



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

Processo n° 16682.720598/2011-26
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-003.721 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de setembro de 2013
Matéria SALÁRIO INDIRETO: PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS
Recorrente BTG PACTUAL ASSET MANAGEMENT S/A DISTRIBUIDORA DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2007 a 28/02/2007

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS

Para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deverá observar a legislação específica sobre a matéria.

Ao ocorrer o descumprimento da Lei 10.101/2000, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passa a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.

O PRL pago em desacordo com o mencionado diploma legal integra o salário de contribuição.

JUROS E MULTA DE MORA

A utilização da taxa de juros SELIC e a multa de mora encontram amparo legal nos artigos 34 e 35 da Lei 8.212/91, na redação vigente quando da ocorrência do fato gerador.

MULTA

As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91, combinado com o art. 61 da Lei nº9.430/1996.

Recurso Voluntário Provido em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Autenticado digitalmente em 03/01/2014 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, Assinado digitalmente em 09/01

/2014 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 07/01/2014 por BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS, Ass

sinado digitalmente em 03/01/2014 por DAMIAO CORDEIRO DE MORAES

Impresso em 13/01/2014 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Acordam os membros do colegiado, I) Por voto de qualidade: a) em negar provimento ao recurso, sobre a não integração ao salário de contribuição dos pagamentos referentes à Participação nos Lucros e Resultados, devido a ausência de participação do sindicato da categoria dos segurados empregados, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Wilson Antônio de Souza Correa e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; II) Por maioria de votos: a) em negar provimento ao recurso, sobre a não integração ao salário de contribuição dos pagamentos referentes à Participação nos Lucros e Resultados, devido a ausência de fixação de direitos substantivos, nos termos do voto da Relatora. Vencidos os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes e Manoel Coelho Arruda Júnior, que votaram em dar provimento ao recurso nesta questão; b) em negar provimento ao recurso, sobre a não integração ao salário de contribuição dos pagamentos referentes à Participação nos Lucros e Resultados, devido a ausência de regras prévias quanto às metas, nos termos do voto da Relatora. Vencido o Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, que votou em dar provimento ao recurso nesta questão; c) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Redator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada. Redator: Damião Cordeiro de Moraes. Declaração de voto: Damião Cordeiro de Moraes. Sustentação oral: Celso Costa. OAB: 148.255/SP.

(assinado digitalmente)

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

(assinado digitalmente)

BERNADETE DE OLIVEIRA BARROS - Relator.

(assinado digitalmente)

DAMIÃO CORDEIRO DE MORAES - Redator e Declaração de Voto.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Manoel Coelho Arruda Junior

Relatório

Trata-se de Autos de Infração lavrados contra o sujeito passivo em referência, cujos créditos tributários são os descritos a seguir:

DEBCAD nº 37.179.538-9, contribuição da empresa + RAT, incidente sobre verba paga a título de PLR aos segurados empregados da UBS Gestora de Recursos Ltda, empresa incorporada pela recorrente, e que, conforme entendimento da fiscalização, integra a remuneração por ter sido paga em desacordo com a legislação específica que trata da matéria;

DEBCAD nº 37.179.539-7 contribuição aos Terceiros, INCRA e FNDE, incidente sobre a mesma verba paga aos mesmos empregados referidos acima e

DEBCAD nº 37.179.540-0, AI CFL 68, por descumprimento de obrigação acessória de apresentar o documento a que se refere o art. 32, inciso IV e § 3º, da Lei 8.212/91, c/c o art. 225, IV, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99.

Conforme Relatório Fiscal, o PLR pago pela empresa incorporada a seus empregados não atende aos pressupostos previstos nos artigos 2º e 3º, da Lei 10.101/2000, pelos motivos a seguir expostos: **a)** ausência de referência ao Sindicato da categoria profissional no instrumento apresentado; **b)** inexistência de regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos e das regras adjetivas; **c)** não apresentação dos relatórios de avaliação dos empregados no cumprimento das métricas estabelecidas no programa de PLR

A fiscalização constatou que o documento elaborado e firmado pelas partes em 14/07/2006 não contém nenhuma referência à participação do sindicato SEMC-RJ como parte integrante do ajuste celebrado.

