



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720016/2019-16
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.665 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de dezembro de 2021
Recorrente BRADESCO SA CORRETORA DE TITULOS E VALORES MOBILIARIOS
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2015

PLR. AUSÊNCIA DE ASSINATURA OU DE ARQUIVAMENTO NO SINDICATO. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, desde que haja a participação dos trabalhadores na respectiva negociação. O registro do acordo no sindicato é modo de comprovação dos termos da participação, possibilitando a exigência do cumprimento na participação dos lucros na forma acordada. A ausência de homologação de acordo no sindicato, por si só, não descaracteriza a participação nos lucros da empresa a ensejar a incidência da contribuição previdenciária.

METAS ESTABELECIDAS EM ACORDO COLETIVO E DETALHADAS EM DOCUMENTO SEPARADO DO PRÓPRIO ACORDO.

A Lei nº 10.101/00 estabelece que a PLR, para que seja válida e goze da isenção trazida pela Lei nº 8.212/91 (art. 28, § 9º, j) deve atender a todos os critérios previstos. A lei, entretanto, não prevê que todas as metas e critérios estejam previstos no instrumento de acordo coletivo.

Ademais, independentemente da criação de metas em instrumento apartado, o que o legislador pretendeu com a redação da Lei nº 10.101/00 foi dar aos empregados a segurança de que tais metas seriam estabelecidas em conjunto com eles e, ainda, que fossem disponibilizadas à ciência de cada um dos beneficiários, de modo que estes tomassem conhecimento de todos os critérios e metas exigidos para fruição do benefício.

PAGAMENTO DE PLR AOS EMPREGADOS. LEI N.º 10.101/2000. PREVISÃO DE PARCELA MÍNIMA. PREVISÃO DE VALOR FIXO. POSSIBILIDADE.

A previsão de um valor mínimo ou de valor fixo não desvirtua a PLR, quando for moderada a sua previsão e quando não estiver condicionada a ausência de alcance de qualquer índice ou meta, mas sim objetive assegurar um mínimo de valor a ser recebido como garantia ao trabalhador, respeitando o direito social que lhe é outorgado.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. ACORDO PRÉVIO.

O fato isolado de os acordos terem sido formalizados no transcorrer do período aquisitivo não é suficiente para descaracterizar os planos, mormente porque (i) sendo o produto das negociações entre a empresa e seus empregados, por comissão paritária ou por sindicatos, os planos são objeto de tratativas diversas, as quais também criam previsibilidade quanto às regras pertinentes ao cumprimento do acordado; (ii) ao imunizar os pagamentos a título de PLR, a Constituição visou a incentivar a sua concessão pelas empresas, propiciando a participação do trabalhador num crédito (lucros ou resultados) a que ele naturalmente não teria direito; e criando as condições materiais necessárias ao alcance da isonomia entre o dono do capital e o empregado; (iii) a lei ordinária não prevê, de forma extrema de dúvidas, que o plano deve ser formalizado antes do período aquisitivo; (iv) a criação de exigências exacerbadas apenas tem o condão de desestimular a concessão dos planos, o que contraria as finalidades constitucionais.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. REGIME ABERTO. NÃO EXTENSÃO TODOS OS EMPREGADOS E DIRIGENTES. EXCLUSÃO DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

A não incidência de contribuições previdenciárias e de terceiros em relação a plano de previdência complementar em regime aberto não pode ser afastada sob o exclusivo argumento de não ser extensível à totalidade dos empregados e dirigentes da empresa.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado em dar provimento ao recurso voluntário da seguinte forma: (i) por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso quanto à previdência privada, cancelando-se o respectivo crédito tributário lançado, e (ii), por determinação do art. 19-E da Lei n.º 10.522/2002, acrescido pelo art. 28 da Lei n.º 13.988/2020, em face do empate no julgamento, dar provimento ao recurso quanto à Participação nos Lucros ou Resultados (PLR), cancelando-se o respectivo crédito tributário lançado. Vencidos os Conselheiros Márcio Augusto Sekeff Sallem, Francisco Ibiapino Luz e Denny Medeiros da Silveira, que negaram provimento ao recurso quanto à PLR.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Marcio Augusto Sekeff Sallem e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão da 4ª Tuma da DRJ/BEL, consubstanciada no Acórdão n.º 01-36.477 (p. 808), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Trata-se de Impugnação em resistência aos Autos de Infração, abaixo discriminados, lavrados em face da Empresa Interessada, já qualificada nos autos, em procedimento de verificação do cumprimento de obrigações tributárias relativas às Contribuições Previdenciárias e de Terceiros (destinadas para outras entidades e fundos).

- Auto de Infração referente às Contribuições Previdenciárias da Empresa e GILRAT, no montante de R\$ 26.245.876,97, já incluídos juros de mora e multa de ofício proporcional.

- Auto de Infração relativo às Contribuições Sociais devidas a Terceiros, outras entidades e fundos, INCRA e Salário Educação, no valor de R\$ 2.835.892,59, com juros de mora e multa de ofício proporcional.

Notícia o Relatório Fiscal, fls. 573/617, que:

Os fatos geradores das Contribuições lançadas foram pagamentos, em desacordo com a legislação específica, de Participação nos Lucros e Resultados - PLR e Previdência Privada para segurados do RGPS Empregados e Contribuintes Individuais, não declarados em GFIP. Os valores lançados foram obtidos a partir de dados constantes de planilha fornecida pela Empresa, confirmados em folhas de pagamento e na contabilidade (conta n.º 81733004).

O Setor Fiscal considerou os pagamentos realizados de PLR em desacordo com a Lei n.º 10.101/2000, com base nos elementos a seguir relatados.

I - assinatura dos acordos de PLR, referente aos anos de 2013 e 2014, por apenas um diretor, sem poderes para representar isoladamente a empresa e ausência da própria assinatura do representante da empresa no acordo celebrado em 2015;

II - falta de participação do representante do sindicato na negociação do acordo, bem como falta do arquivamento do acordo no sindicato;

III – data de assinatura dos acordos, os quais foram pactuados no final dos respectivos períodos aquisitivos;

IV – falta de regras claras e objetivas; e

V – existência de valor mínimo a ser pago.

Apenas um diretor assinou os acordos representando a empresa, sem poderes para representar isoladamente a empresa conforme disposições expressas nos Estatutos Sociais da Empresa vigente nas datas de celebração dos acordos.

O "Acordo celebrado em 04/11/2015 e o seu respectivo aditamento apresentados pela empresa, sequer contém assinatura do representante da empresa, ou seja, só contém assinatura dos membros da comissão representante dos empregados".

Em nenhum dos acordos e aditamentos, decorrentes de negociação entre empresa e comissão de empregados, um representante do sindicato se fez presente. Tampouco foi comprovado o arquivamento dos acordos e aditamentos na competente entidade sindical, nos termos do art. 2º, § 2º, Lei 10.101/2000.

Todos acordos e aditamentos possuem vigência retroativa, em desacordo com a Lei que exige a elaboração antes do início do período a que se referem os lucros e resultados.

O Acordo que trata da PLR relativa ao exercício de 2013 só foi assinado em 21/10/2013; o que trata da PLR relativa ao exercício de 2014 só foi assinado em 14/10/2014 e o relativo ao exercício de 2015 só foi assinado em 04/11/2015. Ressaltando que os aditamentos a esses mesmos Acordos só foram assinados no ano seguinte ao exercício a que se refere à PLR, ou seja, em 04/02/2014, 29/01/2015 e 28/01/2016, respectivamente.

Os empregados desconheciam os requisitos que deveriam atender para fazer jus à Participação nos Lucros e Resultados, uma vez que os acordos que estabeleceram os critérios só foram estabelecidos em 21/10/2013, 14/10/2014 e 04/11/2015.

Após transcrever algumas cláusulas do Acordo de PLR referente a 2014 a autoridade fiscalizador salienta a falta de determinação de forma específica das metas que deverão ser atingidas para que o empregado se torne beneficiário da PLR:

"Fala-se em metas, pesos e variáveis, mas não se explica. Menciona a existência de avaliação de resultado, mas não descreve os parâmetros nela utilizados nem apresenta modelo básico de tal avaliação. Também não fica claro em que consiste evolução global positiva e não menciona os indicadores objetivos que a apura".

Entende que o fato de ser assegurado nos acordos um valor mínimo de PLR a cada empregado e em caráter excepcional um valor fixo referente à parcela de PLR demonstra a inexistência de nexos entre os valores ganhos pelos empregados a título de Participação e os lucros ou resultados da Empresa. "Se o empregado jamais deixa de receber valor referente à PLR (bem como o adicional), uma vez que existe um valor mínimo garantido, trata-se tal verba na verdade de uma gratificação, bonificação ou outro nome que se queira, menos de PLR".

Destaca que os aditamentos aumentaram de forma significativa o valor mínimo de PLR, sem explicações que justificassem esses aumentos, ainda mais que o adicional de valor fixo e o valor mínimo são pagos sem qualquer contrapartida dos empregados, "ainda que não venham atingir as metas estipuladas".

Conclui a Autoridade Fiscalizadora que essas verbas pagas sob a rubrica PLR integram o salário de contribuição, visto que não atendem aos requisitos da lei em seus aspectos formal e material.

No que diz respeito aos planos de previdência complementar da empresa, foram considerados remuneração as contribuições feitas pela empresa a título de contribuições voluntárias e suplementares ao PGBL em favor dos participantes que exerçam cargo de Diretores, Superintendentes Executivos, Superintendentes, Gerentes, Research Sales Sr e PL e Economistas Sr.

Privilégio extensível apenas a uma pequena parcela dos trabalhadores, de caráter remuneratório, pois o valor da contribuição voluntária pela instituidora na conta de cada participante pode ter qualquer valor e ser feita a qualquer tempo, "a depender única e exclusivamente da vontade da empresa, ou seja, trata-se de uma decisão unilateral e discricionária".

