Machado Meyer

IMPRENSA

ADVOGADOS LUTAM PARA QUE PLR NÃO SEJA TRIBUTADA

18 DE JANEIRO DE 2009

Por Alessandro Cristo Mesmo sem motivos concretos, os advogados tributaristas ainda não perderam a esperança de livrar as empresas de pagar contribuição previdenciária sobre a participação dos funcionários nos lucros no período de 1988 a 1994. Depois de decisão desfavorável da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, eles torcem agora para que o caso chegue ao Plenário. O otimismo é alimentado pela votação apertada na 1ª Turma: três ministros votaram a favor da contribuição e dois, contra. A discussão em torno do tema vem desde a promulgação da Constituição Federal que, em seu inciso XI do artigo 7º, imunizou a participação nos lucros e resultados (PLR) de encargos sociais a serem recolhidos à Previdência. O fundamento é que a verba não está vinculada à remuneração por ser uma forma de incentivo à produtividade e não pagamento pelo trabalho. Embora a desvinculação das remunerações seja expressa, a menção "conforme definido em lei" no dispositivo constitucional levou o fisco a interpretar a imunidade como dependente de regulamentação por lei ordinária. A norma faltante só veio em 1994, com a edição da Medida Provisória 794 — convertida na Lei 10.101 em 2000 —, que disciplinou o procedimento, mas deixou seis anos de encargos para serem resolvidos na Justiça. Os ministros analisaram o caso pela primeira vez de forma colegiada em um recurso levado no ano passado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional contra a antiga Companhia Vale do Rio Doce — hoje, Vale. A decisão foi dada em votação apertada pela 1ª Turma em setembro, no julgamento do Recurso Extraordinário 398.284-2 do Rio de Janeiro. Por três votos a dois, os ministros entenderam que a previsão constitucional de imunidade exigia uma lei para regulamentar e que todos os pagamentos de PLR feitos pela Vale entre 1988 e 1994 deveriam ter sido acompanhados dos recolhimentos previdenciários respectivos à empresa e aos funcionários. O resultado também implica multas pela ausência de dados das remunerações nas guias de informação ao INSS. A empresa já havia conseguido vitórias nas primeiras instâncias, mas saiu do STF perdedora. A esperança que agora resta aos advogados é que o assunto chegue ao Pleno. Uma divergência entre as turmas bastaria, mas ainda não há julgados da 2ª Turma a respeito. Por isso, o caminho esperado é que um dos ministros da 1ª Turma leve o caso ao Plenário, já que a votação do recurso da Vale mostrou opiniões diversas entre eles. "Todos os casos em que o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento contrário foram levados ao Pleno", pondera o tributarista Marco Antônio Behrndt, do escritório Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, que defende clientes em dez casos discutindo valores de mais de R$ 1 milhão cada um. No STJ, decisões dadas pelas duas turmas da 3ª Seção — responsável pela análise de matérias previdenciárias — foram favoráveis às empresas, como nos recursos especiais 675.433, 698.810, 283.512 e 381.834. Os ministros do STJ seguem entendimento de que a imunidade prevista na Constituição não depende de lei, salvo no que se refere à forma de acerto dos pagamentos de PLR aos empregados. "A