

**MINISTÉRIO DA FAZENDA****Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**

PROCESSO	16682.720191/2010-18
ACÓRDÃO	2401-011.824 – 2ª SEÇÃO/4ª CÂMARA/1ª TURMA ORDINÁRIA
SESSÃO DE	5 de junho de 2024
RECURSO	VOLUNTÁRIO
RECORRENTE	BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S.A. DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
RECORRIDA	FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. Entende-se por salário-de-contribuição a remuneração auferida, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. EMPREGADOS.

A participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada em desacordo com a lei específica, integra o salário de contribuição.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. SINDICATO DA CATEGORIA.

A Participação nos Lucros ou Resultados desvinculada da remuneração, depende, sempre, da participação do sindicato representativo da categoria na negociação e elaboração do respectivo instrumento. A participação do sindicato estabelecida na Lei nº 10.101, de 2000, não é despedida de congruência com a legislação trabalhista, que regula a organização sindical brasileira, e a própria Constituição da República de 1988, na parte correspondente.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. LEGALIDADE. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

MULTA. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. RETROATIVIDADE BENIGNA.

A fim de aplicar a retroatividade benigna, deve ser recalculada a multa devida com base no art. 35 da Lei 8.212/1991.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009, até a competência 11/2008. Vencido o conselheiro Matheus Soares Leite que dava provimento parcial ao recurso voluntário em maior extensão para também excluir os valores lançados nas competências 10/2007, 02/2008, 11/2008 e 12/2008.

Assinado Digitalmente

Miriam Denise Xavier – Relatora e Presidente

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Mônica Renata Mello Ferreira Stoll, Guilherme Paes de Barros Geraldi, Carlos Eduardo Ávila Cabral (substituto) e Miriam Denise Xavier (Presidente).

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração - AI lavrado contra a empresa em epígrafe, com lançamento de contribuição social previdenciária de segurados, incidente sobre a remuneração paga a segurados empregados, não declarada em GFIP, a título de participação nos lucros ou resultados – PLR em desacordo com a lei, no período de 01/2006 a 12/2008 (competências 01/2006, 07/2006, 02/2007, 10/2007, 02/2008, 11/2008 e 12/2008), conforme Relatório Fiscal, fls. 231/250.

Consta do Relatório Fiscal que:

5.1.1 A empresa apresentou cópia do Acordo Coletivo de Trabalho e uma certidão do Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Município do Rio de Janeiro (DOC 1) informando que, a requerimento do Banco Pactual S.A. certificam que os Programas de Participação nos Lucros ou Resultados do referido banco, dos anos de 1995 a 2004, se encontram registrados e arquivados. Note-se **que a empresa fiscalizada é a BTG Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM**, anteriormente denominada Sistema Leasing S.A. Arrendamento Mercantil e posteriormente Pactual Serviços Financeiros S/A DTVM, **e não o Banco BTG Pactual S.A.** Ou seja, a documentação apresentada não se refere à empresa sob ação fiscal. (grifo nosso)

5.1.2 Apresentou ainda, cópia do Acordo Coletivo de Trabalho firmado com o CONTRAF – Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro com

vigência retroativa a 1º de janeiro de 2007, podendo ser prorrogado por mais um ano caso não haja manifestação formal das partes (DOC 2).

5.1.3 Em 29/06/2010 a empresa foi intimada a apresentar o regulamento do Programa de Participação nos lucros para o ano de 2005. Em sua resposta, apresentou o Plano de PLR datado de 17/12/2003 (DOC 3). Na sua cláusula 9º, o citado programa de PLR estabelece que sua vigência será de dois anos, ficando automaticamente prorrogado por mais dois anos caso não haja manifestação das partes, o que, teoricamente, cobriria o período de 2005 a 2007. Com relação a este documento, vale atentar para o fato de que **na época da assinatura de tal acordo de PLR o sindicato não teve nenhuma participação**. Porém, posteriormente, em 23/07/2009 (quando já havia cessado sua vigência), um representante do "Sindicato dos Empregados de Agentes Autônomos do Comércio e em Empresas de Assessoramento, Perícias, Informações e Pesquisas e de Empresas de Serviços Contábeis no Estado de São Paulo", assinou tal acordo. Note-se que, **além da assinatura ser intempestiva, este não é o sindicato que representa esta categoria profissional, além de não ser da base territorial correta**, visto que a empresa está sediada no Rio de Janeiro, e a filial que existia em São Paulo já havia sido extinta e baixada em 13/08/1997, conforme a certidão de Baixa de Inscrição no CNPJ em anexo (DOC 4). (grifo nosso)