Em 2014, exemplifica o Setor Fiscal, as contribuições voluntárias realizadas pela empresa na conta dos seletos participantes correspondiam a valores entre 35,05% e 507,25% do salário de participação, enquanto as contribuições básicas efetuadas pela empresa nas contas dos demais empregados correspondiam a 4% do salário de participação.

Os participantes beneficiados com a contribuição voluntária tinham outras vantagens: Poder resgatar 1/3 por ano do aporte realizado pela empresa e diante do desligamento sem justa causa, fazia jus ao resgate do saldo na Conta de Reserva de Participante - Parte Instituidores Voluntária, independentemente do seu tempo de vinculação ao plano.

Já as Contribuições Suplementares, em 2014 e 2015, foram efetuadas a um único direto, Sr. Aníbal César de Jesus dos Santos. Elas podem ter qualquer valor, a depender exclusivamente da vontade da empresa, em decisão unilateral. Os valores dessas contribuições suplementares efetuadas pela empresa na conta desse Diretor

corresponderam a 200% do salário de participação, o que reforça a natureza remuneratória das contribuições suplementares patronais, podendo resgatar qualquer valor a qualquer tempo, parte instituidora e parte participante, inclusive na hipótese desse beneficiário pedir o desligamento da empresa.

"O direito ao resgate no PGBL Empresarial da forma que está estipulada não é uma imposição legal, é uma forma da empresa garantir ao beneficiário que o valor do aporte suplementar efetuado por ela em sua Conta de Reserva – Parte Instituidora imediatamente integre seu patrimônio sem qualquer condição".

Informa que as contribuições extensíveis a todos os empregados e dirigentes (Contribuição básica do participante, Contribuição básica da Instituidora e Contribuição de risco) não foram objeto do Auto de Infração. Também não é objeto do lançamento tributário a Contribuição Suplementar Mensal do Participante, uma vez que realizada exclusivamente às expensas do trabalhador.

Já a Contribuição Suplementar Mensal de Instituidora (aporte suplementar da empresa) e a Contribuição Voluntária de Instituidora (aporte Voluntário Patronal), previstas no Contrato Previdenciário de 10/2014, foram objeto de autuação, dado seu caráter remuneratório.

O Aporte Suplementar da Empresa é concedido a uma pequena parcela de trabalhadores - diretores estatutários e superintendentes - com caráter remuneratório, entre 50% e 400% do salário base mensal, e periodicidade mensal.

"O participante beneficiado com a contribuição suplementar da empresa goza ainda de outras vantagens, como por exemplo, faz jus aos aportes suplementares patronais, independentemente do término do vínculo e do tempo de vinculação ao plano, ou seja, não estão sujeitos ao vesting tratado na Cláusula Nona do Contrato de 10/2014, podendo resgatar qualquer valor em qualquer tempo, desde que observada a legislação em vigor e prazos de carência do plano, o que não ocorre com os demais aportes patronais extensíveis a todos os empregados e dirigentes".

Informa que apenas o Sr. Aníbal César de Jesus dos Santos foi contemplado com aportes patronais, apesar de o item 5.2.3 do Contrato Previdenciário de 10/2014 dispor que os elegíveis da Contribuição Suplementar Mensal de Instituidora são o Diretor Estatutário e Superintendente Executivo.

A Contribuição Voluntária de Instituidora é concedido a uma pequena parcela de trabalhadores, em 10/2014 corresponderam a valores compreendidos entre 48,68% e 584,48% do salário base. O participante pode resgatar 1/3 por ano e se ocorrer desligamento pode resgatar o saldo da Conta Voluntária de Instituidora:

Conclui a Autoridade Fiscalizadora que "os valores correspondentes aos aportes voluntários e suplementares da empresa realizados com base no Contrato de 10/2014, no PGBL Empresarial e no 2º Termo Aditivo de 02/12/2008 ao Contrato Previdenciário de 20/05/2000, uma vez que se afastam da natureza de previdência complementar, caracterizando-se como de natureza remuneratória como demonstrado, foram considerados salário-de-contribuição, sujeitos à incidência das contribuições previdenciárias. Tais aportes não foram declarados em GFIP".

A Interessada, devidamente citada, impugna o lançamento tributário, fls. 627/682, com base nos argumentos a seguir relatados.

Os pagamentos efetuados a título de Participação nos Lucros e Resultados não têm natureza remuneratória. A validade dos Acordos não foi alterada pelo fato de ser assinado por apenas um Diretor que isoladamente não teria poderes suficientes para tanto ou pela ausência de assinatura por representante da Impugnante, uma vez que ao realizar os pagamentos de PLR, nos termos estabelecidos nos acordos, ocorreu a ratificação pela prática de ato inequívoco, nos termos o parágrafo único do art. 662 do Código Civil.

Assevera que a ausência de representante do sindicato na negociação do acordo e a necessidade do seu arquivamento no sindicato por si só não confere natureza

remuneratória aos pagamentos de PLR, uma vez que as "Convenções Coletivas de Trabalho evidencia que o Sindicato de Empregados abriu mão de participar das negociações relativas ao PLR".

Entende que o art. 2º da Lei 10.101/00 não determinou que o descumprimento de qualquer formalidade por ela estabelecida em relação ao pagamento do PLR equipararia este a remuneração. O que essa norma estabeleceu foi as formas possíveis de negociação entre empregados e empresa sobre o pagamento de PLR.

"Ademais, há de se considerar ainda que na hipótese se mostra de todo desnecessária a participação de qualquer representante de sindicato da categoria profissional da Impugnante porque a instituição PLR não versa sobre direitos coletivos, a ensejar a intervenção sindical, mas apenas sobre direitos individuais plúrimos isoladamente considerados em relação a contribuição de cada um dos empregados nos lucros ou resultados obtidos pelas empresas".

Observa que foram celebradas Convenções Coletivas de Trabalho, 2014/2015, tendo por um lado a Impugnante e o Sindicato dos Empregados em Empresas de Seguro Privados, e Capitalização, e de Agentes Autônomos de Seguros Privados e de Crédito em Empresas de Previdência Privada no Estado de São Paulo e o Sindicato das Corretoras de Valores e Câmbio do Estado de São Paulo (doc. 02), que estabeleceram, de forma minuciosa, vários direitos dos trabalhadores, considerados relevantes para o Sindicato dos Empregados.

"Só se pode concluir o total desinteresse do sindicato em impor às empresas quaisquer valores mínimos, percentuais no lucro ou outras condições pertinentes aos acordos de PLR que porventura viessem a ser por elas negociadas com seus empregados", tendo assim o Sindicato dos Empregados, ao subscrever as Convenções Coletivas de Trabalho, aberto mão em termos práticos de participar nas negociações entre as empresas e empregados no âmbito dos acordos de PLR entre eles celebrados".

Em relação à data de assinatura dos Acordos de PLR entende que a pactuação prévia - Lei 10.101/00, art. 2º, § 1º, II, não é requisito essencial dos acordos de PLR, pois tal regra estabelece mera faculdade das partes na celebração dos acordos. Ao sugerir critérios e condições quando usa a expressão "podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições: (...) programas de metas, resultados e prazo, pactuados previamente". Portanto, não pode o PLR pago pela Impugnante ser desconsiderado em razão de alegado descumprimento de critério facultativo, veja que a utilização na mesma frase da palavra "deverão" para as "regras claras" e da palavra "podendo" para os "programas de metas, resultados e prazos pactuados previamente", deixa claro que estes são facultativos.

Observa que a data da assinatura dos Acordos não autoriza a descaracterização dos pagamentos de PLR, já que os acordos celebrados eram essencialmente idênticos, portanto previamente conhecidos tanto pela empresa como pelos empregados.

Afirma a Impugnante que não procede a alegada inexistência de regras claras e objetivas, pois a cláusula primeira esclarece que o pagamento da PLR está vinculado à "evolução global positiva da Corretora", que consiste no resultado líquido considerando a receita da área comercial e o volume de captação apurado no exercício. Já o § 1º da Cláusula 1ª determina que "a avaliação de resultado é individual, com base no atingimento e/ou superação de metas previamente estabelecidas, as quais têm pesos específicos e variáveis de acordo com a função exercida". Por ser individual, impossibilita que o detalhamento conste no corpo do Acordo. Esses elementos constam dos formulários de avaliação de resultados pertinentes a cada um dos funcionários (doc. 04), portanto, não há que se falar na inexistência de regras claras e objetivas, conforme demonstram também a cláusula 2ª e 3ª, em conformidade com o § 1º, art. 2º da Lei 10.101/00.

Ressalta que a Lei nº 10.101/00 em momento algum veda o pagamento de valores mínimos a título de PLR, ainda mais quando esses valores foram pagos a funcionários

com menores remunerações, com o objetivo de evitar que eles recebessem PLR irrisória, conforme demonstra a Planilha PLR Beneficiários juntada pela Fiscalização.

Os valores pagos de PLR na competência 02/2014 se referem a complementação do PLR de 2013, "assim, não poderia o Fisco sem analisar a documentação de 2013 exigir contribuições sobre esses valores com base na documentação de 2014".

Discorre sobre a previdência privada, que nasce da exclusiva vontade do empregador ou de negociações coletivas, "são prestações de caráter benemerente" por isso não integram a remuneração dos empregados para nenhum efeito, tampouco pode ocorrer a incidência de Contribuições Previdenciárias sobre essas verbas, por falta de permissão no art. 195, I, "a" da Constituição Federal e art. 2º do Decreto-Lei nº 2.296/86, recepcionado pelo art. 202 da Constituição Federal e pela Lei Complementar (LC) nº 109/01, mormente pelos artigos 68 e 69.

Sustenta que é suficiente que as contribuições da empresa destinadas ao custeio de previdência privada sejam pagas para que não sejam consideradas integrantes do salário de Contribuição, nos termos do § 2º, art. 202, Constituição Federal, configurando uma verdadeira imunidade e como tal deve ser interpretada de forma ampla.