A autoridade autuante esclarece que foram comparadas as multas impostas pela legislação vigente à época da ocorrência do fato gerador e as impostas pela legislação superveniente, tendo sido aplicadas as penalidades menos severa para o contribuinte, sendo que, para a competência 02/2007 foi aplicada a multa anterior, por ser menos severa, em atenção ao disposto no art. 106, II, c, do CTN.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 12-45.390, da 11ª Turma da DRJ/RJ1, julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo, repetindo as alegações trazidas na impugnação.

Inicialmente, reafirma que o plano de PLR adotado pela UBS Gestora em favor de seus empregados observou todas as normas e princípios que regem a matéria, e tece considerações sobre a base dos pagamentos a título de PLR no Brasil, tentando demonstrar que a UBS cumpriu com todos os requisitos legais, não podendo tais pagamentos terem sua natureza desqualificada.

Destaca que, mesmo se não existissem disposições constitucionais e legais acerca do assunto, tais verbas não poderiam ser caracterizadas como salário, uma vez que ausentes elementos legais caracterizadores do conceito de remuneração, como a habitualidade e a contraprestação pelos serviços prestados, e cita a jurisprudência nesse sentido.

Reitera que nenhuma outra formalidade além daquelas previstas na Lei 10.101/00 é exigida, não cabendo ao fisco criar qualquer outro requisito, como ocorreu no caso presente, sendo que tal conduta por parte das autoridades fiscais já foi diversas vezes reformada por este Tribunal Administrativo, e transcreve trecho de acórdão deste CARF.

Ressalta que o plano de PLR elaborado pela UBS Gestora contou com a participação de comissão de empregados, eleita por estes para representá-los e sua elaboração, sendo certo que a aprovação do plano ainda teve a tutela do sindicato de classe, asseverando

apenas sobre o que teria que ser recolhido no prazo e não foi, e argumentando que a aplicação de tal percentual, de forma ilimitada sobre o principal e sobre a multa, acarreta verdadeira afronta ao princípio constitucional do não confisco, bem como viola o direito de propriedade, já que fez incidir juros exorbitantes sobre o imposto devido e, ainda, sobre a multa aplicada.

Finaliza requerendo o cancelamento integral dos Autos de Infração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Da análise do recurso apresentado, constata-se que a recorrente tenta demonstrar que os pagamentos feitos pela empresa incorporada, UBS Gestora, a título de PLR não integram o salário de contribuição.

Já a fiscalização entendeu que os pagamentos em tela integram a base de cálculo do tributo lançado por não ter sido observado a legislação específica que trata da matéria.

A recorrente sustenta que, mesmo se não existissem disposições constitucionais e legais acerca do assunto, tais verbas não poderiam ser caracterizadas como salário, uma vez que ausentes elementos legais caracterizadores do conceito de remuneração, como a habitualidade e a contraprestação pelos serviços prestados, e cita a jurisprudência nesse sentido.

No entanto, a condição de se tratar ou não de remuneração não está vinculada ao interesse da fonte pagadora em, com aquele pagamento, assalariar ou remunerar ou não seu empregado. Ou seja, não é o nome do pagamento ou a vontade da empresa em si que vai determinar sua natureza jurídica.

O que irá afastar as verbas pagas da incidência tributária é a estreita observância à legislação específica que trata da matéria.

Cumprido observar que o conceito de salário de contribuição expresso no art. 28 inciso I da Lei 8.212/91 é, para o segurado empregado, “...a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês...”(grifei).

A própria Constituição Federal, preceitua, no § 4º do art. 201, renumerado para o § 11, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20/98, o seguinte:

§ 11. Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüentemente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei. (grifei)

É oportuno lembrar que, conforme art. 176 do CTN, “a isenção, ainda que prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão...”.

O § 9º, do art. 28, da Lei 8.212/91, enumera as verbas sobre as quais não incidem contribuições sociais, desde que observadas algumas condições ali expostas.