5.1.4 [...] a fim de formar convicção acerca do cumprimento das exigências legais, **efetuou-se diligência junto ao SEMCRJ** – Sindicato dos Empregados em Empresas Distribuidoras e Corretoras de Títulos, Valores Mobiliários e Câmbio e de Agentes Autônomos de Investimento do Mercado Financeiro do Estado do Rio de Janeiro, também denominado Sindicato dos Empregados no Mercado de Capitais do RJ, **que é o sindicato dos trabalhadores da categoria profissional a qual pertencem os empregados da empresa** fiscalizada, conforme a certidão emitida pelo Ministério do Trabalho constante do DOC 5 , em anexo, intimando-o: (a) a informar se a entidade participou da elaboração dos acordos que fixaram regras de pagamento da PLR aos empregados do BTG PACTUAL SERVIÇOS FINANCEIROS S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS com vigor nos anos de 2006, 2007 e 2008, conforme previsto no inciso I do art. 2º. da Lei nº 10.101/2000; e (b) apresentar cópias dos acordos em questão, que porventura tivessem sido encaminhadas para arquivamento naquele sindicato, conforme determina o § 2º do mesmo dispositivo legal.

5.1.5 Em resposta à diligência (DOC 5), **o SEMCRJ informou que não participou de negociação entre a empresa e seus empregados na elaboração do instrumento de PLR, e que a empresa não tem Acordo Coletivo de Trabalho (ACT) negociado e firmado com aquela entidade sindical, mas que recebeu para arquivamento, cópia do ACT firmado com o CONTRAF Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro e Sindicatos Bancários de vários estados relativos aos anos-base de 2007/2008 e 2009/2010**. (grifo nosso)

5.1.6 A fim de dirimir quaisquer dúvidas acerca da validade do Acordo Coletivo de Trabalho firmado com o CONTRAF - Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro apresentado a esta fiscalização, diligenciou-se junto ao SEMCRJ solicitando informação sobre se aquele sindicato encontrava-se filiado à alguma estrutura de grau superior Central Sindical, Federação ou Confederação. Em sua resposta, **o SEMCRJ informou que não era filiado a nenhuma Central e/ou Federação** e apresentou um pedido de filiação à Federação Nacional dos Securitários datado de 16/03/2010 (DOC 6). (grifo nosso)

5.5 No caso concreto ora analisado, verifica-se que **a categoria profissional é representada pelo SEMCRJ, pois a empresa fiscalizada é uma Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários**, conforme informado no seu CNAE Código e Descrição Da Atividade Econômica Principal (6612602) constante do seu CNPJ, e está sediada no Rio de Janeiro. Mas, **os instrumentos apresentados foram firmados com sindicatos representativos de outras categorias profissionais, ou sem a participação tempestiva de representante sindical**, totalmente em desacordo com os incisos I e II do art. 2º da lei nº 10.101 conforme abaixo: (grifo nosso)

a) Os acordos coletivos apresentados (DOC 1 e DOC 2) foram firmados com sindicatos representativos de outras categorias profissionais que não a dos empregados da empresa fiscalizada;

b) O Programa de PLR (DOC 3) firmado entre a empresa e seus empregados, não teve a participação de um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria no momento da sua formalização, além de ter sido confeccionado num estado da federação no qual a empresa não possuía estabelecimento ativo, conforme já explicitado no item 5.1.3.

5.6 Diante disso, fica flagrante o descumprimento da norma legal que estabelece que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante uma comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria ou por convenção ou acordo coletivo, visto que, os ACTs apresentados não incluem a categoria dos empregados em empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, e, o próprio sindicato dessa categoria profissional confirmou que não participou de negociação e não tem Acordo Coletivo de Trabalho negociado e firmado com a fiscalizada.

Em impugnação de fls. 261/275, a empresa alega que o acordo firmado sempre teve a participação de representantes dos empregados e que a ausência de representante do sindicato não pode ser óbice à implantação do programa de PLR. Diz que o acordo firmado em 2007 está assinado pelos sindicatos trabalhistas envolvidos e que o CONTRAF engloba os funcionários do ramo financeiro.

Foi proferido o Acórdão 12-42.530 - 11ª Turma da DRJ/RJ1, fls. 356/365, com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2008

CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados a seu serviço.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS DA EMPRESA EM DESACORDO COM A LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA.

O pagamento a segurado empregado de participação nos lucros ou resultados da empresa, em desacordo com a lei específica, integra o salário de contribuição.

Cientificado do Acórdão em 21/11/2012 (Aviso de Recebimento - AR de fl. 367), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 13/12/2012, fls. 371/390, que contém, em síntese:

Alega que a autuação não pode prosperar apresentando os mesmos argumentos da impugnação.

Diz que não foi descaracterizada a natureza jurídica da PLR, que houve a efetiva negociação entre empregados e empregador. Cita jurisprudência sobre a desnecessidade de homologação do acordo no sindicato.

Explica que os ACT relativos aos períodos de 2006 a 2008 foram assinados pela entidade sindical CONTRAF, confederação que representa um grupo de atividades profissionais similares e trabalhadores do ramo financeiro, sendo ela órgão representativo de sua categoria econômica e profissional.

Questiona a aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício.

Requer o cancelamento da exigência.

Às fls. 440/441 foi juntada petição na qual a recorrente dá notícia do Acórdão 9202-008.457, de 17/12/2019, e informa que a discussão é idêntica à presente.

Em petição de fls. 508/509, pede a limitação da multa a 20%, conforme Parecer SEI nº 11315/2020/ME.

É o relatório.

VOTO

Conselheira Miriam Denise Xavier, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, portanto, deve ser conhecido.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS – PLR

No caso da PLR, o art. 7º, XI da Constituição Federal de 1988, dispõe que:

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.** (grifo nosso)

E ainda, de fato, o art. 28, § 9º, prevê hipóteses de não incidência de contribuições sociais sobre participação nos lucros e resultados:

Art. 28. [...]

§ 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 lei específica;** (grifo nosso)

[...]

Vê-se, portanto, que tal hipótese de renúncia fiscal não é absoluta, mas sim condicionadas pelo próprio dispositivo legal que as prevê.

No caso da PLR, a imunidade apenas acontece se os pagamentos forem efetuados de acordo com a lei específica, no caso, a Lei 10.101/2000.

A Lei 10.101/2000 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. O artigo 2º desta lei, na redação vigente à época do fato gerador, dispõe que:

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;** (grifo nosso)

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: [...]

Da análise do caso concreto, conforme relatado, é “flagrante o descumprimento da norma legal que estabelece que a participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante uma comissão escolhida pelas partes, **integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria ou por convenção ou acordo coletivo**, visto que, **os ACTs apresentados não incluem a categoria dos empregados em empresas Distribuidoras de Títulos e Valores Mobiliários, e, o próprio sindicato dessa categoria profissional confirmou que não participou de negociação e não tem Acordo Coletivo de Trabalho negociado e firmado com a fiscalizada**”. (grifo nosso)

Também não restou demonstrado qualquer negativa de participação pelo sindicato representante da categoria dos empregados da autuada, de modo a se atrair o disposto no art. 617, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Pelo contrário, a **cláusula décima nona do Acordo Coletivo de Trabalho** (fl. 289) é cristalina no sentido de a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Ramo Financeiro – CONTRAF/CUT firmar o instrumento coletivo na condição de **assistente das entidades sindicais profissionais signatárias, não constando dentre tais entidades signatárias o sindicato representativa dos trabalhadores da recorrente (SEMCRJ)**, não tendo o posterior arquivo no SEMCRJ para fins de publicidade ao acordo coletivo o condão de incluir o SEMCRJ dentre os que firmaram o acordo e nem de transmutar a participação da CONTRAF de assistente para agente direto dos entendimentos, uma vez que não se trata da hipótese do art. 617, §1º, da CLT.

Além disso, o Sindicato atestou não ter vinculação para com a CONTRAF, estando em 2010 em tratativas para se filiar à Federação Nacional dos Securitários (fl. 307).

Independentemente da via de negociação adotada, **é obrigatória a participação do sindicato representativo da categoria**. Há uma expressa, literal e inequívoca determinação do legislador ordinário nesse sentido. Mesmo a comissão paritária escolhida pela empresa e pelos trabalhadores para tratar do programa de pagamento adicional como incentivo à produtividade, deverá contar com a participação de um representante do sindicato.

A previsão de intervenção do sindicato na negociação tem por finalidade assegurar os interesses dos trabalhadores e contribuir para um melhor equilíbrio de forças com vistas à elaboração do documento que conterá os direitos substantivos e regras adjetivas da participação.

Com o arquivamento tempestivo do instrumento de acordo na entidade sindical, além de comprovar os termos celebrados, possibilita exigir da empresa o cumprimento das regras estipuladas.

Nesse contexto normativo, é evidente que a participação do sindicato estabelecida na Lei nº 10.101, de 2000, não é despedida de congruência com a legislação trabalhista, que regula a organização sindical brasileira, e a própria Constituição da República de 1988, na parte correspondente.

Assim, conforme destacado pela fiscalização, não há como serem considerados acordos firmados sem a participação de representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria.

Quanto à decisão proferida no Acórdão 9202-008.457, o entendimento lá esposado, para aquele caso concreto, não é de observação obrigatória pelos demais conselheiros do CARF.

JUROS SOBRE MULTA

Quanto à incidência de juros sobre a multa de ofício, a matéria encontra-se sumulada pelo CARF:

Súmula CARF nº 108

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

RETROATIVIDADE BENIGNA – RECÁLCULO DA MULTA

Deve-se ponderar a aplicação da legislação mais benéfica advinda da MP 449/2008, convertida na Lei 11.941/2009.

O Parecer SEI Nº 11315/2020/ME, ao se manifestar acerca de contestações à Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, foi aprovado para fins do art. 19-A, caput e inciso III, da Lei 10.522/2002, pelo Despacho nº 328/PGFN-ME, de 5 de novembro de 2020, estando a Receita Federal vinculada ao entendimento de haver retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei 11.941/2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991.

Sendo assim, a multa aplicada, até a competência 11/2008, deve ser corrigida para 20%.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial para aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009, até a competência 11/2008.

Assinado Digitalmente

Miriam Denise Xavier