Em se tratando de PGBL o resgate, a qualquer tempo, é um direito do participante, respeitados apenas os prazos de carência e intermediários entre os pedidos de resgate - Artigos 7º e 27 da Circular SUSEP nº 101/99 c/c as Circulares SUSEP nº 183/02 e 338/07. A evolução do formato das previdências privadas abarcou modalidades semelhantes a poupanças forçadas, como é caso do PGBL, cujas características são a total liberdade dos participantes e da instituidora quanto ao pagamento de contribuições e a garantia do direito de resgate total ou parcial.

Assevera que não há nenhum problema em relação ao fato dos aportes suplementares beneficiarem categorias específicas de funcionários, conforme art. 26, § 3º da Lei Complementar nº 109/01.

Discorda da afirmação do Setor Fiscal no que diz respeito às contribuições voluntárias efetuadas pela empresa, pois não chegaram ao limite de 584,48% do salário base, conforme pode ser constatado na planilha previdência privada data de aportes 2015, creditada ao Sr. Rafael Borges Frade, no entanto, o somatório dos valores relativos ao salário base é superior ao somatório dos aportes suplementares.

Em relação a 2014, mesmo que o Contrato Previdenciário de outubro de 2014 preveja que o aporte chegue a 400% do salário base mensal do participante (cláusula 5.2.3, fl. 418 e 544/551), no caso concreto os maiores valores aportados corresponderam, no máximo, a 200% do salário base mensal, "o que não leva em conta eventuais remunerações variáveis concedidas pela Impugnante aos seus funcionários" ou mesmo valores correspondentes a verbas não remuneratórias que se somem periodicamente à remuneração, como é o caso do PLR. Nesse contexto, quanto maior a remuneração e aportes na mesma ordem de grandeza, os beneficiários na inativa receberão remunerações mais próxima dos vencimentos que recebiam quando estavam na ativa.

Os aportes mensais foram uniformes em todos 24 meses considerados, idênticos para o mesmo beneficiário, como também foram idênticos para beneficiários dentro da mesma categoria, logo não se trata de remuneração de diretores estatutários e superintendentes executivos de acordo com seu desempenho.

"Por óbvio tais aportes não poderiam apresentar a absoluta uniformidade verificada no caso concreto, pois nem beneficiários distintos pertencentes à mesma categoria "performam" sempre de forma idêntica, nem o mesmo beneficiário tem a mesma "performance" em todos os meses ao longo de dois anos".

O art. 26 da Lei Complementar nº 109/01 estabelece que as empresas podem instituir planos coletivos de previdência complementar para determinados grupos de funcionários. Tampouco referida Lei não prevê a necessidade de que seja observada regra ou critério para o cálculo dos aportes, só o fazendo quanto aos planos fechados de previdência privada - art. 18 da LC 109/01. Diferente são as regras para as Entidades Abertas de Previdência Complementar, como é o caso - art. 37, II, LC 109/01, "normas

estas que foram evidentemente observadas no caso concreto, pois de outra forma o Plano mantido pela Impugnante não teria sido aprovado pela SUSEP" (doc. 05).

Entende a Impugnante que os resgates efetuados pelos beneficiários obedecem aos ditames do art. 27 da Lei Complementar nº 109/01, Circular SUSEP nº 338/07 e Resolução CNSP nº 139/05. O resgate é um direito do participante. No caso do PGBL é da essência desse Plano o direito de resgate nas condições contratadas, sem que isso desvirtue o plano de previdência privada. Ademais, a Impugnante não tem qualquer ingerência sobre os resgates feitos pelos seus funcionários.

Em sendo assim, a possibilidade de resgate no PGBL para aplicação em ativos que o beneficiário entende terem potencial de maior rentabilidade foi um objetivo pensado e buscado pelo legislador quando autorizou livremente o resgate (após o cumprimento dos prazos legais), justamente porque entendeu que esse procedimento longe de frustrar, realiza o objetivo do Plano que é a busca de melhor condição de vida no futuro.

Tanto a Impugnante como a Autoridade Fiscalizadora transcrevem excertos doutrinários e decisões judiciais e administrativas para reforçarem suas teses.

Alega que a Receita Federal do Brasil é incompetente para atribuir natureza remuneratória a aporte efetuado no âmbito de contrato previdenciário aprovado pela SUSEP, pois a esta cabe fiscalizar e punir entidades que exerçam atividade diversas, operar "fundos de investimento" de caráter previdenciário - art. 73 da LC nº 109/01 c/c art. 73 do Decreto-Lei nº 73/66. Portanto, se a SUSEP é competente "para descaracterizar falsos planos de previdência complementar, é evidente que tal competência não pode ser exercida pela RFB", tampouco "compete à Receita Federal classificar como não tendo natureza previdenciária plano de previdência complementar aprovado pela SUSEP e por esta autorizado a funcionar".

Requer o acolhimento da Impugnação para reconhecimento da insubsistência dos Autos de Infração.

A DRJ julgou improcedente a impugnação apresentada pela Contribuinte, nos termos do susodito Acórdão nº 01-36.477 (p. 808), conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2014 a 31/12/2015

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA E DE TERCEIROS. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. PARCELAS INTEGRANTES. EXCLUSÕES LEGAIS. EXAUSTIVAS. REGIME JURÍDICO TRIBUTÁRIO.

A base de cálculo de Contribuições Previdenciárias da Empresa e de Terceiros é ampla, engloba 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 e os ganhos habituais sob a forma de utilidades. Para que haja a exclusão de determinada verba desta ampla área de incidência, não basta a denominação ou a qualificação dada pela empresa e/ou pelo o sindicato da categoria como verba indenizatória, já que as exclusões do salário-de-contribuição são as arroladas exaustivamente em lei específica, de acordo com o regime jurídico tributário, nem sempre coincidente com o trabalhista.

DIREITO TRIBUTÁRIO. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. DIREITO DO TRABALHO. PREVIDÊNCIA PRIVADA. ISENÇÃO CONDICIONADA.

O fato de o Direito ser uno não quer dizer que inexistem particularidades marcantes em cada ramo autônomo do Direito, determinadas, entre outras, pela abrangência dos conceitos, regras, princípios e efeitos jurídicos específicos. Nesta frequência, a exclusão da previdência privada do conceito de salário pela CLT abrange as relações trabalhistas, sem repercussão imediata no campo do custeio do Regime Geral de Previdência Social, dada a existência de uma norma específica, regida pelo regime jurídico tributário, que condiciona a isenção dos valores pagos a título de previdência privada à disponibilização dessa à totalidade de seus empregados e dirigentes.

DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONJUNTO PROBATÓRIO.

O êxito das alegações contidas na impugnação está diretamente ligado ao conjunto probatório existente nos autos e em sua conformidade com as exigências contidas na legislação tributária, de forma a não deixar dúvida em relação à fidedignidade dos fatos alegados.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL FEDERAL. JULGADOR ADMINISTRATIVO. COMPETÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. LIMITAÇÃO.

O julgador de litígios administrativos fiscais, no âmbito da Administração Tributária Federal, não recebeu autorização de nenhuma norma jurídica brasileira para decidir sobre a ilegalidade ou inconstitucionalidade de leis que, eventualmente, fundamentaram a confecção de determinado lançamento tributário. A opção do sistema jurídico pátrio foi de subtrair competência para o julgador administrativo negar vigência a determinado dispositivo normativo sob a alegação de inconstitucionalidade ou ilegalidade. Esta atribuição foi reservada ao poder judiciário

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte apresentou o recurso voluntário de p. 834, reiterando os termos da impugnação apresentada.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo e atende os demais requisitos de admissibilidade. Deve, portanto, ser conhecido.

Da Autuação

Conforme exposto no relatório supra, trata-se o presente caso de autos de infração destinados ao lançamento da contribuição previdenciária devida pela empresa e àquela destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), bem como à parte destinada a outras Entidades e Fundos (Terceiros), incidente sobre as parcelas pagas aos segurados empregados a título de (i) Participação nos Lucros e Resultados da empresa – PLR e (ii) Previdência Privada, não declarados em GFIP.

Passemos, então, à análise dos fundamentos da autuação e respectivas teses de defesa da Contribuinte.

Da PLR

Nos termos do artigo 7º, XI da Constituição Federal de 1988, constitui direito dos trabalhadores o pagamento de participação nos lucros ou resultados da empresa desvinculada da remuneração:

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;

No entanto, o dispositivo constitucional remete a eficácia da norma à edição de lei, consoante estabelece a parte final do inciso apontado, revelando que o direito dos trabalhadores ao recebimento da PLR sem vinculação à remuneração se trata de norma constitucional de eficácia limitada, dependendo de lei para a sua regulamentação.

A regulamentação ocorreu com a edição da Medida Provisória n.º 794, de 29 de dezembro de 1994, a qual, após diversas reedições, foi finalmente convertida na Lei n.º 10.101/2000, estabelecendo os parâmetros e diretrizes a serem observados para que a parcela denominada Participação nos Lucros e Resultados da empresa, ou simplesmente PLR, cumprisse o seu objetivo constitucionalmente previsto e, assim, enquadrar-se como pagamento desvinculado da remuneração.

Nesse contexto, a própria legislação previdenciária, por meio da Lei n.º 8.212/1991 (artigo 28, §9º, "j"), também determinou a não incidência da contribuição previdenciária sobre a participação nos lucros, condicionando, contudo, o seu pagamento à observância dos requisitos estabelecidos em lei específica.

Assim dispõem alguns dispositivos dos artigos 2º e 3º da Lei n.º 10.101/2000, vigentes à época dos fatos:

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.

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.

§ 3º Todos os pagamentos efetuados em decorrência de planos de participação nos lucros ou resultados, mantidos espontaneamente pela empresa, poderão ser compensados com as obrigações decorrentes de acordos ou convenções coletivas de trabalho atinentes à participação nos lucros ou resultados.

A fiscalização, no caso em análise, atribuiu natureza remuneratória aos pagamentos efetuados pela Recorrente a título de PLR, embasando-se, para tanto, nos seguintes fundamentos:

I - assinatura dos acordos de PLR, referente aos anos de 2013 e 2014, por apenas um diretor, sem poderes para representar isoladamente a empresa e ausência da própria assinatura do representante da empresa no acordo celebrado em 2015;

II - falta de participação do representante do sindicato na negociação do acordo, bem como falta do arquivamento do acordo no sindicato;

III – data de assinatura dos acordos, os quais foram pactuados no final dos respectivos períodos aquisitivos;

IV – falta de regras claras e objetivas; e

V – existência de valor mínimo a ser pago.