Em relação à habitualidade, ao contrário do que afirma a recorrente, entendo que não estamos diante de um pagamento eventual, já que o ganho habitual passível de exação não é necessariamente aquele valor auferido mês a mês, trimestralmente ou mesmo bimestralmente etc. Há verbas pagas no decorrer do contrato de trabalho, ainda que não sejam auferidas nessas condições, e que não podem ser vistas como meramente eventuais.

No caso sob análise, não há dúvida de que o pagamento realizado pela empresa e por ela intitulado Participação nos Lucros reveste-se de **habitualidade**, já que é de conhecimento de todos os empregados que, na data acordada, farão jus ao recebimento do valor ajustado.

Assim, o conhecimento prévio de que tal pagamento será realizado retira-lhe o caráter da eventualidade, tornando-o habitual.

Há, portanto, uma expectativa criada que se sobrepõe ao fato de os valores percebidos pelos segurados empregados não serem rotineiros ou serem de diferentes valores nos vários anos.

Essa expectativa criada, o costume e a certeza do pagamento gera a habitualidade e afasta por completo a eventualidade.

Está claro que, para que não incida a contribuição social, a empresa deve observar o disposto na Lei 10.101/00.

Esse também é o entendimento da ministra Eliana Calmon, do STJ, que se manifestou no sentido de que, para ocorrer a isenção fiscal sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, a empresa deverá observar a legislação específica sobre a questão.

Para a ministra, ao ocorrer o descumprimento da Lei 10.101/2000, as quantias creditadas pela empresa aos empregados passa a ter natureza de remuneração, sujeitas, portanto, à incidência da contribuição previdenciária.

Assim, não é a simples previsão em acordo coletivo ou pela comissão escolhida entre as partes, ou mesmo o pagamento de parcelas intituladas pelo empregador de PRL é que vai retirar a natureza salarial da verba em comento.

Portanto, no caso presente, impõe verificar se no pagamento, pela empresa UBS Gestora, da parcela a título de PLR, foram observados os critérios e regras estabelecidos pela Lei 8.212/91 e Lei 10.101/2000.

A fiscalização constatou que a PLR de 2006, paga em 02/2007, aos empregados da empresa incorporada pela recorrente, não atende aos pressupostos previstos nos artigos 2º e 3º, da Lei 10.101/2000.

O primeiro motivo apontado pela autoridade lançadora foi a ausência de **participação do sindicato na negociação do PLR.**

A fiscalização observou que não há referência ao Sindicato da categoria profissional no instrumento apresentado.

A autuada se defende da acusação, argumentando que há assinatura do presidente do sindicato no acordo firmado.

A Lei 10.101/00 estabelece, em seu art. 2º, na redação vigente à época, 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;

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:

A recorrente afirma que fez a opção pelo procedimento contido no inciso I, transcrito acima.

Já o sindicato da categoria, por meio de carta, afirmou que participou de negociação e firmou acordo coletivo de trabalho para pagamento de que o PLR da empresa UBS Gestora.

Contudo, a fiscalização constatou que o instrumento resultante de negociação que o sindicato entendeu como sendo um “Acordo Coletivo”, não observou os requisitos legais para sua celebração, razão pela qual desqualificou este Acordo para pagamento de PLR, uma vez que as formalidades previstas na CLT não foram seguidas.

Portanto, conclui-se que assiste razão à recorrente ao afirmar que, no PLR da empresa incorporada, foi adotado o procedimento previsto no inciso I, do art. 2º, da Lei 10.1001/00.

O referido inciso I estabelece que o sindicato deveria integrar a comissão escolhida pelas partes.

No caso presente, a auditoria verificou que o documento elaborado e firmado pelas partes não contém referência à participação do sindicato.

A recorrente alega que o documento ostenta a assinatura e rubricas do presidente do SEMC-RJ, à época.

Contudo, não restou comprovado, nos autos, que o sindicato participou das negociações, conforme exige a lei.

O instrumento de negociação juntado aos autos lista os integrantes das comissões, compostas pelos representantes da empresa e dos empregados, e nele não consta que um representante do sindicato tenha integrado qualquer comissão, ou mesmo participado das negociações, o que contraria o inciso I, do art. 2º, da Lei 10.101/91.

Portanto, o documento de negociação da PLR da UBS Gestora deixa claro que o sindicato não integrou a comissão escolhida pelas partes.

Assim, entendendo que a não participação do sindicato nas negociações do PLR da empresa implica descumprimento do dispositivo legal transcrito acima.

Tal entendimento encontra esteio no Supremo Tribunal Federal que já se pronunciou no sentido de que a negociação requerida para fins da PLR é coletiva, não sendo prescindível a participação do sindicato, consoante ADIn nº 1.361-1 -DTF – TRT 3ª R., 1ª T., RO nº 8.610/96, Rel. Mônica S. Lopes, DJMG 12/10/96, p. 5.

Dessa forma, conclui-se que a PLR da empresa incorporada pela recorrente foi paga em desacordo com a Lei 10.101/00, devendo, por esse motivo, integrar o salário de contribuição.

O outro motivo apontado pela fiscalização foi a ausência de regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos e das regras adjetivas

O Anexo I, do documento de negociação, estabelece, em seu § 5º, que a PLR corresponderá a no mínimo 2% e no máximo 20% do resultado, constando, no item seguinte, a observação de que a empresa poderá utilizar-se de percentual superior ao determinado.

Contudo, o instrumento não esclarece qual a regra ou o critério para escolha do percentual, ficando a cargo do empregador a sua fixação, como também não informa em que ocasiões esse percentual pode ser ultrapassado.

Da mesma forma, o documento da PLR não define o percentual do lucro a ser distribuído aos empregados.

Portanto, restou demonstrado que o acordo não foi claro quanto ao valor da premiação, uma vez que, ao estabelecer que o percentual máximo pode ser superior a 20%, dá margem a diversas interpretações quanto ao direito substantivo do trabalhador.

Ou seja, os trabalhadores da UBS não sabiam previamente qual percentual iriam receber, ou qual meta teria que atingir para receber certa quantia.

O Anexo II do documento fixa as notas da avaliação dos empregados em excelente (E), mais que satisfatório (MS), satisfatório (S), não satisfatório (NS) e insuficiente (I), sendo que a revisão final dessas avaliações será feita por comitê indicado pela diretoria da própria empresa.

E, apesar de intimada por meio dos TIFs 03 e 04, a recorrente não apresentou os instrumentos de aferição das metas, correlacionando os valores pagos a cada empregado com as suas respectivas aferições.

Dessa forma, a empresa descumpriu o disposto no parágrafo primeiro do dispositivo legatranscrito acima, ao deixar de fazer constar, no acordo pactuado, regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação, bem como os mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado.

E como a alínea “j”, do § 9º, do art. 28 da Lei 8.212/91, isenta de contribuição apenas a participação nos lucros ou resultados da empresa quando paga ou creditada de acordo com a lei específica, a referida verba, paga pela UBS Gestora em desacordo com o mencionado diploma legal, integra o salário de contribuição.

Portanto, em que pese o esforço argumentativo da recorrente, verifica-se que os pagamentos em tela realmente se amoldam ao figurino legal que delimita a base-de-cálculo da contribuição previdenciária, como bem entendeu a fiscalização e o relator do acórdão recorrido.

A fiscalização informa, ainda, que o fato de a empresa não ter apresentado os relatórios de avaliação dos empregados a impossibilitou de verificar a regularidade e a conformidade dos valores pagos com os parâmetros fixados no instrumento celebrado.

Ou seja, a empresa não comprovou que tenha tido controle sobre o cumprimento do estabelecidos nas cláusulas dos Anexos I e II, do instrumento de negociação.

Assim, entendo que foi pago valores a título de PLR sem nenhum controle quanto ao cumprimento dos critérios acordados entre empresa e trabalhadores.

Portanto, a verba intitulada PLR, paga pela empresa sem observar o acordado no instrumento de negociação, deve integrar o salário de contribuição, pois foi paga em desconformidade com o estabelecido na Lei 10.101/00.

Dessa forma, entendo que o procedimento adotado pela fiscalização não merece reparos.

Por tudo que foi exposto acima, concluo que a verba intitulada Participação nos Lucros ou Resultados foi paga em desconformidade com a legislação que rege a matéria.

Portanto, os Autos devam ser mantidos, como também deve ser mantido o auto de infração por descumprimento de obrigação acessória, já que restou comprovado que os pagamentos de PLR feitos pela empresa UBS Gestoras no ano de 2007, relativos ao PLR do ano-calendário 2006, se enquadram no conceito de salário.

Com relação ao argumento de que foi observado o requisito da periodicidade do pagamento, cumpre esclarecer que tal requisito não faz parte da acusação fiscal, motivo pelo qual deixo de analisá-lo.

A recorrente insurge-se, ainda, contra a incidência de juros sobre multa, alegando ilegalidade da incidência de juros SELIC sobre a multa de ofício, argumentando que a aplicação de tal percentual, de forma ilimitada sobre o principal e sobre a multa, acarreta verdadeira afronta ao princípio constitucional do não confisco, bem como viola o direito de propriedade, já que fez incidir juros exorbitantes sobre o imposto devido e, ainda, sobre a multa aplicada.

Porém, não há incidência de juros sobre o valor da multa de ofício ora aplicada, não procedendo a preocupação da recorrente.

Sobre o valor lançado foram acrescidos os juros e multas, por expressa determinação legal, uma vez que a cobrança da multa moratória, de caráter irrelevável, é de natureza objetiva, isto é, não sendo recolhido no vencimento, incidirá multa, independente da intenção do agente.

Conforme prevê o art. 35 da Lei nº 8.212/1991, vigente à época, não recolhendo na época própria, o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento. Se não houvesse tal exigência haveria violação ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não recolhera no prazo fixado teria tratamento similar àquele que cumprira em dia com suas obrigações fiscais.

Quanto aos argumentos relativos ao caráter confiscatório da multa, cumpre esclarecer que a vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo autoridade administrativa apenas aplicá-la, nos moldes da legislação que a instituiu.

A vedação de que cuida o art. 150, IV, da Constituição Federal dirige-se ao legislador com o intuito de impedir a instituição de tributo que tenha em seu conteúdo aspectos ameaçadores à propriedade ou à renda tributada, mediante, por exemplo, a aplicação de alíquotas muito elevadas. Portanto, a observância desse princípio relaciona-se com o momento de instituição do tributo ou de determinação da multa a ser aplicada no caso de falta de recolhimento. Conclui-se que, uma vez vencida a etapa da sua criação, não configura confisco a aplicação da lei tributária.

Nesse sentido e,

Considerando tudo o mais que dos autos consta,

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes, Voto Vencedor e Declaração de Voto.

1. No que diz respeito à contribuição previdenciária sobre a PLR, o voto da douta relatora está baseado na alegada ausência de participação do sindicato da categoria dos segurados empregados nas negociações que resultaram no pagamento do benefício.

2. O relatório fiscal assevera, como elementos de convicção, o fato de não haver a lista de presença da Assembleia Geral Extraordinária de 14/07/2006, bem como o fato de o Sindicato não ter demonstrado a observância do quórum mínimo para a instalação e deliberação da AGE. (Fls. 230 e 231).

3. Ocorre que, no meu sentir, compulsando o próprio relatório fiscal e os documentos constantes dos autos, posso concluir que a recorrente cumpriu a exigência contida na Lei 10.101/2000, na condução do Plano, pois houve efetivamente a participação do sindicato nas negociações entre a empresa e seus empregados (art. 2º).

4. Os documentos demonstram que o Sindicato dos Empregados no Mercado de Capitais do Rio de Janeiro, por intermédio do seu Presidente, Geraldo Soares, assinou o Plano e os documentos resultantes das reuniões. Em consulta realizada pelo próprio auditor fiscal que conduziu a autuação, consta que o Sindicato da categoria respondeu definitivamente que “participou de negociação e firmou Acordo Coletivo de Trabalho para pagamento de participação nos lucros ou resultados da empresa PACTUAL GESTORA DE RECURSOS LTDA” (R. Fiscal – item 1.27.1.1).

5. A empresa também diligentemente carrou cópia do Edital e Convocação para a Assembleia Geral Extraordinária, bem como a ata da referida reunião, realizada em 14 de junho de 2006. De maneira que há provas robustas no sentido de avalizar a conduta da recorrente.

6. O fato de não haver sido apresentada à fiscalização a lista de presença da Assembleia Geral Extraordinária e documento que comprovasse o quórum mínimo para a instalação e deliberação da AGE, não há que se falar em invalidação do Programa estabelecido pela empresa. Aliás, a exigência de tais documentos sequer está prevista na legislação que rege a matéria.

7. É dizer: a fiscalização não pode inovar a exigência tributária solicitando o cumprimento de requisitos além daqueles previstos na Lei 10.101/2000, sob pena de ferir de morte o princípio da legalidade.

7. Enfim, ao contrário da douta relatora, entendo que há documentos suficientes para demonstrar que houve todo um procedimento adotado pela recorrente para estabelecer o seu Plano de pagamento de PLR, nos termos exigidos pela legislação de regência da matéria.

8. Afasto, também, os argumentos trazidos pela fiscalização no sentido de que não teria havido a correta fixação de ‘direitos substantivos’. É suficiente para o atendimento da legislação o estabelecido no Anexo I do documento de negociação, onde restou entabulado em seu § 5º, que o pagamento do benefício seria de no mínimo 2% e no máximo 20% do resultado alcançado.

9. Não compete ao agente fiscal mensurar se a regra é justa ou não. A Lei não deixou esta brecha para o fisco. E mesmo que não houvesse previsão no Plano da empresa: “A Lei não prevê a obrigatoriedade de que no acordo coletivo negociado haja expressa previsão fixação do percentual ou montante a ser distribuído em cada exercício” (Acórdão 92.02-00503).

10. Já no que diz respeito à questão das metas, o voto maior traz o tópico nos seguintes termos:

“O Anexo II do documento fixa as notas da avaliação dos empregados em excelente (E), mais que satisfatório (MS), satisfatório (S), não satisfatório

(NS) e insuficiente (I), sendo que a revisão final dessas avaliações será feita por comitê indicado pela diretoria da própria empresa.

E, apesar de intimada por meio dos TIFs 03 e 04, a recorrente não apresentou os instrumentos de aferição das metas, correlacionando os valores pagos a cada empregado com as suas respectivas aferições.

Dessa forma, a empresa descumpriu o disposto no parágrafo primeiro do dispositivo legal transcrito acima, ao deixar de fazer constar, no acordo pactuado, regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação, bem como os mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado.”

11. É bem verdade que a empresa somente apresentou os instrumentos de aferição das metas em sede recursal. Entretanto, tal ausência, no meu entender, não compromete ou desqualifica o Programa implantado pela empresa. Primeiro, porque os empregados tinham pleno conhecimento acerca da forma adotada para a avaliação, tanto que receberam os valores corretamente na época determinada para os pagamentos, sem que conste qualquer reclamação nos autos acerca de eventual erro na sistemática adotada para a avaliação. Segundo, porque o Sindicato da categoria também acompanhou e corroborou o sistema de avaliação, sem se opor em momento algum.

12. Por tais argumentos, afastado, também, a alegação de que não teria havido regras prévias quanto às metas, razão pela qual dou provimento ao recurso voluntário manejado pela recorrente.

DA MULTA APLICADA

13. Sobre a multa aplicada, cumpre ressaltar que, em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

14. Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

“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.”

3. E o supracitado art. 61, da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assevera que:

“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.

(...)

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

15. Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de cem por cento, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

16. Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, com a redação dada pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, se for mais benéfica para o contribuinte.

CONCLUSÃO

17. Diante do exposto, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO TOTAL. Contudo, uma vez vencido, deixo registrado o meu voto para aplicar a multa prevista no art. 35 da Lei n.º 8.212/91 combinado com o art. 61, §2º da Lei nº 9.430/96, se mais benéfica ao contribuinte.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes