previdência, já que ocorreu o resgate, no mês de janeiro de 2009 e 2010, de quase a totalidade dos valores e com coincidência dos valores resgatados entre os participantes (item 9.9 do Relatório Fiscal). Esse entendimento de que não poderá haver o resgate dos valores pagos pelo patrocinador está sumulado pelo STJ: “***Súmula 290 – Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador***”.

Acrescenta-se ainda que, da forma como foram realizados os resgates dos valores destinados à previdência complementar – sem qualquer finalidade previdenciária, distanciando-se dos benefícios previdenciários (aposentadoria, pensão ou benefícios acidentários) –, houve o descumprimento da regra geral do regime de previdência complementar prevista no art. 2º da LC 109/2001, eis que essa norma estabelece que o regime complementar tem por objetivo instituir planos de benefícios de caráter previdenciário. Isso, por si só, já afastaria o entendimento manifestado no Acórdão nº 2402-003.661 (sessão de 16/07/2013), processo 10783.723424/2011-09 (Relator: Julio César Vieira Gomes), e, por consectário, apontaria para a natureza de gratificação da verba concedida aos segurados (empregados e contribuintes individuais) pela Recorrente.

Lei Complementar (LC) 109/2001:

*Art. 2º. O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar **planos de benefício de caráter previdenciário**, na forma desta Lei Complementar.*

Considerando que as verbas discutidas representam um ganho aos beneficiários da previdência complementar, já que têm nítida repercussão econômica, concedidas com características de gratificação ou prêmio, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses excludentes do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/1991, é correta a inclusão dessas verbas na base de cálculo das contribuições previdenciárias. Esse entendimento decorre do fato de que os valores pagos a título de previdência privada no regime aberto **não estão** abarcados pela regra exclusiva da incidência da contribuição previdenciária – prevista no art. 28 da Lei 8.212/1991 –, **desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho**, conforme foi delineado no Acórdão nº 2402-003.661 (sessão de 16/07/2013), proferido por esta Corte Administrativa, processo 10783.723424/2011-09 (Relator: Julio Cesar Vieira Gomes).

Com isso, no que diz respeito à verba paga a título de previdência privada complementar, mesmo que os aportes tenham sido realizados no regime aberto, a alegação da Recorrente não será acatada, eis que o Fisco configurou o fato gerador da contribuição previdenciária, nos termos do art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991 c/c os artigos 201, §11¹, e 202, § 2º, da Constituição Federal de 1988.

Com relação ao adicional de 2,5%, não há espaço jurídico para acatar a alegação da Recorrente de que tal alíquota seria inconstitucionalidade, com violação ao princípio da isonomia.

¹ Artigo 201, §11, CF/1988: Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei.

Cumpre esclarecer que a exigência do adicional de 2,5% (dois vírgula cinco por cento) está prevista no parágrafo 1º do art. 22 da Lei 8.212/1991.

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada à Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

(...)

§ 1º No caso de bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização, agentes autônomos de seguros privados e de crédito e entidades de previdência privada abertas e fechadas, além das contribuições referidas neste artigo e no art. 23, é devida a contribuição adicional de dois vírgula cinco por cento sobre a base de cálculo definida nos incisos I e III deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

Assim, as alegações da empresa relativas à inconstitucionalidade de dispositivos normativos não são passíveis de apreciação por esta instância administrativa, sendo a declaração de inconstitucionalidade de lei prerrogativa outorgada pela Constituição Federal ao Poder Judiciário.

Nesse sentido, o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos membros de Turmas de julgamento afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2, publicadas no DOU de 22/12/2009, ANEXO III - CONSOLIDAÇÃO DAS SÚMULAS DO CARF, pág. 71, transcrito a seguir:

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

No que tange à arguição de inconstitucionalidade, ou ilegalidade, da legislação tributária que dispõe sobre a utilização da taxa de juros (Taxa SELIC), frise-se que incabível seria sua análise na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as normas reguladas na Lei 8.212/1991. Isso está em consonância com o Enunciado nº 2 de Súmula do CARF: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária”.

Esclarecemos que foi correta a aplicação do índice pelo Fisco, pois o art. 144 do CTN dispõe que o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e rege-se pela lei então vigente, ainda que modificada ou revogada, e a cobrança de juros (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC) estar prevista em lei específica tributária, art. 5º, §3º, da Lei 9.430/1996, transcrito abaixo:

Art. 5º. (...)

§ 3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia

SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

Com o mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) manifestou-se que é legítima a incidência da Taxa SELIC sobre os tributos não recolhidos no prazo legal, conforme ficou assentado no Recurso Especial nº 475904, publicado no DJ em 12/05/2003, cujo relator foi o Min. José Delgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. VALIDADE. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 07/STJ. COBRANÇA DE JUROS. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA. A averiguação do cumprimento dos requisitos essenciais de validade da CDA importa o revolvimento de matéria probatória, situação inadmissível em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 07/STJ. No caso de execução de dívida fiscal, os juros possuem a função de compensar o Estado pelo tributo não recebido tempestivamente. Os juros incidentes pela Taxa SELIC estão previstos em lei. São aplicáveis legalmente, portanto. Não há confronto com o art. 161, § 1º, do CTN. A aplicação de tal Taxa já está consagrada por esta Corte, e é devida a partir da sua instituição, isto é, 1º/01/1996 (REsp 439256/MG). Recurso especial parcialmente conhecido, e na parte conhecida, desprovido.

A propósito, convém mencionar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 4 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), nos seguintes termos:

Súmula CARF nº 4: *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.*

Não tendo o contribuinte recolhido à contribuição previdenciária em época própria, tem por obrigação arcar com o ônus de seu inadimplemento. Caso não se fizesse tal exigência, poder-se-ia questionar a violação ao princípio da isonomia, por haver tratamento similar entre o contribuinte que cumprira em dia com suas obrigações fiscais, com aqueles que não recolheram no prazo fixado pela legislação.

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança de juros, estando os valores descritos no lançamento fiscal, em consonância com o prescrito pela legislação tributária acima mencionada, já que as contribuições sociais não recolhidas à época própria ficam sujeitas aos juros SELIC e multa de mora, todos de caráter irrelevável. Isso está em consonância com o próprio art. 161, § 1º, do CTN, pois havendo legislação específica dispondo de modo diverso, abre-se a possibilidade de que seja aplicada outra taxa e, no caso das contribuições previdenciárias pagas com atraso, a taxa utilizada é a SELIC.

Lei 5.172/1966 - Código Tributário Nacional (CTN):

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante

da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º. **Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês. (g.n.)**

O disposto no art. 161 do CTN não estabelece norma geral em matéria de legislação tributária. Portanto, sendo materialmente lei ordinária pode ser alterado por outra lei de igual status, não havendo necessidade de lei complementar.

Ainda, conforme estabelecem os arts. 35 e 35-A da Lei 8.212/1991, com as alterações da Lei 11.941/2009, **a multa de mora (20%) deverá ser afastada e deverá ser aplicada a multa de ofício (75%), eis que se trata de lançamento de ofício.**

Essa sistemática de aplicação da multa, oriunda de obrigação tributária principal, sofreu alteração por meio do disposto nos artigos 35 e 35-A, ambos da Lei 8.212/1991, acrescentados pela Lei 11.941/2009.

Lei 8.212/1991:

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). (g,n.)**

Lei 9.430/1996:

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.

§ 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.**

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Em decorrência da disposição acima, percebe-se que a multa prevista no art. 61 da Lei 9.430/96, se aplica aos casos de contribuições que, embora tenham sido **espontaneamente declaradas** pelo sujeito passivo, deixaram de ser recolhidas no prazo previsto na legislação. Esta multa, portanto, se aplica aos casos de recolhimento em atraso, **que não é o caso do presente processo**.

Por outro lado, a regra do art. 35-A da Lei 8.212/1991 (acrescentado pela Lei 11.941/2009) aplica-se aos **lançamentos de ofício**, que é o caso do presente processo, em que o sujeito passivo realizou compensações indevidas e, conseqüentemente, deixou de recolher contribuições previdenciárias, com o percentual 75%, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996.

Lei 8.212/1991:

*Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, **aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.** (g.n.)*

Assim, não havendo o recolhimento da obrigação principal não declarada em GFIP, passou a ser devida a incidência da multa de ofício de 75% sobre o valor não recolhido, como segue:

Lei 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

Dessa forma, não há que se falar em ilegalidade de cobrança da multa, estando os valores descritos no lançamento fiscal, bem como os seus fundamentos legais (fls. 31/32), em consonância com o prescrito pela legislação previdenciária.

Também esclareço que não há espaço jurídico para aplicação da multa mais benéfica ao sujeito passivo, eis que o critério jurídico a ser adotado é do art. 144 do Código Tributário Nacional - CTN (*tempus regit actum*: “**o lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada**”).

A regra do art. 35-A da Lei 8.212/1991 (acrescentado pela Lei 11.941/2009) aplica-se aos **lançamentos de ofício**, que é o caso do presente processo, em que o sujeito passivo deixou de declarar fatos geradores das contribuições previdenciárias e conseqüentemente de recolhê-los, com o percentual 75%, nos termos do art. 44 da Lei 9.430/1996.

Lei 8.212/1991:

*Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35, **aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996.** (g.n.)*

Assim, não havendo o recolhimento da obrigação principal não declarada em GFIP, passou a ser devida a incidência da multa de ofício de 75% sobre o valor não recolhido, como segue:

Lei 9.430/1996:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata;

A Recorrente alega que é ilegal a cobrança de juros sobre a multa de ofício, contudo, entendendo que razão não lhe assiste neste ponto, pelos motivos a seguir delineados.

Ao contrário do que entendeu a Recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que esta faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN) autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra a expressão “crédito” a que se refere o *caput* desse artigo. Assim, fazendo parte do crédito junto com o tributo, devem ser aplicados a multa os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

No mesmo sentido, manifestou-se por maioria a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10.768.010559/2001-19, Acórdão 9202-01.806, de 24 de outubro de 2011, cuja ementa transcrevo abaixo:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano calendário:1997 : JUROS DE MORA COM BASE NA TAXA SELIC SOBRE A MULTA DE OFÍCIO APLICABILIDADE.

O art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o caput do artigo Recurso especial negado.

É legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC. Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região.

Recurso Especial Negado.

A matéria sob exame pode ser dividida em duas questões, que se completam.

A primeira, diz respeito à própria possibilidade genérica da incidência de juros sobre a multa, e centra-se na interpretação do artigo 161 do CTN; a segunda questão envolve a discussão sobre a existência ou não de previsão legal para a exigência de juros sobre a multa, cobrados com base na taxa Selic.

Sobre a incidência de juros de mora o citado art. 161 do CTN prevê o seguinte:

“Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”

*Inicialmente entendo que o art. 161 do Código Tributário Nacional – CTN autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o “crédito” a que se refere o **caput** do artigo.*

Ou seja, tanto a multa como o tributo compõem o crédito tributário, devendo-lhes ser aplicado os mesmos procedimentos e os mesmos critérios de cobrança, devendo, portanto, sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento.

Ademais, não haveria porque o valor da multa permanecer congelado no tempo.

Por seu turno o § 1.º do art. 161 do CTN, ao prever os juros moratórios incidentes sobre os créditos não satisfeitos no vencimento, estipula taxa de 1% ao mês, não dispondo a lei de modo diverso. Abriu, dessa forma, possibilidade ao legislador ordinário tratar da matéria, o que introduz a segunda questão: a da existência ou não de lei prevendo a incidência de juros sobre a multa de ofício com base na taxa Selic.

*O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa. Confira-se **in verbis**:*

“Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

*Parágrafo único. **Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, incidirão juros de mora, calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.” (grifei)***

Esse entendimento se coaduna com a Súmula nº 45 do extinto Tribunal Federal de Recursos, que já previa a correção monetária da multa:

“As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária.”

Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justifique-se a sua aplicação sobre a multa.

Precedentes do Tribunal Regional da 4ª Região:

“TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. REPETIÇÃO. JUROS SOBRE A MULTA. POSSIBILIDADE. ART. 113, § 3º, CTN. LEI Nº 9.430/96. PREVISÃO LEGAL.

1. Por força do artigo 113, § 3º, do CTN, tanto à multa quanto ao tributo são aplicáveis os mesmos procedimentos e critérios de cobrança. E não poderia ser diferente, porquanto ambos compõem o crédito tributário e devem sofrer a incidência de juros no caso de pagamento após o vencimento. Não haveria porque o valor relativo à multa permanecer congelado no tempo. 2. O artigo 43 da Lei nº 9.430/96 traz previsão expressa da incidência de juros sobre a multa, que pode, inclusive, ser lançada isoladamente. 3. Segundo o Enunciado nº 45 da Súmula do extinto TFR "As multas fiscais, sejam moratórias ou punitivas, estão sujeitas à correção monetária." 4. Considerando a natureza híbrida da taxa SELIC, representando tanto taxa de juros reais quanto de correção monetária, justificase a sua aplicação sobre a multa.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2005.72.01.0000311/ SC, Relator: Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares)

“TRIBUTÁRIO. ART. 43 DA LEI 9.430/96. MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS. LEGITIMIDADE.

1. É legítima a exigência fiscal consistente na incidência de juros moratórios sobre multa de ofício aplicada ao contribuinte. Inteligência do artigo 43 da Lei 9.430/96 c/c art. 113, § 3, do CTN. 2. Improvida a apelação.” (APELAÇÃO CÍVEL Nº 2004.70.00.0263869/ PR, Relator: Juiz Federal Décio José da Silva).

Destarte, entendo que é legítima a incidência de juros sobre a multa de ofício, sendo que tais juros devem ser calculados pela variação da SELIC.

Face a decisão proferida, entendo plenamente aplicável a incidência de juros sobre a multa de ofício, conforme demonstrado na decisão acima transcrita, a qual adoto como razão para determinar a procedência da multa aplicada.

Por fim, pela apreciação do processo e das alegações da Recorrente, não encontramos motivos para decretar a nulidade nem a modificação do lançamento ou da decisão de primeira instância, eis que o lançamento fiscal e a decisão encontram-se revestidos das formalidades legais, tendo sido lavrados de acordo com o arcabouço jurídico-tributário vigente à época da sua lavratura.

CONCLUSÃO:

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.

Voto Vencedor

Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, Redator Designado.

No mérito:

Participação nos lucros e resultados (PLR)

O presente voto divergente cinge-se a duas questões examinadas pela turma quando do julgamento do recurso voluntário: a data de assinatura em data posterior ao exercício de apuração e a existência de regras claras e objetivas para apuração das metas.

A participação do trabalhador nos lucros e resultados da empresa é um marco histórico dos direitos trabalhistas. Com todas as conquistas: salário-mínimo, limitação da jornada de trabalho, proteção contra a demissão sem justa causa, férias, descanso semanal remunerado, apenas para mencionar algumas, ainda assim capital e trabalho se opunham, um ao outro, como realidades inconciliáveis.

Foi com a Constituição Federal que se abriu a possibilidade de o trabalhador auferir parte do resultado de sua força laboral entregue à empresa. No artigo 7º, Inciso XI, junto com outros direitos sociais do trabalhador está a participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração; portanto, trata-se imunidade tributária:

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**;*

Entretanto, apenas com a Medida Provisória nº 794, de 22/12/94, convertida na Lei nº 10.101, de 19/12/2000, a matéria foi regulamentada:

Art.1º Esta Lei regula a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa como instrumento de integração entre o capital e o trabalho e como incentivo à produtividade, nos termos do art. 7º, inciso XI, da Constituição.

a) Finalidades:

- integração entre capital e trabalho; e
- ganho de produtividade.

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

§1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

b) Negociação entre empresa e empregados, através de acordo coletivo ou comissão de trabalhadores. No instrumento de negociação devem constar, com clareza e objetividade, as condições a serem satisfeitas (regras adjetivas) para a participação nos lucros ou resultados (direitos substantivos).

Entre outros, podem ser considerados como critérios ou condições: produtividade, qualidade, lucratividade, programas de metas e resultados mantidos pela empresa. Vê-se que no instrumento de negociação deve constar o que dispõe o artigo 2º, §1º e, no caso dos critérios para se fazer jus ao benefício, o legislador cuidou apenas de exemplificá-los.

Como se constata pelas disposições acima, a regulamentação é no sentido de proteger o trabalhador para que sua participação nos lucros se efetive. Não há regras detalhadas na lei sobre os critérios e as características dos acordos a serem celebrados. Os sindicatos envolvidos ou as comissões, nos termos do artigo 2º, têm liberdade para fixarem os critérios e condições para a participação do trabalhador nos lucros e resultados. A intenção do legislador foi impedir que critérios ou condições subjetivos obstassem a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados. As regras devem ser claras e objetivas para que os critérios e condições possam ser aferidos. Com isto, são alcançadas as duas finalidades da lei: a empresa ganha em aumento da produtividade e o trabalhador é recompensado com sua participação nos lucros.

Nesse sentido, o artigo 2º, §1º, I da lei possibilita inclusive que a condição para a participação nos lucros ou resultados seja apenas o aumento da lucratividade da empresa. Comprovando-se no Demonstrativo de Resultados do Exercício Financeiro que foi alcançada esta meta, que existe acordo coletivo ou comissão de trabalhadores e que a distribuição não é inferior a um semestre civil a participação nos lucros é regular. Não há nenhuma restrição na lei para que assim proceda a empresa. E nem poderia a autoridade fiscal criá-las no caso concreto, sob pena de violação do Princípio da Legalidade, artigo 37, “caput” da Constituição Federal.

Quanto aos mecanismos de aferição das informações para fins de comprovação do cumprimento dos critérios para a participação, não há qualquer previsão na lei no sentido de se exigir metas individualizadas para os trabalhadores. E nem poderia. Caso adote o aumento da lucratividade da empresa ou o alcance de outras metas organizacionais, critérios esses exemplificados na lei, não vejo como se exigir a aferição da contribuição de cada trabalhador para o cumprimento dessas metas. Como se poderia aferir a parcela do lucro

de uma empresa de grande porte atribuída individualmente a um trabalhador da linha de produção? E mais. A exigência por parte da fiscalização de metas individualizadas vai de encontro ao que se procurou evitar na regulamentação da participação nos resultados e lucros – PLR, que é afastá-lo do conceito de salário.

Em razão de tudo aqui exposto, vê-se que prevalece a livre negociação para a participação nos lucros ou resultados. Porém, é possível que esse importante direito trabalhista seja malversado em prejuízo dos próprios trabalhadores e do fisco. Comprovando a autoridade fiscal dissimulação do pagamento de salários com participação nos lucros, deverá aplicar o Princípio da Verdade Material para considerar os valores pagos integrantes da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Nesse sentido, preocupou-se o legislador com essa possibilidade de se desvirtuar a finalidade da lei e se utilizar a participação nos lucros e resultados da empresa para a sonegação de contribuições sociais:

Art.3º A participação de que trata o art. 2º não substitui ou complementa a remuneração devida a qualquer empregado, nem constitui base de incidência de qualquer encargo trabalhista, não se lhe aplicando o princípio da habitualidade.

...

§2º É vedado o pagamento de qualquer antecipação ou distribuição de valores a título de participação nos lucros ou resultados da empresa em periodicidade inferior a um semestre civil, ou mais de duas vezes no mesmo ano civil.

No caso, convenci-me de que: os empregados conheciam as metas, independente da data de assinatura do acordo, e que elas foram suficientemente objetivas para que pudessem ser apuradas pela empresa.

De fato, prevalece a autonomia entre empresa e empregados para a estipulação de regras que deverão ser cumpridas pelas partes para que, de um lado o empregado faça jus ao benefício e de outro o empregador se desonere da obrigação tributária. As fichas de avaliação trazem critérios quantificáveis como a existência de metas globais aferidas individualmente e outras mais específicas. Essas metas são controladas por setor de recursos humanos da empresa que cuida da avaliação dos empregados para vários fins, dentre eles a avaliação é considerada para justificar o benefício.

Outra questão é se atribuir à data de assinatura, a formalização propriamente dita do acordo, como condição *sine qua non* para a demonstração de conhecimento prévio das metas. Ora, as negociações não começam e terminam no mesmo dia, trata-se de um acordo anual com reuniões sucessivas, quando propostas são rejeitadas e outras tantas aceitas. Essa é a natureza e características dos acordos de modo geral.

Deve-se considerar também que o acordo já existia em anos anteriores. A expectativa dos empregados é que as metas não seriam tão diferentes a ponto de serem inalcançáveis para o período em exame. Nesse, as metas foram apenas revistas e, de fato, não houve alterações que pudessem interferir na produtividade dos empregados. Entendo assim que o acordo cumpriu o disposto na Lei nº 10.101/2000:

Lei nº 10.101/2000:

§1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Em razão dos fundamentos adotados, voto por dar provimento parcial ao recurso voluntário.

É como voto.

Julio Cesar Vieira Gomes.