Passemos, então, à análise individualizada de cada um dos fundamentos supra pontuados.

I – Da assinatura dos acordos de PLR, referente aos anos de 2013 e 2014, por apenas um diretor, sem poderes para representar isoladamente a empresa e ausência da própria assinatura do representante da empresa no acordo celebrado em 2015

Neste ponto, destacou a autoridade administrativa fiscal que:

5.21 Da leitura do estatuto, nota-se que o diretor Sr. Anibal Cesar Jesus dos Santos (nos Acordos de 21/10/2013 e de 14/10/2014, bem como em seus respectivos aditamentos) não detinha poderes para representar isoladamente a empresa, não sendo parte legítima e, portanto, não são válidos os Acordos nem seus aditamentos ora mencionados, razão pela qual não podem ser considerados. Nem se trata de PLR os pagamentos com base neles realizados. E ainda que o fossem, tais Acordos estão revestidos de outros vícios que contrariam os dispositivos legais, demonstrados no decorrer do presente Relatório.

5.22 E mais, o Acordo celebrado em 04/11/2015 e o seu respectivo aditamento apresentados pela empresa, sequer contém assinatura do representante da empresa, ou seja, só contém assinatura dos membros da comissão representante dos empregados, o que vicia os documentos em pauta.” (fl. 581)

A Recorrente, por sua vez, defende que, apesar de os Acordos de 2013 e 2014 estarem assinados por apenas um diretor que isoladamente não detinha poderes para representar a empresa e o Acordo de 2015 está assinado apenas por representantes dos empregados, houve a ratificação dos mesmos pela ***prática de ato inequívoco, que, no caso, foi o pagamento pela Recorrente de PLR que resultou no presente lançamento, pagamento este que, tendo sido efetuado (por óbvio antes do presente lançamento) nos termos acordados, demonstrou inequivocamente a concordância da Recorrente com o que foi acordado, e assim ratificou retroativamente os termos do acordo, razão pela qual “data venia” não pode a fiscalização sustentar sua invalidade.***

Para tanto, embasa-se a Recorrente no quanto disposto no art. 662 do Código Civil, *in verbis*:

Art. 662. Os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, salvo se este os ratificar.

Parágrafo único. **A ratificação** há de ser expressa, ou **resultar de ato inequívoco, e retroagirá à data do ato.**

Razão assiste à Recorrente.

De fato, e antes de considerações outras, não se deve olvidar que a não incidência das contribuições sobre a PLR é uma imunidade, vez que é uma norma de não tributação prevista na Constituição Federal.

Muito embora a lei regulamentadora pareça ter negligenciado a participação nos lucros ou resultados como um direito social, pois nem mesmo faz qualquer menção a esse respeito, fato é que a Constituição a outorgou como um efetivo direito daquela natureza, o que deve ser levado em consideração pelo aplicador da lei, na busca da máxima eficácia da norma constitucional.

Neste contexto, descaracterizar o pagamento da PLR, atribuindo-lhe natureza remuneratória sob o fundamento de que o subscritor do Acordo representante da empresa não detinha poderes para o fazê-lo isoladamente ou, ainda, que falta a assinatura deste no Acordo 2015, trata-se, à toda evidência, de privilegiar o formalismo em detrimento do direito material, constitucionalmente tutelado.

Ora, se o representante da empresa não tinha poderes para isoladamente celebrar o Acordo, deve-se indagar: a quem prejudicaria a conduta daquele preposto? À empresa, por certo, que estaria assumindo ônus, responsabilidades em decorrência de ato praticado por alguém sem poderes para tanto. E prejudicaria os trabalhadores também, já que a empresa poderia alegar – judicialmente, inclusive – que o seu representante, agindo de má-fé e de forma isolada, avençou acordo de PLR, mesmo ciente de que não detinha competência para praticar tal ato.

Mas, nada disso aconteceu no caso concreto. Ao contrário, a Contribuinte realizou o pagamento da PLR com base nos Acordos celebrados, ratificando-os, nos termos do parágrafo único do art. 662 do Código Civil.

Sobre o tema, a DRJ concluiu, em síntese, que a ratificação do Acordo da PLR não produziria efeitos no âmbito tributário.

Todavia, tal entendimento não merece prosperar. Primeiro, porque é o próprio Código Tributário Nacional que prevê a possibilidade (e não poderia ser diferente) de aplicação dos institutos próprios do direito privado (vide arts. 109 e 110 do CTN). Segundo, porque, longe de se configurarem meras assertivas teóricas, o quanto aqui exposto tem sido aplicado pelos nossos Tribunais Superiores, conforme se infere, por exemplo, da recente decisão do Ministro Marco Aurélio Bellizze, de 24 de fevereiro de 2021, no Agravo em Recurso Especial nº 1531163 – SP, *in verbis*:

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1531163 - SP (2019/0185877-5)
DECISÃO.

Trata-se de agravo contra decisão que não admitiu recurso especial interposto por GLAUCO XIMENES ABREU e OUTROS, com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, no qual se insurgiram contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo assim ementado (e-STJ, fl. 265):

(...)

Por outro lado, ao contrário do sustentado, **aplica-se ao caso concreto o disposto no parágrafo único do artigo 662 do Código Civil, que permite considerar ratificado o acordo firmado** pelos advogados antes da formalização da procuração, uma vez que, em seguida, os agravantes outorgaram poderes a estes mesmos advogados, inclusive, para atuarem nesta ação

(...)

Ademais, ao contrário do sustentado pelos agravantes, está correto o entendimento, consignado na decisão recorrida de que o pagamento da primeira parcela, também, permite concluir ter havido a ratificação tácita

(destaquei)

Procedente, pois, o recurso voluntário neste particular.

II – Da falta de participação do representante do sindicato na negociação do acordo, bem como falta do arquivamento do acordo no sindicato

Neste ponto, a autoridade administrativa fiscal destacou que:

5.24 No caso concreto, sendo os acordos de PLR decorrentes de negociação entre empresa e comissão de empregados, é obrigatória a participação de um representante do sindicato da categoria, em cumprimento ao disposto no inciso I do art. 2º da Lei nº 10.101/2000. No entanto, nenhum deles e nenhum de seus aditamentos contou com a participação de um representante do sindicato da categoria dos trabalhadores.

5.25 Também não houve comprovação de que os Acordos Próprios e respectivos aditamentos foram arquivados na competente entidade sindical, como estabelecido no art. 2º, em seu § 2º, da Lei nº 10.101/2000.”

A Contribuinte, por sua vez, sustentou a ausência da participação sindical por si só não confere natureza remuneratória aos pagamentos de PLR, e, no caso concreto, a leitura das Convenções Coletivas de Trabalho evidencia que o Sindicato de Empregados abriu mão de participar das negociações relativas ao PLR.

Pois bem!

O art. 2º da Lei nº 10.101/2000 estabelece que *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 ou (ii) convenção ou acordo coletivo.*

Como se vê, quando a negociação entre a empresa e seus empregados ocorrer por meio de comissão escolhida pelas partes, esta deve ser integrada por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria.

A pergunta que se faz, então, é: e se não houver a participação do representante do sindicato na comissão, o que acontece? Qual(is) a(s) consequência(s) da ausência do referido representante? Uma vez ausente o representante do sindicato na composição da comissão que negociou o acordo de PLR será que, tal fato, por si só, tem o condão de alterar a natureza do pagamento realizado?

Parece-me que não! Pois, caso assim fosse, estaríamos, mais uma vez, diante privilegiando o formalismo em detrimento do direito material, constitucionalmente tutelado.

Observe-se, pela sua importância, que o susodito artigo 2º da Lei 10.101/00 (ou qualquer outro da referida norma) não estabeleceu, em momento algum (e nem poderia), que o descumprimento de qualquer formalidade por ela estabelecida em relação ao pagamento de PLR equipararia este a remuneração e, portanto, legitimaria a tributação dos valores pagos em prejuízo da imunidade estabelecida pelo artigo 7º, inciso XI da Constituição Federal.

Da mesma forma e pelos mesmos fundamentos, não há que se descaracterizar os pagamentos realizados a título de PLR pela simples ausência de arquivamento do respectivo acordo no sindicato da categoria.

Assim tem se manifestado o Egrégio STJ, conforme se infere do excerto abaixo reproduzido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REGISTRO DA NEGOCIAÇÃO NO SINDICATO DOS TRABALHADORES. INSTRUMENTO COMPROBATÓRIO DA REGULARIDADE DO PAGAMENTO.

1. Não incide contribuição previdenciária sobre os valores pagos aos trabalhadores a título de participação nos lucros ou resultados, desde que haja a participação dos trabalhadores na respectiva negociação.

2. O registro do acordo no sindicato é modo de comprovação dos termos da participação, possibilitando a exigência do cumprimento na participação dos lucros na forma acordada. **A ausência de homologação de acordo no sindicato, por si só, não descaracteriza a participação nos lucros da empresa a ensejar a incidência da contribuição previdenciária.** (REsp 865.489/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 24/11/2010).

3. **A determinação legal de não incidência da contribuição previdenciária sobre referidos valores não está condicionada à fase interna da negociação, mas à sua efetiva ocorrência. Eventual inobservância dos procedimentos estipulados pela Lei n. 10.101/2000, que, em tese, podem ser prejudiciais à categoria durante a negociação, como, p.ex., a participação remota/não presencial/virtual (etc) de seu representante, deve ser invocada a tempo e modo próprios pela parte que se considerar prejudicada, mas não pode servir de pretexto para a incidência da contribuição previdenciária,** mormente quando o negócio for submetido a registro, nos termos do art. 2º, § 2º, da Lei n. 10.101/2000.