lei poderia dar parâmetros para se formatar um programa, mas jamais dispor sobre o conceito de participação nos lucros. A oposição da Previdência desencorajou muitas empresas a pagar os benefícios na época", afirma Behrndt. O advogado LuisRodrigues Kerbauy, sócio do Wagner Balera e Advogados Associados, concorda. "A Lei da Previdência [a Lei 8.212/91] também confirmou a exclusão da participação nos lucros do conceito de remuneração para incidência de contribuição previdenciária", diz, fazendo referência à alínea j, parágrafo 9º, do artigo 28 da lei. Caso o assunto chegue ao Plenário do STF, porém, os contribuintes terão que ultrapassar uma jurisprudência ainda escassa, mas já favorável ao fisco. Decisões monocráticas dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau foram contrárias à tese das empresas. "A participação nos lucros somente pode ser considerada 'desvinculada da remuneração' após a edição da citada Medida Provisória. Portanto, verifica-se ser possível a cobrança de contribuição previdenciária antes da regulamentação do dispositivo constitucional, pois integrava a remuneração", afirmou o presidente do Supremo, Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Extraordinário 380.636, em 2005. Ao analisar o RE 477.595, em 2006, o ministro Eros Grau completou o raciocínio: "Embora o artigo 7º, inciso XI, da Constituição de 1988, assegure o direito dos empregados àquela participação e desvincule essa parcela da remuneração, o seu exercício não prescinde de lei disciplinadora que defina o modo e os limites de sua participação, bem como o caráter jurídico desse benefício, seja para fins tributários, seja para fins de incidência de contribuição previdenciária". Eros Grau manteve o entendimento já mostrado no julgamento do RE 351.506 um ano antes. O fisco, no entanto, considera fracas as chances de o assunto subir ao Plenário. "Não está havendo movimentação na 2ª Turma e o caso foi resolvido pela 1ª", diz Cláudio Xavier Seefelder Filho, coordenador-geral da representação judicial da PGFN. "Se o assunto fosse polêmico, o Pleno já teria sido afetado", explica. Além disso, segundo Seefelder, no julgamento, os ministros citaram precedentes da própria corte, dadas nas decisões monocráticas anteriores, mostrando uma tendência. "As decisões monocráticas se basearam equivocadamente em considerações feitas nas análises de mandados de injunção que sequer foram julgados", rebate Behrndt. O caso passou pela corte durante a análise dos Mandados de Injunção 426 e 102, mas os ministros acabaram julgando os processos prejudicados por terem chegado ao Pleno depois que a MP 794/94 já havia entrado em vigor. Decisão apertada O caso da Vale, julgado pela 1ª Turma no ano passado, foi a primeira oportunidade que o Supremo teve de ouvir sustentações orais a respeito do assunto, que causaram debates na corte. No entendimento do relator do caso, ministro Menezes Direito, o fato de a bonificação ser desvinculada da remuneração não quer dizer que será isenta de contribuição previdenciária, embora a MP 794 tenha, mais tarde, especificado a imunidade. Assim também votaram os ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia. "Não posso potencializar a expressão 'desvinculada da remuneração' a ponto de entender que se

tem parcela imune à atuação do legislador ordinário quanto à incidência dos tributos", disse Marco Aurélio na sessão. "Em última análise, é contraprestação pelo trabalho desenvolvido", completou. Porém, para o ministro Carlos Britto, a desvinculação da participação nos lucros em relação às remunerações teve o objetivo de tirar as verbas do escopo do parágrafo 11, do artigo 201, da Constituição, que prevê o recolhimento de encargos sobre salários. Britto também lembrou que o parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição, diz que os direitos e garantias fundamentais — como os do artigo 7º, onde a imunidade se baseia — têm aplicação imediata, ou seja, não dependem de regulamentação para começar a vigorar. Para o ministro Lewandowski, que iniciou a divergência, uma norma posterior à Constituição não poderia mais revogar essa separação das remunerações. "A empresa antecipou-se à lei, demonstrou elevada sensibilidade social e não pode ser agora punida com uma cobrança retroativa da contribuição social", afirmou. "Toda norma constitucional, seja qual for a sua natureza, tem sempre o mínimo de eficácia." Carlos Britto lembrou também que a necessidade de regulamentação pode ser interpretada como referente apenas ao segundo trecho do inciso XI. Diz o texto ser direito dos trabalhadores a "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei". Assim, somente a "participação na gestão da empresa" é que dependeria de regulamentação, segundo a interpretação. Procurado pela Consultor Jurídico, o escritório Siqueira Castro – Advogados, que defende a Vale no processo, informou, por meio da sua assessoria de imprensa, que não poderia falar sobre o assunto. Duas frentes O embate entre fisco e empresas quanto à incidência da contribuição nos PLR não terminou com a edição da MP regulamentadora. Como as regras definidas pela MP, convertida em lei em 2000, não estabeleceram critérios específicos a serem seguidos nos acordos entre empresas e empregados, frequentemente a Previdência desconsidera a > A definição dessa regras pela Lei 10.101/00, porém, não vai muito além da exigência de que sejam "claras e objetivas". Os preceitos mínimos impostos pelos enxutos oito artigos da norma são de que os acordos prévios entre empresas e empregados sejam celebrados sob o acompanhamento do sindicato dos trabalhadores e que as verbas não sejam pagas por mais de duas vezes a cada ano, para evitar que empregadores maquiem remunerações e fujam dos encargos. As negociações devem ser feitas por meio de convenção ou acordo coletivo ou por uma comissão escolhida pela empresa e pelos empregados, com a participação de um representante sindical. Os critérios para a distribuição da parcela dos lucros destinada aos funcionários podem passar por índices de produtividade e cumprimento de metas, mas isso não é obrigatório. A Previdência tem usado o argumento da falta de clareza para arbitrar o limite de critérios de quanto cada funcionário pode receber, como afirma o tributarista Marco Antônio Behrndt. Mais de dez autuações — algumas em torno de R$ 10 milhões — já foram contestadas pelo advogado desde 2006 e aguardam manifestação do Conselho de Contribuintes, o tribunal administrativo da Receita Federal. "Esses critérios para distribuição do PLR foram outorgados, por lei, ao sindicato e à empresa, restando ao fisco somente observar a periodicidade dos pagamentos e a participação de representantes sindicais", diz. Segundo ele, quando a Previdência não entende as fórmulas usadas nos cálculos, autua imediatamente a empresa por remunerar empregados sem recolher contribuições, embora a Lei 10.101 não preveja punições. "Autos de infração de valores altíssimos mostram que o INSS descobriu nessas verbas um nicho para arrecadação. A impressão é que há ordem interna no órgão de direcionar as fiscalizações para esses contribuintes", afirma. Em um dos poucos casos que já chegaram à Justiça, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu razão às empresas. A malharia Malwee conseguiu acórdão favorável da 2ª Turma da corte em uma causa de R$ 13,8 milhões, julgada em julho de 2007 — a Apelação Cível 2006.72.09.002085-3, de Santa Catarina. Os desembargadores entenderam que a legislação não dispunha sobre a forma como o PLR seria pago, função que cabia à comissão criada pela empresa e seus empregados. "Não invalida a convenção o fato de prever que 50% do montante de lucros distribuídos aos empregados independeria do atingimento dos objetivos nela previstos. A garantia constitucional de participação dos trabalhadores nos resultados da empresa não foi instituída com a finalidade de induzir o incremento dos lucros do empregador", afirmaram os julgadores no acórdão. Caso semelhante enfrenta o advogado Luis Rodrigues Kerbauy, sócio do Wagner Balera e Advogados. Ele defende uma empresa autuada em nada menos que R$ 150 milhões porque o acordo assinado entre ela e seus empregados foi sumetido apenas posteriormente ao sindicato — que, contudo, o aprovou, como já havia feito nas versões de anos anteriores do mesmo documento. A autuação incluiu contribuições e multas do período de 1997 a 2005 e teve sentença favorável ao fisco, já recorrida. "Há situações em que o INSS chega a exigir que os acordos sejam firmados ao mesmo tempo por convenção coletiva e por comissão nomeada pelas partes, quando a lei determina que seja escolhida apenas uma das opções", afirma Kerbauy. O advogado defende um cliente na Justiça e dois em âmbito ainda administrativo, mas já examinou pelo menos 15 acordos dessa natureza. "É difícil para uma empresa construir um critério de avaliação inatacável, já que, mesmo havendo critérios objetivos, eles sempre passarão pela avaliação subjetiva do fisco", lamenta. Segundo a PGFN, o caso é recente e não chegou aos tribunais superiores. O coordenador-geral da representação judicial da procuradoria, Cláudio Xavier Seefelder Filho, afirmou ainda não poder comentar sobre as disputas. (Alessandro Cristo é repórter da revista Consultor Jurídico) (Consultor Jurídico 18.01.2009) (Notícia na íntegra) Por Alessandro Cristo

Mesmo sem motivos concretos, os advogados tributaristas ainda não perderam a esperança de livrar as empresas de pagar contribuição previdenciária sobre a participação dos funcionários nos lucros no período de 1988 a 1994. Depois de decisão desfavorável da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, eles torcem agora para que o caso chegue ao Plenário. O otimismo é alimentado pela votação apertada na 1ª Turma: três ministros votaram a favor da contribuição e dois, contra.

A discussão em torno do tema vem desde a promulgação da Constituição Federal que, em seu inciso XI do artigo 7º, imunizou a participação nos lucros e resultados (PLR) de encargos sociais a serem recolhidos à Previdência. O fundamento é que a verba não está vinculada à remuneração por ser uma forma de incentivo à produtividade e não pagamento pelo trabalho. Embora a desvinculação das remunerações seja expressa, a menção "conforme definido em lei" no dispositivo constitucional levou o fisco a interpretar a imunidade como dependente de regulamentação por lei ordinária. A norma faltante só veio em 1994, com a edição da Medida Provisória 794 — convertida na Lei 10.101 em 2000 —, que disciplinou o procedimento, mas deixou seis anos de encargos para serem resolvidos na Justiça.

Os ministros analisaram o caso pela primeira vez de forma colegiada em um recurso levado no ano passado pela

Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional contra a antiga Companhia Vale do Rio Doce — hoje, Vale. A decisão foi dada em votação apertada pela 1ª Turma em setembro, no julgamento do Recurso Extraordinário 398.284-2 do Rio de Janeiro. Por três votos a dois, os ministros entenderam que a previsão constitucional de imunidade exigia uma lei para regulamentar e que todos os pagamentos de PLR feitos pela Vale entre 1988 e 1994 deveriam ter sido acompanhados dos recolhimentos previdenciários respectivos à empresa e aos funcionários. O resultado também implica multas pela ausência de dados das remunerações nas guias de informação ao INSS. A empresa já havia conseguido vitórias nas primeiras instâncias, mas saiu do STF perdedora.

A esperança que agora resta aos advogados é que o assunto chegue ao Pleno. Uma divergência entre as turmas bastaria, mas ainda não há julgados da 2ª Turma a respeito. Por isso, o caminho esperado é que um dos ministros da 1ª Turma leve o caso ao Plenário, já que a votação do recurso da Vale mostrou opiniões diversas entre eles. "Todos os casos em que o Superior Tribunal de Justiça tinha entendimento contrário foram levados ao Pleno", pondera o tributarista **Marco Antônio Behrndt**, do escritório **Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados**, que defende clientes em dez casos discutindo valores de mais de R$ 1 milhão cada um. No STJ, decisões dadas pelas duas turmas da 3ª Seção — responsável pela análise de matérias previdenciárias — foram favoráveis às empresas, como nos recursos especiais 675.433, 698.810, 283.512 e 381.834. Os ministros do STJ seguem entendimento de que a imunidade prevista na Constituição não depende de lei, salvo no que se refere à forma de acerto dos pagamentos de PLR aos empregados.

"A lei poderia dar parâmetros para se formatar um programa, mas jamais dispor sobre o conceito de participação nos lucros. A oposição da Previdência desencorajou muitas empresas a pagar os benefícios na época", afirma **Behrndt**. O advogado LuisRodrigues Kerbauy, sócio do Wagner Balera e Advogados Associados, concorda. "A Lei da Previdência [a Lei 8.212/91] também confirmou a exclusão da participação nos lucros do conceito de remuneração para incidência de contribuição previdenciária", diz, fazendo referência à alínea *j*, parágrafo 9º, do artigo 28 da lei.

Caso o assunto chegue ao Plenário do STF, porém, os contribuintes terão que ultrapassar uma jurisprudência ainda escassa, mas já favorável ao fisco. Decisões monocráticas dos ministros Gilmar Mendes e Eros Grau foram contrárias à tese das empresas. "A participação nos lucros somente pode ser considerada 'desvinculada da remuneração' após a edição da citada Medida Provisória. Portanto, verifica-se ser possível a cobrança de contribuição previdenciária antes da regulamentação do dispositivo constitucional, pois integrava a remuneração", afirmou o presidente do Supremo, Gilmar Mendes, ao julgar o Recurso Extraordinário 380.636, em 2005. Ao analisar o RE 477.595, em 2006, o ministro Eros Grau completou o raciocínio: "Embora o artigo 7º, inciso XI, da Constituição de 1988, assegure o direito dos empregados àquela participação e desvincule essa parcela da remuneração, o seu exercício não prescinde de lei disciplinadora que defina o modo e os limites de sua participação, bem como o caráter jurídico desse benefício, seja para fins tributários, seja para fins de incidência de contribuição previdenciária". Eros Grau manteve o entendimento já mostrado no julgamento do RE 351.506 um ano antes.

O fisco, no entanto, considera fracas as chances de o assunto subir ao Plenário. "Não está havendo movimentação na 2ª Turma e o caso foi resolvido pela 1ª", diz Cláudio Xavier Seefelder Filho, coordenador-geral da representação judicial da PGFN. "Se o assunto fosse polêmico, o Pleno já teria sido afetado", explica. Além disso, segundo Seefelder, no julgamento, os ministros citaram precedentes da própria corte, dadas nas decisões monocráticas anteriores, mostrando uma tendência.

"As decisões monocráticas se basearam equivocadamente em considerações feitas nas análises de mandados de injunção que sequer foram julgados", rebate **Behrndt**. O caso passou pela corte durante a análise dos Mandados de Injunção 426 e 102, mas os ministros acabaram julgando os processos prejudicados por terem chegado ao Pleno depois que a MP 794/94 já havia entrado em vigor.

Decisão apertada

O caso da Vale, julgado pela 1ª Turma no ano passado, foi a primeira oportunidade que o Supremo teve de ouvir sustentações orais a respeito do assunto, que causaram debates na corte. No entendimento do relator do caso, ministro Menezes Direito, o fato de a bonificação ser desvinculada da remuneração não quer dizer que será isenta de contribuição previdenciária, embora a MP 794 tenha, mais tarde, especificado a imunidade. Assim também votaram os ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia. "Não posso potencializar a expressão 'desvinculada da remuneração' a ponto de entender que se tem parcela imune à atuação do legislador ordinário quanto à incidência dos tributos", disse Marco Aurélio na sessão. "Em última análise, é contraprestação pelo trabalho desenvolvido", completou.

Porém, para o ministro Carlos Britto, a desvinculação da participação nos lucros em relação às remunerações teve o objetivo de tirar as verbas do escopo do parágrafo 11, do artigo 201, da Constituição, que prevê o recolhimento de encargos sobre salários. Britto também lembrou que o parágrafo 1º, do artigo 5º, da Constituição, diz que os direitos e garantias fundamentais — como os do artigo 7º, onde a imunidade se baseia — têm aplicação imediata, ou seja, não dependem de regulamentação para começar a vigorar.

Para o ministro Lewandowski, que iniciou a divergência, uma norma posterior à Constituição não poderia mais revogar essa separação das remunerações. "A empresa antecipou-se à lei, demonstrou elevada sensibilidade social e não pode ser agora punida com uma cobrança retroativa da contribuição social", afirmou. "Toda norma constitucional, seja qual for a sua natureza, tem sempre o mínimo de eficácia."

Carlos Britto lembrou também que a necessidade de regulamentação pode ser interpretada como referente apenas ao segundo trecho do inciso XI. Diz o texto ser direito dos trabalhadores a "participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e*, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme*

definido em lei". Assim, somente a "participação na gestão da empresa" é que dependeria de regulamentação, segundo a interpretação.

Procurado pela Consultor Jurídico, o escritório Siqueira Castro – Advogados, que defende a Vale no processo, informou, por meio da sua assessoria de imprensa, que não poderia falar sobre o assunto.

Duas frentes

O embate entre fisco e empresas quanto à incidência da contribuição nos PLR não terminou com a edição da MP regulamentadora. Como as regras definidas pela MP, convertida em lei em 2000, não estabeleceram critérios específicos a serem seguidos nos acordos entre empresas e empregados, frequentemente a Previdência desconsidera a >

A definição dessa regras pela Lei 10.101/00, porém, não vai muito além da exigência de que sejam "claras e objetivas". Os preceitos mínimos impostos pelos enxutos oito artigos da norma são de que os acordos prévios entre empresas e empregados sejam celebrados sob o acompanhamento do sindicato dos trabalhadores e que as verbas não sejam pagas por mais de duas vezes a cada ano, para evitar que empregadores maquiem remunerações e fujam dos encargos. As negociações devem ser feitas por meio de convenção ou acordo coletivo ou por uma comissão escolhida pela empresa e pelos empregados, com a participação de um representante sindical. Os critérios para a distribuição da parcela dos lucros destinada aos funcionários podem passar por índices de produtividade e cumprimento de metas, mas isso não é obrigatório.

A Previdência tem usado o argumento da falta de clareza para arbitrar o limite de critérios de quanto cada funcionário pode receber, como afirma o tributarista **Marco Antônio Behrndt**. Mais de dez autuações — algumas em torno de R$ 10 milhões — já foram contestadas pelo advogado desde 2006 e aguardam manifestação do Conselho de Contribuintes, o tribunal administrativo da Receita Federal. "Esses critérios para distribuição do PLR foram outorgados, por lei, ao sindicato e à empresa, restando ao fisco somente observar a periodicidade dos pagamentos e a participação de representantes sindicais", diz. Segundo ele, quando a Previdência não entende as fórmulas usadas nos cálculos, autua imediatamente a empresa por remunerar empregados sem recolher contribuições, embora a Lei 10.101 não preveja punições. "Autos de infração de valores altíssimos mostram que o INSS descobriu nessas verbas um nicho para arrecadação. A impressão é que há ordem interna no órgão de direcionar as fiscalizações para esses contribuintes", afirma.

Em um dos poucos casos que já chegaram à Justiça, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região deu razão às empresas. A malharia Malwee conseguiu acórdão favorável da 2ª Turma da corte em uma causa de R$ 13,8 milhões, julgada em julho de 2007 — a Apelação Cível 2006.72.09.002085-3, de Santa Catarina. Os desembargadores entenderam que a legislação não dispunha sobre a forma como o PLR seria pago, função que cabia à comissão criada pela empresa e seus empregados. "Não invalida a convenção o fato de prever que 50% do montante de lucros distribuídos aos empregados independeria do atingimento dos objetivos nela previstos. A garantia constitucional de participação dos trabalhadores nos resultados da empresa não foi instituída com a finalidade de induzir o incremento dos lucros do empregador", afirmaram os julgadores no acórdão.

Caso semelhante enfrenta o advogado Luis Rodrigues Kerbauy, sócio do Wagner Balera e Advogados. Ele defende uma empresa autuada em nada menos que R$ 150 milhões porque o acordo assinado entre ela e seus empregados foi sumetido apenas posteriormente ao sindicato — que, contudo, o aprovou, como já havia feito nas versões de anos anteriores do mesmo documento. A autuação incluiu contribuições e multas do período de 1997 a 2005 e teve sentença favorável ao fisco, já recorrida.

"Há situações em que o INSS chega a exigir que os acordos sejam firmados ao mesmo tempo por convenção coletiva e por comissão nomeada pelas partes, quando a lei determina que seja escolhida apenas uma das opções", afirma Kerbauy. O advogado defende um cliente na Justiça e dois em âmbito ainda administrativo, mas já examinou pelo menos 15 acordos dessa natureza. "É difícil para uma empresa construir um critério de avaliação inatacável, já que, mesmo havendo critérios objetivos, eles sempre passarão pela avaliação subjetiva do fisco", lamenta.

Segundo a PGFN, o caso é recente e não chegou aos tribunais superiores. O coordenador-geral da representação judicial da procuradoria, Cláudio Xavier Seefelder Filho, afirmou ainda não poder comentar sobre as disputas.

(Alessandro Cristo é repórter da revista **Consultor Jurídico)**

(Consultor Jurídico 18.01.2009)

(Notícia na íntegra)