



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

Processo nº 19740.000052/2009-97
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-003.409 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 19 de fevereiro de 2014
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BANCO UBS PACTUAL S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/12/2004

GRATIFICAÇÃO EM RAZÃO DA ADMISSÃO. EVENTUALIDADE NÃO DECORRENTE DE LIBERALIDADE DO EMPREGADOR. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

Incidem contribuições sobre a gratificação paga em razão da admissão do empregado, posto que a eventualidade não decorreu de mera liberalidade do empregador, restando afastada a aplicação da norma desonerativa prevista no item 7 da alínea “e” do § 9. do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991.

CRITÉRIO PARA PAGAMENTO DA PLR. LUCRATIVIDADE DA EMPRESA. CONFORMIDADE COM A NORMA DE REGÊNCIA.

A estipulação da lucratividade da empresa como critério para pagamento da PLR não fere a regra legal que determina o estabelecimento de regras claras nos instrumentos de negociação para pagamento da verba.

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS. AUSÊNCIA DO SINDICATO NAS NEGOCIAÇÕES. DESATENDIMENTO À NORMA DE REGÊNCIA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES.

A participação de representante do sindicato na comissão responsável pela negociação para pagamento da participação nos lucros e resultados é formalidade legal que, uma vez descumprida, torna os pagamentos a esse título suscetíveis de incidência de contribuições sociais.

RECUSA DO SINDICATO EM PARTICIPAR DAS NEGOCIAÇÕES PARA PAGAMENTO DA PLR. OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR DE COMUNICAR TAL SITUAÇÃO À AUTORIDADE COMPETENTE.

Tendo o ente sindical se recusado a participar das negociações para pagamento da participação nos lucros, deve o empregador comunicar tal recusa ao Ministério do Trabalho e Emprego, para adoção das providências legais cabíveis.

**ASSINATURA DO REPRESENTANTE SINDICAL NO ACORDO.
COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO NA NEGOCIAÇÃO.**

Havendo nos autos a comprovação de que o representante do sindicato assinou o acordo para pagamento da PLR celebrado por comissão eleita para esse fim, deve-se considerar cumprido o requisito legal que exige a participação do ente sindical nas negociações, salvo se restar configurada fraude.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para que sejam excluídos da apuração os seguintes levantamentos: "3ER - PLR CCT 2003 RJ EMP"; "3ES PLR CCT 2003 EMP SP"; "4ER PLR CCT 2004 EMP RJ"; "4ES PLR CCT 2004 EMP SP" e "PER- PLR PROGRAMA PROPRIO RJ EMP". Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que dava provimento parcial somente para afastar a tributação do levantamento "PER- PLR PROGRAMA PROPRIO RJ EMP". Os conselheiros Leo Meirelles do Amaral e Carolina Wanderley Landim, também excluía da tributação todas as parcelas pagas a título de participação nos lucros ou resultados e os conselheiros Carolina Wanderley Landim e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira também excluía da tributação parcela paga a título de gratificação espontânea de admissão.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Leo Meirelles do Amaral, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 12-24.720 de lavra da 15.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ no Rio de Janeiro I (RJ), que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração – AI n.º 37.179.489-7.

O lançamento diz respeito às contribuições patronais para o Salário-Educação.

De acordo com o relatório fiscal, os fatos geradores contemplados no lançamento foram verificados na documentação relativa ao Banco UBS S/A, o qual foi incorporado pelo Banco UBS Pactual S/A, conforme Ata da Assembleia Geral Extraordinária do Banco UBS S/A, de 01/05/2007.

Esclareceu o fisco que os fatos geradores que deram ensejo ao lançamento foram os pagamentos efetuados pela empresa a título de:

- a) participação nos lucros ou resultados – PLR em desconformidade com a lei de regência;
- b) “gratificação espontânea de admissão”, paga a doze dos segurados a serviço da empresa.

Acerca da PLR, o fisco apresentou motivos para concluir que os instrumentos firmados pela empresa e empregados não atendiam ao disposto na Lei n. 10.101/2000, conforme abaixo demonstrado:

a) Convenção Coletiva de Trabalho sobre PLR dos Bancos em 2003 – CCT-PLR-2003 (pagamentos efetuados em 02/2004): instrumento carente de regras claras, posto que a Convenção Coletiva limita-se a determinar o pagamento de percentuais do salário dos empregados, tendo como condição para percepção do benefício o lucro das empresas, sem levar em conta a parcela do esforço dos trabalhadores na obtenção do resultado.

b) PLR Programa Próprio – 2002 (pagamentos efetuados na competência 02/2004): acordo firmado entre empresas e comissão de empregados – no Rio de Janeiro em 09/12/2002 e em São Paulo em 11/12/2002. No primeiro consta a assinatura do representante do sindicato, contudo não há assinatura do representante no acordo assinado em São Paulo e a ata lavrada na reunião para aprovação do acordo registra a ausência da entidade sindical. Foram entregues cópias de correspondências que teriam encaminhado cópias dos acordos aos Sindicatos do Rio de Janeiro e de São Paulo.

c) PLR Programa Próprio – 2004 (pagamentos efetuados na competência 07/2004): o instrumento, firmado em 02/12/2004 não contempla os empregados da filial de São Paulo, assim os pagamentos efetuados a estes empregados encontram-se em desacordo com o inciso I do art. 2. da Lei da PLR. Afirma-se ainda que o pagamento efetuado para a competência em questão (07/2004) não tinha amparo em nenhum acordo, posto que a

assinatura do instrumento somente ocorreu em 02/12/2004. Outra observação diz respeito à falta de assinatura do representante da entidade sindical, fato que foi corroborado pela ata da reunião da comissão, a qual registra a ausência do sindicato, que teria sido notificado a indicar um representante para participar das negociações;

c) Convenção Coletiva de Trabalho sobre PLR dos Bancos em 2003 – CCT-PLR-2003 (pagamentos efetuados em 11/2004): instrumento carente de regras claras, posto que a Convenção Coletiva limita-se a determinar o pagamento de percentuais do salário dos empregados, tendo como condição para percepção do benefício o lucro das empresas, sem levar em conta a parcela do esforço dos trabalhadores na obtenção do resultado.

Segundo o fisco a verba denominada “gratificação espontânea de admissão” foi tributada por não haver previsão legal de sua exclusão do salário-de-contribuição.

Cientificada a lavratura em 20/02/2009, a empresa apresentou defesa, cujas razões foram acatadas em parte pela DRJ, que excluiu do lançamento a competência 01/2004, por entender que havia sido alcançada pela decadência, conforme aplicação do § 4.º do art. 150 do CTN. No mérito, a decisão recorrida manteve o lançamento.

Inconformado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário, no qual, em apertada síntese, alegou que:

Gratificação espontânea na admissão

a) inobstante o conceito de salário previsto na CLT, a legislação que normatiza as contribuições previdenciárias a cargo do empregador expressamente prevê a exclusão dos ganhos eventuais recebidos pelo empregado da sua base de cálculo. Deve, portanto, ser excluída da exigência a verba “gratificação espontânea na admissão”, posto que é um ganho eventual, percebido em decorrência das despesas da contratação de determinado funcionário;

b) o simples fato de uma importância representar um ganho para o empregado não significa que o mesmo está abrangido pelo conceito de salário-de-contribuição, mesmo porque o § 4.º do art. 201 da Constituição Federal indica que não é qualquer vantagem do empregado que integrará a base de cálculo das contribuições;

c) a habitualidade é característica marcante para que um determinado pagamento venha a sofrer a incidência das contribuições previdenciárias e no caso sob comento a própria Autoridade Lançadora reconhece que os pagamentos a título de “gratificação admissional” foram efetuados uma única vez para um mesmo empregado;

d) revela-se, portanto, totalmente ilegítima a pretensão de incluir essa verba no salário-de-contribuição.

Participação nos lucros ou resultados

a) é infundada a assertiva da Autoridade Fiscal acerca da desconformidade legal das Convenções Coletivas de Trabalho na parte que trata da PLR, posto que a lucratividade da empresa representa uma meta, a qual decorre do esforço individual de cada trabalhador a serviço da empresa;

b) a recorrente deu ciência aos sindicatos da realização de reunião para elaboração de acordo para pagamento da PLR, sendo que estes deixaram de enviar representantes. Assim a empresa não deixou de cumprir as determinações legais;

c) o não comparecimento do representante da entidade sindical é fato que foge ao controle da recorrente, razão pela qual a intimação deste é bastante para suprir a ausência do representante da citada organização;

d) na negociação para pagamento da PLR mediante comissão composta de representantes do empregador e dos empregados, a pessoa indicada pelo sindicato tem função de mera observadora e a sua ausência não pode implicar em óbice à implantação do programa;

e) apresenta textos da doutrina e decisões judiciais que dariam reforço a sua tese;

f) o inciso XI do art. 7. da Constituição Federal consigna que a participação nos lucros ou resultados não possui natureza salarial, independentemente de qualquer prescrição legal, cuja obrigatoriedade se refere exclusivamente à participação na gestão da empresa;

g) nos acordos firmados entre a recorrente e seus funcionários, foram estabelecidas regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação nos lucros e regras adjetivas, os quais seguiam os parâmetros contidos na Convenção Coletiva de Trabalho, fato este que é reconhecido pelo próprio fisco;

h) ademais a função das CCT é criar um direito mínimo, permitindo a cada empresa estabelecer o seu próprio programa de PLR;

i) a fixação de metas, resultados e prazos são optativos, sendo certo que a falta destes não desqualifica a PLR;

j) as Convenções fazem lei entre as partes e não podem ser desqualificadas sem que haja um fundamento válido.

Ao final, requer o cancelamento do AI ou, pelo menos, que sejam excluídos da apuração os pagamentos efetuados com arrimo nas Convenções Coletivas.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Gratificação espontânea na admissão

Quanto a esse ponto do lançamento, o sujeito passivo não se insurge contra os valores apresentados pela auditoria. O seu questionamento é no sentido que as verbas não se enquadram no conceito de salário, por lhes faltar o caráter de habitualidade, além de que não representariam retribuição pelo trabalho.

Iniciemos a fundamentação lançando comentários sobre a legislação que regula a cobrança de contribuições para financiamento da Seguridade Social.

As contribuições incidentes sobre as remunerações pagas às pessoas físicas com e sem vínculo empregatício encontram fundamento máximo de validade no art. 195, alínea “a” do inciso I da Constituição Federal de 1988 (redação dada pela EC n.º 20/1998):

Art.195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I- do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) 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;

(...)

Observe-se que a Lei Maior, a princípio permite a exação para a Seguridade Social sobre pagamentos efetuados pelo empregador a qualquer título a pessoa que lhe preste serviço, sendo irrelevante o fato da quantia ter sido paga ou creditada ao obreiro.

A Lei n.º 8.212/1991 confere eficácia à citada determinação constitucional, tratando da contribuição patronal sobre as remunerações disponibilizadas aos empregados nos seguintes termos:

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

I - vinte por cento sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas 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 9.876, de 26/11/1999).

(...)

Temos que o conceito previdenciário de remuneração, o chamado salário-de-contribuição, é bastante amplo, o qual também é cuidado no inciso I do art. 28 da Lei n.º 8.121/1991, nestes termos:

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 10/12/1997).

Como se pode observar, a princípio, qualquer rendimento pago em retribuição ao trabalho, independentemente da forma de pagamento, enquadra-se como base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Todavia, tendo-se em conta a abrangência do conceito de salário-de-contribuição, o legislador achou por bem excluir determinadas parcelas da incidência previdenciária, enumerando em lista exaustiva as verbas que estariam fora deste campo de tributação. Essa relação encontra-se presente no § 9.º do artigo acima citado.

A tese da recorrente é de que esses ganhos seriam eventuais e por isso estariam livres da tributação em razão da norma inserta no item 7 da alínea “e” do § 9.º do art. 28 da Lei n. 8.121/1991. Para nós esse entendimento não se coaduna com a melhor exegese da legislação. Eis a norma citada:

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

(...)

e) as importâncias:

(...)

7. recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário;

(...)

A interpretação do dispositivo acima não pode ser dissociada daquele inserto no “caput” do mesmo artigo, acima transcrito, mas que não custa apresentar mais uma vez:

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;

(...)

À luz da legislação citada, o melhor entendimento é o de que somente não incidem contribuições sobre os ganhos eventuais, se esses forem pagos como mera liberalidade do empregador, sem que possuam qualquer vinculação com a prestação dos serviços.

Entendo que somente os pagamentos que não guardam relação com o contrato de trabalho podem ser tidos como opção graciosa do empregador, devendo decorrer de condições específicas de um trabalhador tomado na sua individualidade, a exemplo de eventos de doença e outros sinistros que venham a recair sobre este e levem a empresa socorrer-lhe financeiramente.

Não há dúvida de que no caso sob cuidado o pagamento de gratificação em razão da admissão do empregado tem relação direta com o vínculo contratual estabelecido entre as partes, e o seu principal objetivo é atrair profissionais para o quadro funcional da empresa, representando, a bem da verdade, um pagamento antecipado pela futura prestação de serviço do trabalhador.

Sobre essa questão não posso deixar de mencionar a semelhança entre essa rubrica e as luvas, conforme mencionou o órgão recorrido:

18. Ainda no que tange à gratificação paga no momento da admissão, não se pode ignorar o seu cunho nitidamente salarial, como incentivo ao início da relação laboral, mormente quando se trata de cargos estratégicos em que as pessoas mais qualificadas são disputadas no mercado de trabalho.

19. Neste sentido, recentemente a Justiça do Trabalho decidiu em situação semelhante:

EMENTA: BANCÁRIO. GRATIFICAÇÃO PAGA COMO INCENTIVO À CONTRATAÇÃO. LUVAS. A gratificação concedida pelo empregador, como incentivo à contratação, possui semelhança às luvas devidas ao atleta profissional e, nessa condição, por analogia, afirma-se ter natureza salarial.

(TRT3ªR., 8ª TURMA, Processo: 00755-2008-004-03-00-9 RO)

20. Por sua vez, o TST definiu que:

“Luvas são antecipação salarial para viabilizar o contrato de trabalho e não há nenhuma circunstância que as caracterize como indenização” (AIRRc RR 25959/2002-900-03-00.5)

De fato, a moderna doutrina do Direito Laboral tem interpretado a remuneração não somente como a contraprestação pelos serviços efetivamente prestados pelo empregado, mas inclui também as verbas recebidas pelo obreiro decorrentes do contrato de trabalho.

Essa construção doutrinária manifesta o entendimento de que a pessoa física pode oferecer ao contratante, além do seu labor, também sua imagem, seu não labor nas empresas concorrentes, sua disponibilidade, sua credibilidade no mercado, dentre outros valores caros ao mercado de trabalho. Já o contratante, por seu turno, em contrapartida, pode oferecer não só o salário *stricto sensu*, como também uma série de vantagens diretas, indiretas, em utilidades, in natura, e assim adiante.

Observo que a gratificação em razão da admissão é um artifício para atrair trabalhadores valorizados em seu segmento profissional, funcionando como um diferencial em relação aos concorrentes. Por esse motivo, mesmo que a recorrente tente rotulá-la como mera liberalidade, a rubrica em questão ostenta, no seu âmago, uma ponta de contraprestação, posto que tem por desiderato oferecer um atrativo econômico ao obreiro para com este firmar o vínculo laboral.

Portanto, deve ser afastada a tese de que a “gratificação admissional” se enquadra na exceção prevista no item 7 da alínea “e” do § 9.º do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991, posto que não se observa o seu caráter eventual, uma vez que estabelecida como forma de seduzir o empregado para laborar para o empregador, não se observando por parte deste a alegada liberalidade.

Participação nos lucros ou resultados – Convenções Coletivas de Trabalho

Vamos agora à suposta ausência de regras claras nas Convenções Coletivas de Trabalho. Afirma o fisco que a previsão de que o pagamento da PLR seria fixada num percentual do salário do empregado e estaria condicionada à lucratividade da empresa representaria contrariedade ao disposto no § 1.º do art. 2.º da Lei n. 10.101/2000.

Sobre essa questão, com todo o respeito às opiniões em sentido contrário, entendo que o argumento do fisco carece de amparo legal. Vejamos o que diz o dispositivo invocado:

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

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.

Verifica-se do dispositivo acima que o legislador em sua lista exemplificativa menciona dentre os critérios e condições para pagamento da PLR a lucratividade da empresa. Assim, quando as Convenções Coletivas do Setor Bancário dispuseram que a participação dos empregados nos lucros estaria condicionada ao percentual de lucro obtido pelas empresas foi atenderam literalmente a regra acima, devendo ser excluídas as parcelas pagas conforme as Convenções Coletivas.

Não custa acrescentar que esses instrumentos estabelecem direitos mínimos, os quais podem ser ampliados pelos acordos efetuados entre empresas e empregados levadas a efeito com sindicatos ou em comissão formada para esse fim.

Demais disso, devemos ter em conta que a lucratividade de uma empresa é formada pela soma dos esforços dos trabalhadores a seu serviço, fato que invalida a conclusão fiscal de que o critério do lucro não contemplaria a contribuição individual de cada empregado.

Assim, devem ser excluídos da apuração os seguintes levantamentos: “3ER – PLR CCT 2003 RJ EMP”; “3ES PLR CCT 2003 EMP SP”; “4ER PLR CCT 2004 EMP RJ” E “4ES PLR CCT 2004 EMP SP”.

Participação nos Lucros ou Resultados – Acordos Próprios

Sobre essa questão controvertida, que diz respeito à falta de comprovação de participação de representante dos sindicatos na comissão eleita para tratar das regras atinentes ao pagamento da PLR, é de bom alvitre que iniciemos fazendo um breve passeio pela legislação de regência.

A participação dos empregados no lucro das empresas tem sede constitucional no Capítulo que trata dos Direitos Sociais. Eis o que preleciona a Carta Máxima:

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;

(...)

Atendendo a essa previsão, veio ao mundo legal a Medida Provisória n. 794/2004, sucessivamente reeditada até a conversão na Lei n. 10.101/2000. O art. 1. desse diploma normativo dispõe:

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.

Pois bem, esse diploma veio normatizar a sistemática atinente à participação dos trabalhadores nos resultados obtidos empregador, tratando dos seguintes temas: forma de negociação, impossibilidade de substituição da remuneração por esse benefício, periodicidade, isenção tributária, etc.

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

Art.2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

I-comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;

II- convenção ou acordo coletivo.

Observe-se que recentemente foi alterado o inciso I acima para que a comissão formada para negociar a PLR seja paritária, mantendo-se inalterada a obrigatoriedade de participação do sindicato. Eis o texto alterado:

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

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

A empresa alega que a participação do sindicato é mera formalidade e que o descumprimento desse requisito não pode acarretar na desconsideração da natureza jurídica do pagamento.

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

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

Outra questão que se mostra de suma relevância é a comprovação da empresa de que os Sindicatos dos Empregados em Estabelecimento Bancários do Rio de Janeiro e de São Paulo fora convocado para participar das negociações, todavia, não se fez presente nas tratativas.

De fato, o próprio relatório fiscal já dá conta de que os próprios Sindicatos manifestaram-se no sentido de que não teriam acordo para pagamento da PLT, nem teriam indicado representantes para participar de comissão com esta finalidade.

Embora plausível a alegação da empresa, não serve de escusa para descumprimento da exigência legal de participação de representante sindical nas negociações para pagamento da PLR. É que o ordenamento pátrio prevê remédio para este tipo de situação. Eis a norma da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT que trata da questão:

Nos termos do art. 616 da CLT:

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

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

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

Assim, diante da recusa dos entes sindicais em participar das negociações em questão, tinha a empresa ao seu dispor de instrumento legal para suscitar ao Ministério do Trabalho a sua convocação compulsória.

Não tendo a recorrente adotado essa providência, resta caracterizado o descumprimento do requisito obrigatório previsto no art. 2. da Lei n. 10.101/2000.

A Lei n. 8.212/1991, na alínea “j” do § 9. do art. 28, que regula a exclusão da participação nos lucros do salário-de-contribuição, prevê que não haverá a incidência de contribuições previdenciárias sobre a citada verba, mas condiciona o benefício fiscal ao pagamento da parcela dos resultados em conformidade com a lei específica, no caso a Lei n. 10.101/2000. Eis o dispositivo:

Art. 28. (...)

§ 9 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;

(...)

Sobre essa norma é bom que se diga que a nossa Corte Constitucional reconheceu que a PLR, somente a partir da edição da MP 794/1994, por várias vezes reeditada e finalmente convertida na Lei n.º 10.101/2000, passou a não integrar a base de cálculo das

contribuições previdenciárias. É o que se observa do julgado (RE 398284 / RJ - RIO DE JANEIRO):

EMENTA Participação nos lucros. Art. 7º, XI, da Constituição Federal. Necessidade de lei para o exercício desse direito. 1. O exercício do direito assegurado pelo art. 7º, XI, da Constituição Federal começa com a edição da lei prevista no dispositivo para regulamentá-lo, diante da imperativa necessidade de integração. 2. Com isso, possível a cobrança das contribuições previdenciárias até a data em que entrou em vigor a regulamentação do dispositivo. 3. Recurso extraordinário conhecido e provido.

Assim, forçoso concluir que a falta de participação do representante sindical nas negociações para pagamento da PLR constitui afronta a lei específica, sendo lícita a incidência de contribuições sobre as parcelas pagas a esse título, eis que não atendida a norma constante na alínea “j” do § 9. do art. 28 da Lei n.º 8.212/1991.

Todavia uma questão colocada no relatório do fisco chama atenção, merecendo ser colocada em relevo. Falo da seguinte ponderação:

“2.15.2. Em seguida temos um segundo acordo firmado pelo então BANCO UBS WARBURG e seus empregados (representados por comissão), em 09/12/2002 (no Rio de Janeiro), e outro firmado entre as mesmas partes, em 11/12/2002 (em São Paulo), ambos com vigência retroativa a partir de 01/01/2002 e com prazo indeterminado, Anexo Doc02 - Acordo PLR — RJ em 09/12/2002 (fls. 101 a 120) e Anexo Doc03 - Acordo PLR — SP 11/12/2002 (fls. 121 a 139), respectivamente. Foi apresentada, ainda, a Ata de Reunião e Constituição da Comissão de Empregados, relativa à filial de São Paulo Anexo Doc04 — Composição da Comissão de Empregados — SP 11/12/2002 (fls. 140 a 150).

2.15.2.1. No instrumento datado de 09/12/2002, assinado no Rio de Janeiro, consta assinatura de representante do sindicato, Sr. Juvenal Bezerra dos Santos (Diretor).

2.15.2.2. Contudo, não há assinatura de representante do sindicato no acordo assinado em São Paulo, 11/12/2002, e a Ata lavrada na reunião para exame e aprovação do acordo registra a ausência da entidade sindical.” (grifei)

Percebe-se, portanto, que o próprio fisco admite que o acordo efetuado com a comissão na filial do Rio de Janeiro teve a chancela do Sindicato representativo dos trabalhadores, o que resta comprovado às folhas 208 e 220 do processo principal (19740.000050/2009-06). Esse fato poderia passar despercebido, posto que a empresa não o adotou nas razões de seu recurso, todavia, em homenagem ao princípio da verdade material, não posso deixar de considerá-lo.

Assim, levando-se em conta que para o levantamento “PER- PLR PROGRAMA PROPRIO RJ EMP” a única desconformidade com a lei da PLR apontada pelo fisco foi a falta de participação da entidade sindical, não deve subsistir a contribuição lançada para a competência 02/2004, posto que a PLR foi paga com base em acordo que o próprio fisco

reconheceu que foi cancelado pelo Sindicato dos Empregados em Estabelecimentos Bancários do Rio de Janeiro.

Frise-se que no relato fiscal consta ainda a informação de que os acordos foram enviados aos sindicatos para arquivamento.

Uma outra questão que poderia suscitar alguma controvérsia diz respeito ao desatendimento da periodicidade prevista na Lei n. 10.101/2000, todavia, há um trecho no relatório fiscal que resolve este ponto:

*“2.15.6. Periodicidade de pagamento - Foi também examinada o aspecto da periodicidade dos pagamentos de PLR efetuados pelo BANCO UBS em favor de seus empregados. Analisando as Folhas de Pagamento e planilhas demonstrativas dos pagamentos de PLR por funcionário, verificamos que, ao longo do ano 2004, foram efetuados pagamentos a título de PLR em três oportunidades: em **Fevereiro/2004** (PLR competência 2003, no valor de R\$ 10.923.747,00), **Julho/2004** (PLR competência 2004, no valor de R\$ 221.500,41) e em **Novembro/2004** (PLR competência 2004, no valor de R\$ 158.956,81). Examinados os pagamentos por funcionário, verificamos que foram observados os parâmetros de periodicidade determinados em lei.”(grifei)*

Conclusão

Voto por dar provimento parcial ao recurso para que sejam excluídos da apuração os seguintes levantamentos: “3ER – PLR CCT 2003 RJ EMP”; “3ES PLR CCT 2003 EMP SP”; “4ER PLR CCT 2004 EMP RJ”; “4ES PLR CCT 2004 EMP SP” e “PER- PLR PROGRAMA PROPRIO RJ EMP”, este último apenas para a competência 02/2004.

Kleber Ferreira de Araújo.