4. No caso dos autos, as instâncias ordinárias decidiram pela incidência da contribuição porque o representante dos trabalhadores teria participado das negociações de forma remota, o que estaria em desconformidade com a lei; e, provocado por embargos de declaração a respeito do registro do acordo, foi omissivo. Recurso provido com a determinação de verificação da existência do registro do acordo no sindicato.

5. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1815274/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2020, DJe 21/10/2020)

Por fim, mas não menos importante, observe-se que, em recente alteração legislativa, foi incluído o § 10 ao art. 2º da Lei nº 10.101/2000, segundo o qual, *uma vez composta, a comissão paritária de que trata o inciso I do caput deste artigo dará ciência por escrito ao ente sindical para que indique seu representante no prazo máximo de 10 (dez) dias corridos, findo o qual a comissão poderá iniciar e concluir suas tratativas.*

Ou seja: a própria Lei admite a negociação sem a presença do representante do sindicato da categoria.

Procedente, assim, o recurso voluntário neste particular.

III – Da data de assinatura dos acordos, os quais foram pactuados no final dos respectivos períodos aquisitivos

Com relação à data de assinatura dos acordos de PLR, a autoridade administrativa fiscal destaca que os mesmos **não foram elaborados antes do início do período a que se referem os lucros ou resultados, como exige a lei.**

Pois bem!

Como já mencionado, a Lei nº 10.101/2000, em seu art. 2º, prevê que a PLR será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, através, conforme o caso, de comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria, convenção coletiva ou acordo coletivo. É inquestionável, assim, que a lei prevê que essa participação será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados.

Todavia, à época dos fatos, a lei realmente não estabelecia uma data limite para a formalização dessa negociação. É compreensível que não o tivesse feito, pois as normas de experiência comum demonstram que tais negociações não raramente levam meses para serem concluídas, sendo por vezes acirradas e conflituosas e envolvendo diversos sindicatos de diversas categorias.

É óbvio, contudo, que os trabalhadores têm conhecimento das diretrizes gerais dos planos, pois participam direta ou indiretamente das negociações via comissão paritária ou sindicatos. A data de assinatura corresponde, apenas, ao momento da formalização e de conveniência das várias partes envolvidas.

Não compete ao aplicador da lei criar pré-requisito não previsto na norma, sobretudo para reduzir a eficácia de regra jurídica constitucional. A lei prevê que a participação será objeto de negociação, e não que a formalização tenha que ocorrer previamente ao período de aquisição. A interpretação criativa é vedada pela tripartição dos poderes-deveres prevista no art. 2º da Lei Maior, que se constitui em um verdadeiro princípio fundamental da República.

Uma interpretação restritiva, com a criação de exigências não previstas legalmente, apenas tem o condão de dificultar a efetiva concretização do direito social do trabalhador à participação nos lucros ou resultados da empresa, inibindo a concessão dos planos, em conflito com as finalidades constitucionais.

A interpretação de que o acordo deve ser formalizado antes do início do período aquisitivo, cria, no entender deste relator, um requisito formal não previsto (pois a lei menciona apenas a necessidade de negociação – “será objeto de negociação”) e que está em desconformidade com a realidade negocial, podendo até mesmo desestimular a concessão da PLR e, por conseguinte, a realização dos direitos sociais.

Como se vê, não se está declarando qualquer inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, mas sim, dentre as várias interpretações possíveis, elegendo-se aquela mais adequada ao texto constitucional. A Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), antes da atual composição, vinha adotando entendimento semelhante, conforme se infere do acórdão nº 9202003.370:

PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS E RESULTADOS DA EMPRESA PLR. IMUNIDADE. OBSERVÂNCIA À LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA. ACORDO PRÉVIO AO ANO BASE. DESNECESSIDADE. A Participação nos Lucros e Resultados PLR concedida pela empresa aos seus funcionários, como forma de integração entre capital e trabalho e ganho de produtividade, não integra a base de cálculo das contribuições previdenciárias, por força do disposto no artigo 7º, inciso XI, da CF, sobretudo por não se revestir da natureza salarial, estando ausentes os requisitos da habitualidade e contraprestação pelo trabalho. Somente nas hipóteses em que o pagamento da verba intitulada de PLR não observar os requisitos legais insculpidos na legislação específica, notadamente artigo 28, § 9º, alínea j, da Lei nº 8.212/91, bem como MP nº 794/1994 e reedições, c/c Lei nº 10.101/2000, é que incidirão contribuições previdenciárias sobre tais importâncias, em face de sua descaracterização como Participação nos Lucros e Resultados.

A exigência de outros pressupostos, não inscritos objetivamente/literalmente na legislação de regência, como a necessidade de formalização de acordo prévio ao ano base, é de cunho subjetivo do aplicador/intérprete da lei, extrapolando os limites das normas específicas em total afronta à própria essência do benefício, o qual, na condição de verdadeira imunidade, deve ser interpretado de maneira ampla e não restritiva. Recurso especial negado. (CSRF, 2ª Turma, Relator(a) RYCARDO HENRIQUE MAGALHAES DE OLIVEIRA, sessão de 17 de setembro de 2014)

Outro ponto relevante a ser destacado é que, enquanto a remuneração é devida pela mera execução do contrato de trabalho, aí pouco ou nada importando os lucros ou resultados da empresa, a PLR deve ser considerada como um pacto acessório, por meio do qual se negociam, a par daquele contrato, questões relativas à produtividade, qualidade, lucratividade, metas, resultados, etc. Ou seja, a remuneração é devida em função do contrato laboral, enquanto que a participação é devida em decorrência de um contrato acessório, que não se constitui, por expressa disposição legal, em pagamento de remuneração. Tal contrato acessório, ademais, viabiliza a participação do trabalhador em rubricas a que ele não teria direito, por serem decorrentes do capital do qual ele não é dono.

Diante do exposto, conclui-se que o fato isolado de a formalização ter ocorrido no próprio período aquisitivo da PLR não desnatura os acordos, impondo-se o provimento do recurso voluntário, com a consequente reforma da decisão de primeira instância e, por conseguinte, com o cancelamento integral do crédito tributário.

Tanto é assim que, em recente alteração legislativa, foi incluído o § 7º ao art. 2º da norma em análise, segundo o qual, *consideram-se previamente estabelecidas as regras fixadas em instrumento assinado anteriormente ao pagamento da antecipação, quando prevista e com antecedência de, no mínimo, 90 (noventa) dias da data do pagamento da parcela única ou da parcela final, caso haja pagamento de antecipação.*

Como se vê, não há que se falar em ajuste prévio ao período aquisitivo, tal como sustentado pela Fiscalização.

Neste espeque, impõe-se o provimento do recurso voluntário neste particular.

IV – Da falta de regras claras e objetivas

Neste ponto, destacou a Fiscalização que:

5.42 A Lei n.º 10.101/2000 determina, como já visto, que 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. Tais regras dizem respeito à possibilidade dos empregados conhecerem previamente, ou seja, por intermédio do acordo, os requisitos que devem ser por eles atendidos para se habilitarem ao recebimento da PLR, bem como o montante que receberão a depender do lucro ou resultado auferido pelo empregador se os objetivos forem cumpridos. Nesse quesito também foi desrespeitada a lei.

(...)

5.44 O conteúdo dos Acordos de PLR resume-se aos dispositivos transcritos acima, não apontando em momento algum as metas que deverão ser atingidas e/ou superadas para que o empregado se torne beneficiário da participação. Fala-se em metas, pesos e variáveis, mas não se explica. Menciona a existência de avaliação de resultado, mas não descreve os parâmetros nela utilizados nem apresenta modelo básico de tal avaliação. Também não fica claro em que consiste evolução global positiva e não menciona os indicadores objetivos que a apura.

A Recorrente, por sua vez, destaca que *a Cláusula Primeira esclarece que o pagamento da PLR está vinculado à “evolução global positiva da Corretora”, que consiste no resultado líquido considerando a receita da área comercial e o volume de captação apurado no exercício, cabendo ainda esclarecer que se a fiscalização afirma que “não fica claro em que consiste evolução global positiva”, isso se deveu ao fato de que a fiscalização em momento algum, seja no Termo de Início de Procedimento Fiscal, seja nos 7 (sete) Termos de Intimação lavrados (fls. 03/41), intimou a Recorrente para esclarecer tal ponto.*

Prossegue afirmando que *o Parágrafo Primeiro da Cláusula Primeira esclarece que “A avaliação de resultado é individual, com base no atingimento e/ou superação de metas previamente estabelecidas, as quais têm pesos específicos e variáveis de acordo com a função exercida”, a demonstrar a manifesta improcedência das objeções suscitadas pela fiscalização no item 5.43 do Relatório Fiscal acima transcrito.*

Neste contexto, concluiu que *a especificidade das metas para cada funcionário de acordo com a função exercida impossibilita que constem do corpo do Acordo elementos dotados do grau de detalhamento exigido pela fiscalização, sendo certo, por outro lado, que tais elementos, que são individuais, constam dos formulários de avaliação de resultados pertinentes a cada um dos funcionários, tendo apresentado a Recorrente em sua impugnação alguns desses formulários a título exemplificativo (doc. 04 da impugnação).*

Razão assiste à Recorrente neste particular.

De fato, conforme se infere do quanto exposto linhas acima, *a conjugação dos Acordos de PLR com as avaliações individuais resulta na existência das “regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas” requeridas pelo § 1º do artigo 2º da Lei nº 10.101/00.*

Esclareça-se, desde já, que o fato de o detalhamento do cálculo da PLR está consignado em documento apartado do acordo coletivo em nada desnatura referido programa:

- primeiro porque não há, na legislação de regência da matéria, nenhuma vedação neste sentido;

- segundo porque o próprio acordo, celebrado com a participação do Comitê dos Empregados, expressamente prevê essa possibilidade;

- por fim, mas não menos importante, referida previsão se justifica em face do tamanho e do porte da Recorrente, que se trata de Companhia com dimensões globais, não sendo razoável, pois, que todo o detalhamento do cálculo da PLR, para todos os funcionários, de todos os níveis, constasse expressamente do Acordo. Caso assim fosse, referida exigência – que não encontra amparo na legislação, ressalte-se - tratar-se-ia de medida contraprocudente.

Neste contexto, é de se indagar: tendo a Recorrente noticiado que 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, constam dos formulários de avaliação de resultados pertinentes a cada um dos funcionários, porque a Fiscalização não intimou a Contribuinte para apresentar referidos documentos, questionando, se fosse o caso, como os mesmos eram elaborados?

Noutras palavras: como a Fiscalização concluiu pela inexistência de regras claras e objetivas se nem mesmo intimou a Contribuinte para apresentar e explicar o conteúdo dos formulários de avaliação individuais nos quais constam 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, conforme expressamente previsto nos Acordos?

Neste contexto, não há que se falar, *in casu*, em ausência de regras claras e objetivas no Acordo de PLR, pelo que deve ser dado provimento ao recurso voluntário neste particular.

V – Da existência de valor mínimo a ser pago

No que tange à caracterização da PLR como verba remuneratória, a Fiscalização destacou ainda que:

5.46 Ademais, é assegurado um valor mínimo de PLR a cada empregado (Cláusula Segunda, caput, dos Acordos), o que corrobora o fato de não existir qualquer nexo entre os valores ganhos pelos empregados a título de PLR e os lucros ou resultados da empresa.

Todavia, tal entendimento não encontra amparado na legislação de regência da matéria, não merecendo prosperar.

Sobre o tema, socorro-me aos escólios do Conselheiro Rayd Santana Ferreira, objeto do Acórdão nº 2401-007.306, de 15 de janeiro de 2020, *in verbis*:

Já no que diz respeito ao pagamento mínimo, neste ponto, assiste razão a defesa, tendo em vista que a previsão de pagamento mínimo não desvirtua o plano, mantém a integração capital e trabalho, demais disto é moderada a sua previsão (em valor ínfimo) e, importantíssimo que se diga, não necessariamente está condicionado à ausência de alcance de qualquer índice de lucratividade ou de meta de produtividade, mas sim assegura um mínimo de valor a ser recebido como garantia ao trabalhador tratando-se de um direito social fruto de negociação coletiva.

Veja-se que, do ponto de vista de resultados, foco no incentivo à produtividade, o trabalhador, por corolário lógico, terá alguma contribuição para o trabalho, então, por regra, não deve ser usual, nem crível que não apure qualquer produtividade, porém seu desempenho pode ser mais baixo do que o de seus pares, mas como, de certo modo, terá contribuído para a empresa receberá um modesto valor atendendo ao fim do direito social em foco. Antes de pensarmos nos aspectos fiscais, não se pode olvidar o caráter social do instituto e a negociação coletiva imposta para seu nascedouro, sendo certo que as entidades sindicais fazem ampla proteção aos seus tutelados, de modo que não havendo prova de qualquer excesso, fraude ou dolo para este específico aspecto, o apontamento genérico da fiscalização não se sustenta.

Por sua vez, do ponto de vista do lucro/resultados, foco na integração trabalho e capital, o pagamento da PLR atrelado ao auferimento de lucros/resultados, prevendo-se em contrário a ausência da verba, não pode ter por abusiva a previsão de um pré-determinado mínimo valor assegurado à classe trabalhadora, sobretudo em valor ínfimo como, em regra, é estabelecido e em prol de toda a categoria, não invalidando o efetivo pagamento.

Neste sentido, tem-se manifestado a jurisprudência do CARF por meio do Acórdão n.º 2402-006.431, conforme ementa parcialmente transcrita:

(...) CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. REGRAS CLARAS E OBJETIVAS. CCT. OBSERVÂNCIA. ACORDO PRÓPRIO 2004. INOBSERVÂNCIA.

1. Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas.

2. As cláusulas das CCTs, as quais se repetiram no transcorrer dos anos, eram claras o suficiente para serem interpretadas e aplicadas pela empresa, sendo igualmente claras para serem interpretadas pela administração fiscal.

3. O plano próprio 2004 não contém regras claras e objetivas, o que infringe o disposto no § 1º do art. 2º da Lei, de forma a viabilizar a incidência das contribuições lançadas a seu respeito, negando-se provimento ao recurso neste particular.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. PAGAMENTO DE PARCELA FIXA MÍNIMA. POSSIBILIDADE.

O pagamento da participação estava atrelado ao auferimento de lucros pela empresa, sendo que a pré-determinação de um valor, sobretudo em valor irrisório (como o foi), não invalida o efetivo pagamento da participação.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS À SEGURIDADE SOCIAL. PLR. MONTANTE DOS VALORES PAGOS E FORMA DE PAGAMENTO. POSSIBILIDADE.

1. A grande lucratividade das instituições financeiras faz com que o montante dos lucros ou resultados a serem distribuídos seja igualmente grande, de forma a representar uma quantia considerável quando comparada com a remuneração normal do trabalhador. Sendo estabelecida em percentual, quanto maior a lucratividade da empresa, maior a participação a ser paga ao empregado, o que de forma alguma descaracteriza o benefício. Nessa hipótese, maior é a concretização do direito social e maior é a realização do princípio da isonomia, pois o empregado participa em maior medida da rubrica a que ele não teria direito por não ser o dono do capital.

2. Quanto maior o impacto de uma categoria na formação do lucro, maior pode ser a sua participação. A desproporção, por si só, não milita em desfavor da contribuinte, mas está de acordo com a sua finalidade primordial: a geração de lucros. (...)

No mesmo sentido, observamos o Acórdão n.º 2202-005.192, assim ementado:

PAGAMENTO DE PLR AOS EMPREGADOS. LEI N.º 10.101/2000. PREVISÃO DE PARCELA MÍNIMA. PREVISÃO DE VALOR FIXO. POSSIBILIDADE.

A previsão de um valor mínimo ou de valor fixo não desvirtua a PLR, quando for moderada a sua previsão (em valor ínfimo) e quando não estiver condicionada a ausência de alcance de qualquer índice ou meta, mas sim objetive assegurar um mínimo de valor a ser recebido como garantia ao trabalhador, respeitando o direito social que lhe é outorgado.

PAGAMENTO DE PLR AOS EMPREGADOS. LEI N.º 10.101/2000. INEXISTÊNCIA DE LIMITES E DE VINCULAÇÃO AO SALÁRIO.

A participação nos lucros, ou resultados, na forma da legislação específica não se vincula ao salário, sendo independente e autônoma, deste modo efetivando a fiscalização cálculos comparativos aleatórios e assistemáticos para comparar salário x PLR não prevalece a motivação de substituição da remuneração, sem que existam outros elementos, inclusive eventual apontamento quanto a violação do plano acordado. Em nenhum momento a Lei n.º 10.101 tratou de limites mínimos ou máximos e, em verdade, buscou a integração capital e trabalho com a partilha de lucros, os quais possuem variação a cada exercício social.

Registre-se pela sua importância que, ao contrário do entendimento da fiscalização, corroborado pelo órgão julgador de primeira instância, o pagamento de valor mínimo, na linha do racional dos precedentes aqui citados, não “contraria a finalidade da PLR, que é estimular a produtividade dos trabalhadores”, já que a existência de um valor mínimo tem por finalidade não desestimular os funcionários que em um mau momento profissional tenham piores avaliações, não consistindo assim em desestímulo à produtividade, que é estimulada pelas metas individuais fixadas.

Neste esboço, afigura-se insubsistente a autuação neste particular.

Da Previdência Privada

Com relação aos pagamentos de previdência privada, assim resumiu a lide o órgão julgador de primeira instância:

A questão fática que exsurge dos relatos da Fiscalização e da Impugnante é que um grupo seletivo de funcionários, com destaque ao Diretor, receberam aportes suplementares da empresa (Contribuição Suplementar Mensal de Instituidora) e também aportes voluntários patronal (Contribuição Voluntária de Instituidora), não extensíveis a outros funcionários. Esses aportes eram resgatáveis, no dizer da própria Impugnante, "para aplicação em ativos que o beneficiário entende terem potencial de maior rentabilidade". Tem-se que a empresa direcionou recursos para um grupo de beneficiários, que deslocava essas verbas para outros investimentos, a depender da rentabilidade do mercado. Adquire assim uma forma de remuneração diferenciada pelo trabalho de um grupo diferenciado de funcionários, que no livre entendimento da Empresa ou da negociação entre as partes chegaram a uma remuneração devida.

(...)

Com o perdão pela repetição, salienta-se que os pagamentos de previdenciária complementar que foram estendidos a todos empregados e dirigentes não foram incluídos nos lançamentos tributários. Informa o Setor Fiscal que as contribuições extensíveis a todos os empregados e dirigentes (Contribuição básica do participante, Contribuição básica da Instituidora e Contribuição de risco) não foram objeto do Auto de Infração. Também não é objeto do lançamento tributário a Contribuição Suplementar Mensal do Participante, uma vez que realizada exclusivamente às expensas do trabalhador - item 6.47 do Relatório Fiscal.

(...)

Observa-se que Autoridade Fiscalizadora não entrou no mérito sobre a idoneidade do plano de previdência complementar contratado pela Empresa ou tentou "descaracterizar falsos planos de previdência complementar", não foi isso que aconteceu. Foram analisados se os valores das contribuições pagos pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar tinham ou não natureza tributária. Em outras palavras, se partiu da premissa que se tratava de plano de previdência, a partir daí aplicou o regime jurídico tributário, com competência legal para isso. Na parte estendida a todos funcionários não ocorreu a tributação, manteve-se esses pagamentos fora da composição do salário de contribuição, já a outra parte restrita a um grupo seletivo de funcionários e apenas para o Diretor, não extensiva a todos empregados e dirigentes, foi objeto de tributação, não porque não era contribuição relativa a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, mas sim porque não atendeu aos requisitos estabelecidos na norma isentiva albergada no art. 28, § 9º, "p", da Lei 8.212/91.

Como se vê, e em resumo, o órgão julgador de primeira instância manteve incólume o lançamento fiscal em relação aos pagamentos para a previdência privada, sob o fundamento de que tais pagamentos são restritos a um grupo seletivo de funcionários e apenas para o Diretor, ou seja não extensiva a todos empregados e dirigentes.

Sobre o tema, valho-me das conclusões alcançadas pelo Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho, objeto do Acórdão n.º 9202-008.536, de 29 de janeiro de 2020, *in verbis*:

Evocando novamente o Relatório Fiscal, vê-se que, no período a que se refere a autuação, a Anhanguera Educacional LTDA celebrou contrato de adesão a Planos Geradores de Benefícios Livres – PGLB com a REAL VIDA E PREVIDÊNCIA S/A, cujo objeto foi a instituição de Programa Coletivo de Previdência Privada. Referido programa não foi disponibilizado à totalidade de seus empregados e dirigentes, tendo sido oferecido apenas para um grupo de executivos da empresa.

Como os planos mencionados pela autoridade autuante tratam-se de PGBL, constata-se serem planos instituídos e regime aberto.

O entendimento materializado no Relatório Fiscal, e corroborado pela decisão a quo, é de que os valores das contribuições pagas por pessoa jurídica referentes a programas de previdência complementar, ainda que abertos, somente deixam de integrar o salário-de-contribuição quando disponíveis à totalidade de empregados e dirigentes da empresa.

Assim, constando-se que o benefício fora oferecido apenas a um grupo determinado de segurados, depreendeu-se que as quantias pagas a título de previdência complementar integrariam o conceito de salário-de-contribuição, sujeitando-se às contribuições destinadas à Seguridade Social e a terceiros, posto que inaplicável a hipótese de não incidência prevista na alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991.

(...) O fundamento no qual se ancora tanto o lançamento quanto a decisão do Colegiado Ordinário, repise-se, é de que, por não ser extensível à totalidade de empregados e dirigentes do Sujeito Passivo, o benefício estaria sujeito às contribuições sociais objeto do lançamento.

Essa matéria já foi alvo de amplos debates neste Conselho e a tese que tem se firmado, e que corrobora o meu entendimento a respeito do tema, é quanto a não incidência de contribuições previdenciárias e de terceiros quando único óbice para tanto é a não extensão do benefício à totalidade dos empregados e dirigentes da empresa que oferece o benefício.

Em virtude disso, trago à colação os fundamentos do Acórdão n.º 9202-003.193, de 07/05/2014, e, por concordar com esses fundamentos, os adoto-os como razões de decidir:

No mérito, a discussão nos presentes autos se refere à obrigatoriedade de se disponibilizar programa de previdência privada complementar (em regime aberto) à totalidade dos empregados e dirigentes para que tais valores não integrem o salário de contribuição e, conseqüentemente, não estejam sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias.

A fiscalização aplicou à espécie o art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91, segundo o qual contribuições da empresa para planos de previdência privada de seus empregados e dirigentes somente não estão sujeitas a contribuições previdenciárias se estiverem disponíveis à totalidade de seus empregados e dirigentes. *In verbis*:

“Art.28. Entende-se por salário-de-contribuição:

(...)

§ 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;” (Destaquei)

Referido dispositivo foi incluído na Lei 8.212/91 no âmbito das alterações promovidas pela Lei 9.528, de dezembro de 1997. Nada obstante o dispositivo acima transcrito não

tenha sido expressamente revogado, a regulação da matéria foi substancialmente alterada pela Emenda Constitucional 20/1998 e pela Lei Complementar 109/2001.

Com o advento da Emenda Constitucional 20/1998, que alterou o art. 202 da Constituição Federal, a previsão de que as contribuições pagas pelo empregador a título de previdência privada para seus empregados não integram a remuneração do empregado ganhou status constitucional, in verbis:

“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.”(Destaquei)

A Lei Complementar 109/2001 foi aprovada para regulamentar o referido dispositivo constitucional e previu, no mesmo sentido da Constituição Federal, que as contribuições do empregador feitas a entidades de previdência privada não estão sujeitas a tributação e contribuições de qualquer natureza:

“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. (...)” (Destaquei)

Da leitura dos dispositivos acima se constata que eles não contêm a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91. Isto é, nos termos dos arts. 68 e 69 acima citados, as contribuições que o empregador faz ao plano de previdência complementar do empregado não devem ser consideradas parte de sua remuneração e, especificamente, sobre elas não devem incidir quaisquer tributos ou contribuições.

Especificamente em relação aos planos abertos de previdência complementar, como é o caso dos presentes autos (...), a Lei Complementar 109/2001 permite de forma expressa que sejam disponibilizados pelo empregador a grupos de uma ou mais categorias específicas dos seus empregados:

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.(Destaquei).

A Lei Complementar 109/2001 não apenas omitiu a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91 (isto é, estabeleceu que as contribuições do empregador a plano de previdência privada ou complementar dos empregados não devem ser consideradas como remuneração destes e não se submetem à incidência de qualquer imposto ou contribuição) como também expressamente permitiu o estabelecimento de planos de previdência complementar abertos coletivos, os quais podem ser compostos por grupos de uma ou mais categorias específicas de um mesmo empregador.

A ratio motivadora do legislador complementar parece ter sido o de estimular a poupança privada pelos vários meios possíveis, inclusive a instituição de programas pelos empregadores em benefício de categorias específicas de empregados quando se tratar de plano aberto, oferecido pelo mercado, evitando o ‘engessamento’ que por certo desestimularia a concessão de planos se houvesse rigidez exagerada quanto no público alvo do plano. Neste ponto, ainda que se entenda que a regulamentação do art.202, § 2º, da Constituição Federal deveria ter sido veiculada por lei formalmente ordinária, em vista do previsto na parte final do dispositivo, a conclusão seria que, nesta parte, a Lei Complementar 109/2001 atua materialmente como lei ordinária, regulando a matéria de modo diferente da regulamentação anterior da Lei 8.212/91, com as alterações da Lei 9.528/97.

A noção de que as leis complementares em sua forma também o são em sua substância ou matéria apenas e tão somente quando regulam matérias reservadas a esta espécie legislativa pela Constituição é assente na moderna doutrina e na jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal, consagrada no julgamento da ADIN 4.0715 (que tratou da COFINS de sociedades civis).

Neste caso, o plenário do E. STF entendeu que lei ordinária poderia revogar previsão de lei complementar anterior que tratava de matéria não reservada especificamente à lei complementar pela Constituição Federal já que, neste ponto a previsão contida em lei complementar tem status de lei ordinária (é materialmente lei ordinária).

Deste modo, entendo que a condição estabelecida pelo artigo 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91, isto é, a cláusula ‘desde que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, esteja disponível à totalidade de empregados e dirigentes’ para que a contribuição do empregador a plano de previdência complementar não sofra incidência de contribuição previdenciária não é aplicável aos casos de previdência privada complementar em regime aberto coletivo, uma vez que legislação posterior (arts 68 e 69 c/c art. 26, §§ 2º e 3º, todos da Lei Complementar 109/2001 e transcritos acima) deixou de prever tal condição e, além disto, expressamente previu a possibilidade de o empregador contratar a previdência privada para grupos ou categorias específicas de empregados.

Por óbvio que tal faculdade não pode servir de propósito a transmutar remuneração ou prêmio em contribuição a previdência privada não tributável, aspecto que deve ser aferido considerando as circunstâncias fáticas do caso.

(...)

A meu ver, as exclusões de elegibilidade em questão se aplicam a categorias específicas de empregados, estando dentro dos limites da faculdade conferida ao empregador pelo art. 26, § 3º da Lei Complementar 109/2001, não constituindo discriminação ou escolha aleatória ou subjetiva de pessoas pelo empregador que pudesse transmutar a contribuição para a previdência privada em prêmio, mas eleição de uma ou mais classes ou categorias de empregados a serem beneficiados.”

Adicionalmente às razões de decidir supra reproduzidas, cumpre-se destacar que, na sessão de julgamento realizada em 4 de fevereiro de 2020, no julgamento do processo n.º 16327.721424/2012-19, envolvendo pessoa jurídica do mesmo grupo econômica da presente Contribuinte, este Colegiado, debruçando-se sobre os mesmos fatos daqueles ora em análise, concluiu pela procedência parcial do recurso voluntário interposto naqueles autos, cancelando-se o lançamento do crédito tributário em relação ao Plano de Previdência Privada Complementar Aberta. Referida decisão restou consolidada no Acórdão n.º 2402-008.107, nos seguintes termos, em síntese:

III.1 – Da Condição Constitucional Única

Sustenta o Recorrente 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 (grifo original)

Dessa forma, entende o Contribuinte que essa previsão constitucional equivale a verdadeira imunidade, na medida em que seu significado é claro: essa verba não pode 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.) (grifo original)

Prossegue afirmando que, tratando-se de verdadeira imunidade, sua interpretação deve ser ampla, inadmitindo-se quaisquer limitações por normas de inferior hierarquia à constitucional, razão pela qual, desde que as contribuições sejam vertidas para Planos de Previdência Privada estruturados e administrados por empresa que se dedica a essa atividade com o atendimento da legislação específica, não pode a fiscalização pretender que tais contribuições sejam consideradas pagamento de remuneração disfarçada, porque essa não é a sua natureza.

Como se vê, entende o Recorrente que, desde que as contribuições sejam vertidas para Planos de Previdência Privada estruturados e administrados por empresa que se dedica a essa atividade com o atendimento da legislação específica, não pode a fiscalização pretender que tais contribuições sejam consideradas pagamento de remuneração disfarçada.

Ocorre, entretanto, que, conforme mencionado pelo próprio Recorrente, o dispositivo constitucional em análise é expresso ao afirmar que não integram a remuneração dos participantes as contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada, nos termos da lei.

Trata-se, pois, de norma constitucional de eficácia limitada, a qual, como cediço, possui aplicabilidade mediata e indireta, uma vez que depende da emissão de uma normatividade futura. Ou seja, referida norma não produz, com a simples promulgação da Constituição, os seus efeitos essenciais, dependendo da regulamentação posterior que lhe entregue a eficácia, sendo qualificada, assim, como norma não autoaplicável.

Dessa forma, não há que se falar em “condição constitucional única para caracterizar a imunidade da verba paga a título de previdência privada complementar” quando o próprio texto constitucional limita a sua eficácia à regulamentação legal, razão pela qual, tal fundamento recursal, por si só, não merece prosperar.

III.2 – Do Plano de Previdência Privada Mantido pelo Recorrente: Plano Único com Benefícios Diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos

Neste ponto, destaca o Recorrente que a r. decisão recorrida, acatando a conclusão do I. Fiscal Autuante, afirma que "conforme se verifica dos autos, a Impugnante possui os seguintes planos de previdência privada:

- Plano II, assinado em 20/05/2000, com vigência a partir de 01/05/2000, o qual não tem restrição à elegibilidade, ou seja, todos os empregados e diretores do Banco Bradesco S.A., podem optar em participar do plano;
- Plano denominado PGBL - instituído pelo 6º Termo Aditivo, assinado em 30/07/1999, disponível apenas aos diretores estatutários, diretores técnicos e assessor da diretoria. No que toca à elegibilidade, a instituidora pode recusar unilateralmente a proposta de inscrição do participante;
- A empresa apresentou o 2º Termo Aditivo ao Contrato Previdenciário firmado entre Bradesco Vida e Previdência S/A e as empresas do Grupo Bradesco em 20/05/2000 (Plano II); (..)"

Entretanto, esclarece o Contribuinte que, como exaustivamente demonstrado na Impugnação apresentada, o Recorrente NÃO POSSUI DOIS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. Na verdade, atualmente, o Recorrente possui aberto UM ÚNICO PLANO (ao qual aderiu por meio do Termo de Adesão de Instituidora ao Plano II de 01.08.2001 - doc. 09 da Impugnação) 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, devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/01-23, o qual contempla 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, conforme 6º e 2º Termos Aditivos (docs. 06 e 08 da Impugnação).

De fato, analisando-se os documentos trazidos aos autos pelo Contribuinte, tem-se os seguintes instrumentos relativos ao Plano de Previdência Privada do Recorrente:

- a) Convênio de Adesão ao Plano I — de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresa, de 20/06/1985 (doc. 04 da Impugnação – fl. 232) 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 (doc. 05 da Impugnação – fl. 245), informando que em razão do fechamento do Contrato acima, em 1º de maio de 1999 decidiu-se implementar o 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) 6º 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 (doc. 06 da Impugnação – fl. 261), aplicável aos participantes investidos em cargo de 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 mesma;
- d) Contrato Previdenciário de 20.05.2000 (doc. 07 da Impugnação – fl. 269) 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 (ao qual se vincula o 6º Termo Aditivo), conforme pode-se depreender do Regulamento do Plano Gerador de Benefício Livre — PGBL, com Benefício por Morte

e Invalidez, devidamente aprovado pela SUSEP, ao qual o Recorrente aderiu em 01.08.2001;

e) 2º Termo Aditivo de 02.12.2008 ao contrato firmado com a Bradesco Vida e Previdência S.A. em 20.05.2000 (doc. 08 da Impugnação – fl. 290) prevendo contribuições voluntárias por parte do Recorrente e outras empresas do grupo aos participantes investidos em cargos de diretores, superintendentes executivos, superintendentes, gerentes, research sales Sr. E PI e economistas Sr, incluídos no Programa de Incentivo a Longo Prazo — ILP.

Como se vê, ao contrário do entendimento perflhado pela autoridade administrativa fiscal e corroborado pelo órgão julgador de primeira instância, o Recorrente mantém um único plano de previdência privada, extensivo a todos os funcionários e dirigentes (inclusive os diretores e superintendentes executivos), devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/01-23 (doc. 10 da Impugnação – fl. 297).

De fato, no caso em análise, a Fiscalização entendeu que os supramencionados Aditivos se tratam de planos de previdência privada complementar distintos do denominado Plano II e que, em razão de ambos Aditivos contemplarem a concessão de benefícios diferenciados para os funcionários neles eleitos como participantes, os mesmos não teriam suporte nas normas legais que disciplinam a matéria, em razão do que considerou que o valor das respectivas contribuições pagas pelo Recorrente para fazer frente aos referidos benefícios seria, na verdade, remuneração.

Foi nesse contexto, ressalte-se, que a Fiscalização desclassificou o aporte extraordinário (contribuição suplementar) feito pelo Recorrente à empresa de previdência privada em nome exclusivamente do funcionário Robert John Van Dijk em março de 2009 no valor de R\$ 312.970,00 (base de cálculo da contribuição lançada), bem como sua consideração como salário-de-contribuição.

Ocorre, entretanto, que, conforme já exposto linhas acima, não há que se falar, in casu, na existência de planos autônomos, sendo um (o Plano II) extensivo a todos empregados e diretores do banco e outro (considerado pela Fiscalização como o “PGBL, instituído pelo 6º Termo Aditivo”), disponível apenas para os diretores.

Há sim, em verdade, um plano único, com benefícios diferenciados para determinadas categorias de beneficiários, restando assim evidenciado que não houve violação a nenhuma norma legal que rege a previdência privada, tendo em vista que a legislação que rege a Previdência Privada não estabelece que os planos estipulem benefícios em valores idênticos a todos os empregados e dirigentes da empresa.

Neste espeque, impõe-se o provimento do recurso voluntário neste particular, com a consequente reforma da decisão de primeira instância neste ponto para cancelar o crédito tributário lançado no que tange à Previdência Privada Complementar.

Outrossim, ainda em relação ao Plano de Previdência Privada Complementar, a Contribuinte defende também que, ainda que se tratasse de plano autônomo, diferentemente do quanto alegado pelo I. Fiscal Autuante e pela r. decisão ora recorrida, também não teria havido violação à legislação previdenciária, quer porque o artigo 16 da Lei Complementar 109/2001 só é aplicável a planos de previdência privada fechada, quer porque o artigo 26, par. 3º da Lei Complementar nº 109/01, aplicável a planos de previdência privada aberta coletivo, que é o caso, admite expressamente que apenas uma ou mais categorias de empregados da mesma empresa sejam beneficiários desses planos, conforme será demonstrado a seguir e conforme já evidenciado na Impugnação apresentada e desconsiderado pela r. decisão recorrida.

(...)

III.4 – Das Demais Razões Recursais em relação ao Plano de Previdência Privada Complementar

(...)

Razão assiste ao Recorrente.

Com efeito, a Previdência Privada visa proporcionar a todos os beneficiários na inatividade remuneração integral ou o mais próximo possível daquela percebida quando em atividade, de modo a não acarretar uma sensível queda no padrão de vida do empregado/dirigente com o advento da aposentadoria. Enfim, o objetivo da aposentadoria complementar é minorar para os empregados (e para seus dependentes) os efeitos dos riscos sociais que os atingirão, no caso, a velhice, a doença e eventualmente a invalidez e a morte, e que darão origem à aposentadoria.

Se assim é, por óbvio esses planos devem oferecer aos dirigentes benefícios diferentes daqueles oferecidos aos demais empregados sob pena de em relação a esses a previdência privada não atingir seus objetivos.

E, de fato, a previdência complementar, como o próprio nome diz, por ser onerosa e facultativa, vocaciona-se a atender trabalhadores de níveis mais altos de remuneração que na ativa têm maior capacidade de poupança, e em relação aos quais a previdência oficial só assegura o recebimento na inatividade de uma pequena parcela da remuneração da ativa.

Tratando-se de Plano de Previdência na modalidade de Contribuição Variável é inerente a ele a possibilidade de as contribuições serem feitas em qualquer valor e a qualquer tempo, como consta do Regulamento do Plano e das normas abaixo transcritas:

10. Contribuição Variável - é a modalidade de plano onde o valor e a periodicidade de contribuição podem ser previamente estipulados, ficando facultado ao participante e/ou instituidora efetuar contribuições de qualquer valor, a qualquer tempo, observado o disposto no contrato.

A Resolução CNSP n.º 139/05, prevê em seu artigo 8º:

Art. 8º A cobertura por sobrevivência poderá ser estruturada nas seguintes modalidades:

I - Contribuição Variável: em que o valor e o prazo de pagamento das contribuições podem ser definidos previamente e o valor do benefício, pagável de uma única vez ou sob a forma de renda, por ocasião da sobrevivência do participante ao período de diferimento, é calculado com base no saldo acumulado da respectiva provisão matemática de benefícios a conceder e no fator de cálculo;

A Resolução CNSP n.º 6/97, posteriormente substituída pela Resolução CNSP n.º 139/05, dispunha:

Art. 4º - O valor e a periodicidade das contribuições poderão ser previamente estipulados.

Parágrafo Único — No caso de estipulação, fica facultado ao participante efetuar contribuições adicionais de qualquer valor, a qualquer tempo.

A Circular SUSEP n.º 183/02, posteriormente substituída pela Circular SUSEP n.º 338/07:

ANEXO I

Art. 1º O valor e a periodicidade das contribuições poderão ser estipulados na proposta de inscrição, sendo facultado ao participante efetuar pagamentos adicionais de qualquer valor, a qualquer tempo.

(..)

§ 3º Nos planos coletivos instituídos, no documento de cobrança deverão constar, de forma discriminada, os valores pagos pela pessoa jurídica e pelas pessoas físicas, quando for o caso.

Neste contexto, não se verifica infração às normas que regem a previdência complementar no procedimento adotado pelo Contribuinte, não podendo prosperar a pretensão fiscal de tributar tais contribuições só porque são efetuadas de forma variada, livre e unilateral.

Noutro giro, não podem ser invocados para desqualificar tais contribuições o fato de seus valores serem substanciais em relação aos salários dos dirigentes porque a legislação não estabelece limites de valor para as contribuições patronais.

Por fim, mas não menos importante, no que tange ao resgate realizado pelo empregado do Recorrente, legislação previdenciária cuida do resgate como um direito do participante, que poderá por ele ser exercido durante o prazo de diferimento após determinado prazo de carência observado determinado intervalo de tempo entre um resgate e outro.

Neste contexto, deve o recurso voluntário do Contribuinte ser provido neste particular também pelas razões acima expostas.

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido dar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior