



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720053/2015-92
Recurso Especial do Contribuinte
Acórdão nº **9101-004.657 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 16 de janeiro de 2020
Recorrente BANCO BRADESCO S.A.
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2010, 2011

FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA.

Após o encerramento do período de apuração, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, sendo cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art.9º, da Lei nº 10.426, de 2002, mantida pela Lei nº 11.488, de 2007, ainda que os rendimentos tenham sido submetidos à tributação no ajuste.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE (IRRF)

Ano-calendário: 2010, 2011

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CARACTERIZAÇÃO DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Após o advento da Lei Complementar nº 109, de 2001, somente no regime fechado a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes à determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio. Integram a remuneração e se sujeitam à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial e, no mérito, por voto de qualidade, em negar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Lívia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), que lhe deram provimento. Votou pelas conclusões a

conselheira Livia De Carli Germano, a qual manifestou intenção de apresentar declaração de voto. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Viviane Vidal Wagner.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa - Relatora

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner – Redatora Designada

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Livia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo originado por Auto de Infração de multa pela falta de retenção de Imposto de Renda na Fonte (IRFONTE) quanto ao período de 2010 e 2011. Consta do Termo de Verificação Fiscal a justificativa para o lançamento, destacando-se trechos a seguir (fls. 3):

A natureza remuneratória dos valores aportados ao “plano de previdência privada” PGBL Empresarial fica evidenciada quando se verifica que as “contribuições” eram definidas e alteradas pelo Conselho de Administração, de forma unilateral levando em consideração os resultados apurados nos segmentos de negócios, bem assim a alta qualificação, o tempo de serviço e o desempenho dos beneficiários, como declarou o contribuinte em sua resposta. Ressalte-se que o contrato do PGBL-Empresarial é omissivo quanto ao valor da contribuição da Instituidora limitando-se a afirmar que este fará contribuições mensais ao PGBL conforme Item 3.3.1. do Termo Aditivo 5-PGBL Empresarial. (...)

A partir dessa constatação, esta fiscalização verificou nas DIRFs resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL – EMPRESARIAL, via de regra, em janeiro (...)

Por outro lado, o STJ já manifestou seu entendimento sobre resgate dos valores pagos pelo patrocinador através da Súmula 290 : “Súmula 290 – Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador”. (...)

Pela resposta do contribuinte conclui-se que todos os beneficiários do PGBL Empresarial podem resgatar qualquer valor, em qualquer momento, somente observada a legislação em vigor e prazo de carência. Ou seja, qualquer aporte do Instituidor na Conta do Participante este valor já passa a integrar o patrimônio (...)

O direito ao resgate no PGBL Empresarial da forma que está estipulada não é uma imposição legal, é uma forma do Banco Bradesco S/A garantir ao beneficiário que o valor aportado pelo contribuinte em sua Conta Reserva imediatamente integre seu patrimônio sem qualquer condição, pois os aportes estão inseridos na política remuneratória do contribuinte. Entendimento contrário, seriam ilegais as cláusulas de resgate estipuladas nos contratos Previdenciários extensivos a todos empregados e administradores, que não é o caso conforme sumulado pelo próprio STJ. (...)

9. Conclusão:

A natureza remuneratória do PGBL Empresarial, conforme demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal, fica caracterizada :

- Pelos aportes suplementares em valores substanciais que estão inseridos na política e diretriz traçada pela CIA em relação a remuneração de seus administradores e altos funcionários. A remuneração dos administradores, incluído o PGBL Empresarial, é recomendado pelo Comitê de Remuneração, Conselho de Administração e ratificadas na Assembléia Geral, de forma antecipada e unilateral, levando em consideração resultados apurados nos segmentos de negócio e a necessidade de reter talentos num mercado competitivo, conforme expresso nos Atos societários da CIA e nas respostas do contribuinte;

- Pelo regulamento do PGBL Empresarial que não prevê regras claras em relação as contribuições do patrocinador. Conforme Doc. 19 em anexo o Conselho de Administração aprova a forma de distribuição dos aportes extraordinários cujos valores são aprovados em Assembléia da CIA.

- Pelos resgates significativos autorizados pelo contribuinte sem qualquer finalidade previdenciária como demonstrado neste TVF;

- Pelo fato das contribuições feitas ao PGBL Empresarial não ter a finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, visto que vários participantes estão em gozo de benefícios e continuam a receber os aportes suplementares da instituidora;

Dessa forma, o PGBL Empresarial se afasta dos dispositivos da Lei Complementar 109/00:

a) em seu artigo 2º a LC 109/01 que estabelece que o regime de previdência complementar tem por objetivo instituir planos de benefício de caráter previdenciário;

b) em seu artigo 10 a LC 109/01 estipula que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo dos aportes pela Instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, o que não acontece no regulamento do PGBL Empresarial;

c) O artigo 69 e parágrafo 1º da LC 109/01 prevê a não incidência de tributação e contribuições de qualquer natureza para custeio dos planos de benefício de natureza previdenciária, que como foi demonstrado, não é o caso do PGBL Empresarial instituído pelo contribuinte. (...)

12.- Valores Tributáveis

Os valores tributáveis são aqueles referentes aos aportes suplementares realizados pelo Banco Bradesco S/A aos seus administradores e empregados no mês dos efetivos pagamentos. Sobre estes valores deve ser aplicada a multa isolada à proporção de 75% sobre o IRRF que deixou de ser retido pela empresa.

O contribuinte apresentou impugnação administrativa (fls. 1247), decidindo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis por julgar procedente o lançamento (fls. 1483):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CARACTERIZAÇÃO DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Após o advento da Lei Complementar n.º 109, de 2001, somente no regime fechado a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes à determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio.

Integram a remuneração e se sujeitam à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO SOBRE PAGAMENTOS EFETUADOS A PESSOAS FÍSICAS. MULTA ISOLADA.

Verificada a falta de retenção do imposto de renda na fonte após a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de beneficiário pessoa física, será exigida da fonte pagadora a multa de ofício isolada

O contribuinte apresentou recurso voluntário (fls. 1.528), devidamente contrarrazoado pela Procuradoria (fls. 1626). A 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Segunda Seção decidiu por negar provimento ao recurso (acórdão **2202-004.726**), destacando-se ementa do acórdão:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA.

Encerrado o prazo para entrega da declaração de pessoa física, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9º, da Lei n.º 10.426/02, com a redação dada pela Lei n.º 11.488/07, tendo ou não os rendimentos sido submetidos à tributação no ajuste.

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CARACTERIZAÇÃO DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Após o advento da Lei Complementar n.º 109, de 2001, somente no regime fechado a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes à determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio. Integram a remuneração e se sujeitam à incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

O contribuinte foi intimado em 29/10/2018 (fls. 1701), que interpôs recurso especial em 13/11/2018 (fls. 1.703). No recurso qual alega divergência na interpretação a respeito das seguintes matérias:

- (i) Não incidência da **multa isolada exigida pela falta de retenção de IRFONTE** sobre valores destinados à Previdência Privada de empregados e administradores, com os paradigmas **9202-001.886**;

- (ii) Quanto à **natureza previdenciária dos aportes** efetuados, indicando o acórdãos paradigmas **2403-002.310** e **2803-003.710**;
- (iii) A **incompetência da Receita Federal do Brasil para atribuir natureza remuneratória ao aporte** efetuado no âmbito de contrato aprovado pela SUSEP, o que divergiria do entendimento manifestado no acórdão paradigma **9101-002.581**.

O recurso especial foi admitido pelo Presidente da 1ª Seção quanto às duas primeiras matérias. O contribuinte foi intimado desta decisão em 7/5/2019 (fls. 1820), sem que tenha apresentado agravo.

A Procuradoria apresentou contrarrazões ao recurso especial (fls. 1835), no mérito, pleiteando a manutenção do acórdão recorrido.

É o Relatório.

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Adoto as razões do Presidente de Câmara para conhecimento do recurso especial do contribuinte. Passo à análise do mérito.

Competência da 1ª Seção de Julgamento

Inicialmente pondero que a competência para julgamento foi definida para a Primeira Seção de Julgamento do CARF, nos termos da Portaria CARF n.º 146, de 12 de dezembro de 2018:

A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015, e visando à adequação do acervo e à celeridade de sua tramitação, resolve:

Art. 1º Estender temporariamente à 1ª (primeira) Seção de Julgamento a especialização estabelecida no artigo 3º, inciso II, do Anexo II, do RICARF, e respectivas penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, quando o requerente do direito creditório ou o sujeito passivo do lançamento for pessoa jurídica, inclusive quando o litígio envolver esse tributo e outras matérias que se incluam na competência das demais Seções.

§ 1º A competência atribuída à 1ª (primeira) Seção de Julgamento e à 1ª (primeira) Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais para processar e julgar os recursos de sua alçada, que versem sobre a aplicação da legislação do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) especificada no caput, aplica-se, exclusivamente, aos processos ainda não sorteados na instância.

§ 2º No caso de retorno de diligência e embargos, o processo permanecerá na Seção de origem para julgamento.

§ 3º O exame de admissibilidade dos recursos especiais pendentes ao tempo da publicação desta Portaria, relativamente aos processos que versem sobre a matéria de que trata o caput, será realizado pelo Presidente da 1ª Seção ou seu substituto.

Assim, passo à análise do mérito.

Mérito

O contribuinte recorreu a esta Turma da CSRF para análise de duas matérias admitidas pelo Presidente de Câmara (i) Não incidência da multa isolada exigida pela falta de retenção de IRFONTE sobre valores destinados à Previdência Privada de empregados e administradores; (ii) natureza previdenciária dos aportes efetuados.

Mérito – Não incidência de multa isolada

A Lei n.º 10.426/2002 prevê seu artigo 9º, com redação conferida pela Lei n.º 11.488/2007 (vigente ao tempo dos fatos analisados nestes autos):

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

O artigo 44, I tinha a seguinte redação ao tempo dos fatos em discussão no processo, apenas vinculando a exigência da multa sobre a diferença do imposto:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Vide Lei nº 10.892, de 2004) (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004)
(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

A multa isolada, prevista no inciso II, do artigo 44, esteve prevista no artigo 9º, da Lei nº 10.426, em redação anterior a 2007, verbis:

Art. 9º Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

É o teor do artigo 44, vigente antes da Medida Provisória 351/2007, convertida na Lei nº 11.488/2007:

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Vide Lei nº 10.892, de 2004)
(Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Antes da Lei nº 11.488/2007, o artigo 9º previa os incisos I (75% de ofício) e II (150% multa da ofício). Com a Lei nº 11.488/2007, passou a prever apenas o inciso I (75%), duplicada na forma do §1º (150%).

O contribuinte suscita que não deveria ser exigida a multa isolada sobre IRFonte, eis que após o prazo para entrega da declaração de ajuste pela pessoa física, pois a multa tratada pelo inciso I, do artigo 44, sempre deveria ser cobrada conjuntamente com o imposto devido.

Nesse ponto, o recurso especial merece provimento.

O IRFonte tratado nos autos seria antecipação do imposto devido pela pessoa física.

Conforme entendimento consolidado na Súmula CARF 12, é legítima a exigência de **imposto de renda** – quanto constatada omissão de rendimentos - diretamente da pessoa física, ainda que a fonte não tenha procedido à retenção, *verbis*:

Súmula CARF nº 12

Constatada a omissão de rendimentos sujeitos à incidência do imposto de renda na declaração de ajuste anual, é legítima a constituição do crédito tributário na pessoa física do beneficiário, ainda que a fonte pagadora não tenha procedido à respectiva retenção. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).

Considerando a legitimidade de cobrança do IRPF diretamente do beneficiário do rendimento (pessoa física), não se sustenta a exigência do IRFONTE da pessoa jurídica (pagadora) após o prazo para apresentação do prazo para DIPF.

Nesse sentido, pronunciou-se a 2ª Turma em precedente que é acórdão paradigma indicado pelo contribuinte (**9202-001.886**):

Na hipótese, tem-se que a Lei nº 11.488/2007 deu nova redação ao artigo 9º da Lei nº 10.426/2002, que antes previa a aplicabilidade das multas previstas nos incisos I e II da Lei nº 9.430/96, no caso da fonte pagadora que, obrigada a reter tributo ou contribuição, deixa de fazê-lo ou de recolhê-los, ou os recolhe fora do respectivo prazo.

Com a redação determinada pela Lei nº 11.488/2007, a multa prevista no inciso II da Lei nº 9.430/96 deixou de ser, expressamente, aplicável ao caso. Pois bem, inequívoco o tratamento mais benigno conferido pela Lei nº 11.488/2007, à fonte pagadora do IRRF. E, em se tratando de ato não definitivamente julgado, indubitável, também, a necessária incidência da norma prevista no artigo 106 do CTN, sob pena de se negar a aplicação do princípio da retroatividade da norma penal tributária mais benigna.

Por outro lado, relativamente à multa prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, entendeu-se, no acórdão recorrido, que, conforme entendimento da própria autoridade lançadora, exposto no Parecer Normativo COSIT nº 01/2002, “após o prazo de entrega da declaração de rendimentos pelo beneficiário dos rendimentos, não mais é exigível o imposto incidente sobre rendimentos sujeitos ao ajuste anual, que deixou de ser retido”.

Ora, deste modo, é de se manter o entendimento fixado no acórdão recorrido, até por uma questão lógica: se não é mais exigível o imposto da fonte pagadora, sobre ela também não deve incidir a multa prevista no artigo 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96. Até porque, a multa deveria ser exigida juntamente com o imposto propriamente dito. Se da fonte pagadora não mais se exige o imposto pela falta de recolhimento, a respectiva penalidade também não deve ser aplicada.

Assim, **dou provimento ao recurso especial quanto à primeira matéria** (impossibilidade de cobrança de multa quanto ao IRFONTE da pessoa jurídica após a apresentação de DIPF).

Mérito - Natureza Previdenciária dos Aportes

O artigo 202, da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998 previa regime de previdência privada, nos seguintes termos:

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.** (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

O §2º do citado artigo 202, da Constituição Federal, explicitou que as contribuições do empregador *“não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como (...) não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei”*.

A Emenda Constitucional n.º 103/2019 alterou o citado art. 202, mas as alterações são irrelevantes ao caso destes autos, que trata de fatos ocorridos em 2010 e 2011.

Para regular o regime de previdência privada, na forma definida pelo artigo 202, da Constituição Federal, foi editada a Lei Complementar n.º 109, da qual se destacam artigos 1º e 2º, referidos no lançamento tributário:

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

Art. 2º O regime de previdência complementar é operado por entidades de previdência complementar que têm por objetivo principal instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário, na forma desta Lei Complementar.

Vale destacar que o artigo 10, da Lei Complementar explicita que deverão constar condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador:

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes **condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.**

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 2º Na divulgação dos planos de benefícios, não poderão ser incluídas informações diferentes das que figurem nos documentos referidos neste artigo.

Ademais, prevê o artigo 16 que os planos de benefícios devem ser oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores:

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o caput os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

§ 2º É facultativa a adesão aos planos a que se refere o caput deste artigo.

§ 3º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos planos em extinção, assim considerados aqueles aos quais o acesso de novos participantes esteja vedado.

No corpo do TVF – possivelmente por um lapso – consta menção ao artigo 16, da Lei Complementar nº 109, embora o caso dos autos trate de **Previdência Privada Aberta** (como analisado no processo nº 16327.720335/2013-28, também julgado nesta sessão de julgamento). O TVF, talvez também por um lapso, reproduz o artigo 19, também inseridos na Seção II da Lei Complementar que trata “*Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas*”, enquanto o caso dos autos é de Plano de Previdência Aberta, como atestam os documentos dos autos (como tratado processo citado, nº 16327.720335/2013-28).

O lançamento tributário ainda menciona o artigo 26, da Lei Complementar 109, este sim inserido na Seção III que trata dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas:

Seção III

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 filiadadas.

§ 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.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante.

§ 5º A implantação de um plano coletivo será celebrada mediante contrato, na forma, nos critérios, nas condições e nos requisitos mínimos a serem estabelecidos pelo órgão regulador.

§ 6º É vedada à entidade aberta a contratação de plano coletivo com pessoa jurídica cujo objetivo principal seja estipular, em nome de terceiros, planos de benefícios coletivos.

Este dispositivo aclara a possibilidade de Planos de Previdência Abertos, com “*grupos de pessoas ... constituídos por uma ou mais categorias de empregados*” (§3º) e que seriam “*equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica*” (§4º).

Em conformidade com o artigo 202, §3º, da Constituição Federal, o artigo 68 menciona que as contribuições do empregador não integram o contrato de trabalho dos participantes:

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.

§ 1º Os benefícios serão considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano.

§ 2º A concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social.

Finalmente o artigo 69, da mesma lei complementar tratou expressamente da não incidência de tributação e contribuições de qualquer natureza sobre as contribuições para entidades de previdência complementar de quaisquer tributos:

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.

§ 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Nestes autos, o Auditor fiscal atuante entendeu que o plano de previdência do contribuinte não se amoldaria aos dispositivos da Lei Complementar 109, *verbis*:

A natureza remuneratória do PGBL Empresarial, conforme demonstrado neste Termo de Verificação Fiscal, fica caracterizada :

- Pelos aportes suplementares em valores substanciais que estão inseridos na política e diretriz traçada pela CIA em relação a remuneração de seus administradores e altos funcionários. A remuneração dos administradores, incluído o PGBL Empresarial, é recomendado pelo Comitê de Remuneração, Conselho de Administração e ratificadas na Assembléia Geral, de forma antecipada e unilateral, levando em consideração resultados apurados nos segmentos de negócio e a necessidade de reter talentos num mercado competitivo , conforme expresso nos Atos societários da CIA e nas respostas do contribuinte;

- Pelo regulamento do PGBL Empresarial que não prevê regras claras em relação as contribuições do patrocinador. Conforme Doc. 19 em anexo o Conselho de Administração aprova a forma de distribuição dos aportes extraordinários cujos valores são aprovados em Assembléia da CIA.

- Pelos resgates significativos autorizados pelo contribuinte sem qualquer finalidade previdenciária como demonstrado neste TVF;

- Pelo fato das contribuições feitas ao PGBL Empresarial não ter a finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, visto que vários participantes estão em gozo de benefícios e continuam a receber os aportes suplementares da instituidora;

Dessa forma , o PGBL Empresarial se afasta dos dispositivos da Lei Complementar 109/00:

- a) **em seu artigo 2º a LC 109/01** que estabelece que o regime de previdência complementar tem por objetivo instituir planos de benefício de caráter previdenciário;
- b) **em seu artigo 10 a LC 109/01** estipula que tanto os requisitos de elegibilidade , como a forma de cálculo dos aportes pela Instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, o que não acontece no regulamento do PGBL Empresarial;
- c) **O artigo 69 e parágrafo 1º da LC 109/01** prevê a não incidência de tributação e contribuições de qualquer natureza para custeio dos planos de benefício de natureza previdenciária, que como foi demonstrado, não é o caso do PGBL Empresarial instituído pelo contribuinte. (...)

12.- Valores Tributáveis

Os valores tributáveis são aqueles referentes aos aportes suplementares realizados pelo Banco Bradesco S/A aos seus administradores e empregados no mês dos efetivos pagamentos. Sobre estes valores deve ser aplicada a multa isolada à proporção de 75% sobre o IRRF que deixou de ser retido pela empresa.

No Colegiado *a quo* prevaleceu entendimento que os aportes teriam natureza remuneratória, especialmente pelas razões expostas no voto do Redator designado (Ronnie Soares Anderson), referindo-se a precedentes da 2ª Turma da CSRF:

No caso dos autos, o caráter remuneratório das contribuições feitas pelo atuado fica evidenciado pelas seguintes razões fáticas relacionadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 3 a 25):

a) A empresa possui um Comitê de Remuneração, composto por 3 a 5 membros, escolhidos entre os integrantes do Conselho de Administração. Da leitura e interpretação do regimento do Comitê de Remuneração, verifica-se que sua linha geral de atuação é estabelecer a remuneração dos administradores com base nas metas de desempenho, tanto da empresa como individuais, estabelecidas pelo Conselho de Administração;

b) As reuniões do Comitê de Remuneração definiam os valores a serem pagos aos administradores estatutários do Banco Bradesco a título de previdência privada, sendo

que eram feitas sempre antes das Assembléias Gerais, ou seja, os valores eram definidos pela direção do Banco e apenas ratificados nas Assembléias. Logo, o Comitê de Remuneração da Organização Bradesco estipulava de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar a seus dirigentes;

c) Verificou-se que o montante destinado como remuneração dos administradores no ano calendário de 2010 foi de até R\$ 170.000.000,00, e verba de até R\$ 170.000.000,00 para custear planos de previdência complementar dos administradores do Banco. Para o ano-calendário de 2011, os referidos montantes foram alterados para até R\$ 250.000.000,00 para remuneração dos administradores e de até R\$ 250.000.000,00 destinada a custear Planos de Previdência Complementar Aberta aos administradores;

d) Constatou-se que o Banco Bradesco S/A possui um Plano de Previdência Complementar fechado, disponível a totalidade de seus empregados desde junho de 1985, e um outro plano, chamado "PGBL EMPRESARIAL", disponível apenas para o presidente do conselho, os conselheiros, diretores estatutários, diretores técnicos, assessores da diretoria, superintendentes executivos e, a partir de 01/06/2011, também para os gerentes regionais, de acordo com o 5º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada;

e) Para o PGBL EMPRESARIAL os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que pode recusar a proposta de inscrição do participante, e não prevê regras claras em relação às contribuições do patrocinador; os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora;

f) O Impugnante não comprovou o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência privada complementar. A empresa apresentou os aportes feitos por ela como instituidora para os elegíveis ao plano PGBL-EMPRESARIAL. Foi realizada uma comparação entre os valores aportados na previdência complementar e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários como rendimento do trabalho, informados na DIRF (Declaração de Imposto Retido na Fonte) do Banco, nos mesmos períodos, e se verificou que os valores aportados na previdência complementar são substanciais e em vários casos no mesmo montante do rendimento do trabalho, conforme quadro a seguir, a título de exemplo:

Nome	Ano calendário 2010		Ano calendário 2011	
	Dirf cód 561 PC		Dirf cód 561 PC	
Antonio Bornia	4.680.000,00		4.680.000,00	
	6.240.000,00	5.460.000,00		
Domingos F Abreu	3.600.000,00	3.600.000,00	4.800.000,00	4.200.000,00
Marlene M Milan	1.368.000,00	1.368.000,00	1.928.000,00	1.716.000,00
João A. Alvarez	2.880.000,00	2.880.000,00	4.800.000,00	4.080.000,00
Julio S. C. Araujo	3.600.000,00	3.600.000,00	4.800.000,00	4.200.000,00
Mario da S. T. Junior	4.680.000,00	4.680.000,00	6.240.000,00	5.460.000,00

g) Constatou-se, também, que vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da empresa nas suas contas, e se concluiu que estes deveriam ter outra finalidade que não a previdenciária, pois o regulamento do plano prevê que os participantes nesta situação deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência;

Nome	Ano calendário 2010		Ano calendário 2011	
	Dirf cód 3223		Dirf cód 3223	
Antonio Bornia	9.020.438,78		3.717.642,10	
Domingos F Abreu	5.596.200,56		2.730.781,82	

Marlene M Milan	1.165.037,70	826.773,23
João A. Alvarez	5.596.200,56	2.287.787,31
Julio S. C. Araujo	6.695.897,62	2.859.729,22
Mario da S. T. Junior	9.020.438,78	3.717.642,10

h) Verificou-se, ainda, nos sistemas da RFB, resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL-EMPRESARIAL, via de regra, em janeiro. A título exemplificativo, transcreve-se quadro com os valores resgatados da previdência complementar pelos beneficiários citados acima:

Esses fatos todos demonstram que o plano não atende ao objetivo fixado no artigo 1º da Lei Complementar 109, de 2001, para o regime de previdência privada de caráter complementar: a constituição de reservas que garantam a constituição de benefício futuro.

O fato de o valor das contribuições do atuado para este plano de previdência privada não estar claramente estabelecido no seu próprio contrato, ao contrário do que alega o Impugnante, também demonstra o caráter remuneratório de tais pagamentos, visto que a previsão contida no artigo 1º do Anexo I da Circular SUSEP nº 183, de 2002, de possibilidade de contribuição adicional de qualquer valor, a qualquer tempo, destina-se ao participante do plano de previdência privada, e não a seu Instituidor, conforme a seguinte redação:

(...).

O efeito prático da formalização do plano de previdência privada foi apenas o de permitir ao atuado, ao invés de depositar os pagamentos diretamente na conta de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e a gerentes regionais, efetuar o depósito dos valores na conta do plano de previdência privada. Tais profissionais, porém, têm direito ao resgate sem carência, inviabilizando a formação das reservas e auferindo, na prática, uma complementação salarial. Não foi objetivo do legislador conceder isenção a pagamentos dessa natureza.

Cabe ressaltar, por fim, que mesmo que tivesse sido comprovada a afirmação de que o plano de previdência privada da Bradesco Vida e Previdência S/A, que segue as regras registradas no documento reproduzido às fls. 295 a 300 (5º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada) e às fls. 341/342 (Termo Aditivo nº 05E ao convênio de adesão ao Plano I Contrato de Previdência Privada para empregados e dirigentes e empresa firmado em 20 de junho de 1985), foi autorizado pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), tal fato não teria o condão de tornar o lançamento das exigências contidas no presente auto de infração improcedente porque na seara tributária a Receita Federal do Brasil não se encontra vinculada a atos emitidos pela SUSEP. (...)

O acórdão recorrido merece reparos.

Com efeito, o lançamento tributário menciona “*aportes suplementares em valores substanciais que estão inseridos na política e diretriz traçada pela CIA em relação a remuneração de seus administradores e altos funcionários*”.

O montante substancial de aportes não me parece ser relevantes para definir a natureza destes aportes, na medida em que se trata de Plano de Previdência de **Contribuição Variável**). Nesse sentido, destaca-se que o Regulamento do Plano é expresso para admitir a contribuição variável:

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

Lembre-se que o Plano foi devidamente homologado pela SUSEP (processo n.º 10.003048/01-23), inexistindo qualquer irregularidade na previsão de contribuição variável.

Aliás, a própria Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), do Ministério da Fazenda, n.º 139/05, prevê a possibilidade de contribuição variável:

Art. 8º -A cobertura por sobrevivência poderá ser estrutura da 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

No mesmo sentido, a Circular SUSEP 183/02, no artigo 1º do 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.

O regramento da SUSEP confirma a legitimidade de definição de contribuição variável, razão pela qual o aporte substancial não deveria ser suficiente à descaracterização da natureza previdenciária, notadamente se considerado que o Plano analisado destina-se aos componentes do **Conselho, Diretores Estatutários, Superintendentes Executivos, Assessores Jurídicos e Gerentes Regionais**.

A esse respeito, vale lembrar que o artigo 26, §2º, da Lei Complementar n.º 109, explicita a possibilidade de Plano Previdenciário Coletivo destinado a “*grupo de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas*”:

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.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante.

§ 5º A implantação de um plano coletivo será celebrada mediante contrato, na forma, nos critérios, nas condições e nos requisitos mínimos a serem estabelecidos pelo órgão regulador.

§ 6º É vedada à entidade aberta a contratação de plano coletivo com pessoa jurídica cujo objetivo principal seja estipular, em nome de terceiros, planos de benefícios coletivos.

O §3º, do mesmo artigo 26, da Lei Complementar nº 109, deixa claro que o “*grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador*”

Também relevante o §4º, do citado artigo 26, ao mencionar que “*são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante*”.

Diante desse panorama, totalmente legítima a definição – pelo contribuinte Recorrente - de plano de previdência ao grupo de diretores, conselheiros, ocupantes de cargos eletivos; sendo razoável a definição de aportes à previdência proporcional aos seus rendimentos.

Tem razão o contribuinte, assim, quando suscita que “*os Planos de Previdência Privada visam proporcionar aos beneficiários a possibilidade de obter na inatividade vencimentos em valor próximo aos da época em que estavam na ativa, o que faz com que, par a que seja atingida tal finalidade, quanto maior for a remuneração (...) mais próximos a tal remuneração devem ser os aportes relativos à previdência complementar*” (trecho do recurso especial, fls. 1723).

Ademais, não me parece suficiente para a manutenção do lançamento o apontamento de que “*A remuneração dos administradores, incluído o PGBL Empresarial, é recomendado pelo Comitê de Remuneração, Conselho de Administração e ratificadas na Assembléia Geral, de forma antecipada e unilateral, levando em consideração resultados apurados nos segmentos de negócio e a necessidade de reter talentos num mercado competitivo , conforme expresso nos Atos societários da CIA e nas respostas do contribuinte*”. (trecho do TVF).

Até porque o artigo 10, §1º, I, da Lei Complementar nº 109/2001 não exige que os aportes sejam definidos em regulamento, mas apenas que a “*forma de cálculo dos benefícios*” o sejam, *verbis*:

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e **forma de cálculo dos benefícios**;

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

Se a lei (complementar) não exige que a forma de cálculo de **aportes** seja definida pelo regulamento, não há qualquer irregularidade na definição pelo Comitê de Remuneração do contribuinte.

Destaco, ainda, trecho do voto vencido no acórdão recorrido a respeito da definição de aportes pelo Comitê de Remuneração, que adoto como razão de decidir:

Com relação à resposta da Contribuinte, durante a fiscalização, de que os aportes são feitos em favor dos seus colaboradores como forma de reter talentos, nada mais óbvio.

O objetivo de toda atividade empresarial é o lucro e qualquer despesa que tenha outro objetivo foge ao propósito intrínseco da atividade empresária. Nesse sentido, como regra, os dispêndios incorridos terão o objetivo de maximizar o lucro, ainda que de forma indireta, como é o caso do patrocínio esportivo, que se faz não pelo amor ao esporte e sim como forma de propagar a marca. No mesmo sentido, se institui um Plano de Previdência, não o faz por mera liberalidade em favor dos beneficiários, mas sim com o objetivo de reter seus talentos. Não apenas no plano suplementar, mas também no plano geral. Isso porque, ao escolher entre duas possíveis empregadoras em condições idênticas de trabalho, de ambiente de trabalho, de salário etc., se uma delas oferecer esse benefício e a outra não, então é certo que o profissional escolherá ela.

Acontece que a Constituição Federal expressamente desvinculou os Planos de Previdência Privada dos contratos de trabalho, estipulando como cláusula constitucional que não serão tidos como remuneração. Em outras palavras, não é tido como contraprestação do trabalho. Fê-lo com o objetivo exatamente de incentivar as empresas a instituir tais benefícios aos seus empregados.

Diversas rubricas têm o mesmo objetivo de incentivar a retenção de talentos e, ao mesmo tempo, não configuram remuneração para fins do contrato de trabalho. São exemplos a participação nos lucros e resultados, a complementação do auxílio-doença e a prestação de serviços médicos. Tais benefícios não são obrigatórios, podendo ou não ser instituídos pelas empresas; as empresas que os oferecem, fazem-no com o objetivo de reter talentos, ou seja, para incentivar seus trabalhadores a permanecerem nos empregos, e não por fundamentos absolutamente altruístas como se poderia querer. Ainda assim, quando pagos em conformidade com a Lei, não configuram remuneração para fins previdenciários.

Em suma, o fato de que os aportes ao Plano de Previdência em apreço são feitos para reter talentos não é elemento apto a desnaturá-lo.

Antes, é mera constatação da realidade prática, como são quaisquer aportes feitos a quaisquer Planos de Previdência.

Quanto ao fato de que os aportes são sugeridos pelo denominado Comitê de Remuneração, nada de estranho. Conforme o Estatuto Social (fls. 310/335), o Comitê de Remuneração é um entre diversos comitês (e.g. Comitê de Conduta Ética, Comitê de Controles Internos e Compliance), e tem por objetivo propor ao Conselho de Administração as políticas e diretrizes de remuneração dos administradores estatutários. Portanto, o Comitê não tem efetivo poder decisório, mas tão somente consultivo, podendo propor, mas não determinar. Outrossim, do seu Regimento (fls. 336/338) se percebe que esse Comitê tem o objetivo de traçar as diretrizes gerais para as remunerações fixas e variáveis, as quais incluirão bônus, PLR etc., e nem por isso desnaturar-se-á tais rubricas.

Pelo contrário, o valor dos aportes foi definido pela Assembléia de Acionistas cf. Atas anexadas (fls. 173 e 174). Não poderia ser diferente, vez que os aportes foram feitos em favor dos dirigentes da empresa e, nos termos do art. 152 da Lei das S.A.1, a definição do seu montante se encontra dentro da competência da Assembléia. Admitir que os próprios administradores estabelecessem o valor dos aportes que serão realizados em seu favor nos Planos de Previdência Privada atentaria contra o direito dos acionistas, mormente daqueles minoritários.

Também não me convence – para descaracterizar a natureza previdenciária – a constatação de “resgates significativos” pelo participante, como identificou o auditor fiscal atuante. Afinal, a própria Lei Complementar nº 109, autoriza a portabilidade do Plano de Previdência, *verbis*:

Art. 27. Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para plano

de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.

§ 1º A portabilidade não caracteriza resgate.

§ 2º É vedado, no caso de portabilidade:

I - que os recursos financeiros transitem pelos participantes, sob qualquer forma; e

II - a transferência de recursos entre participantes.

Assim, o posterior resgate pelos beneficiários não pode modificar a natureza jurídica dos aportes efetuados pelo contribuinte, como contribuição à previdência privada, em observância às regras da Lei Complementar nº 109 e da própria SUSEP.

Aliás, a Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), do Ministério da Fazenda, nº 139/05, autoriza o resgate após o período de carência de um ano civil:

Art. 56. Durante o período de diferimento, e na forma regulada pela SUSEP, será permitido ao participante resgatar os recursos da provisão matemática de benefícios a conceder. (...)

§ 4º Os recursos correspondentes a cada uma das contribuições das pessoas jurídicas no plano de previdência somente poderão ser resgatados após período de carência de um ano civil completo, contado a partir do primeiro dia útil do mês de janeiro do ano subsequente ao da contribuição.

É também pertinente lembrar o teor da Circular SUSEP nº 183/2002, em seu Anexo I, também autorizando resgates:

Art. 9º Observado o disposto no art. 10, o participante poderá solicitar, independentemente do número de contribuições pagas, resgate, parcial ou total, de recursos do saldo da Provisão Matemática de Benefícios a Conceder, após o cumprimento de prazo de carência, que deverá estar compreendido entre sessenta dias e vinte e quatro meses, a contar da data de registro da Proposta de Inscrição na EAPC.

§ 1º Não poderão ser estipulados resgates com intervalo inferior ao estabelecido no regulamento, que deverá estar compreendido entre sessenta dias e seis meses.

Finalmente, a Circular SUSEP 338/2007, confirmou a possibilidade dos resgates pelos participantes, desde que observado o prazo mínimo de carência:

Art. 19. O participante poderá solicitar, independentemente do número de contribuições pagas, resgate, parcial ou total, de recursos do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, após o cumprimento de período de carência, que deverá estar compreendido entre 60 (sessenta) dias e 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data de protocolo da proposta de inscrição na EAPC.

§ 1º Não poderão ser estipulados resgates com intervalo inferior ao estabelecido no plano, que deverá estar compreendido entre 60 (sessenta) dias e 6 (seis) meses.

Nesse panorama, se os órgãos reguladores (CNSP e SUSEP) legitimam os resgates – observado prazo de carência mencionado nas normas acima -, não vislumbro qualquer irregularidade que possam desnaturar as contribuições previdenciárias efetuadas pelo contribuinte Recorrente.

Nos autos do Processo Administrativo nº 16327.720335/2013-28 (item 44 da pauta desta reunião de julgamento), prevaleceu voto da Conselheira Junia, tratando da matéria objeto do recurso especial ora analisado, conforme arrazoado que destaco a seguir:

3) OS DEMAIS ELEMENTOS MENCIONADOS PELA FISCALIZAÇÃO PARA DEMONSTRAR O CARÁTER REMUNERATÓRIO DO PLANO DA RECORRENTE (...)

Antes de mais nada, é importante observar que a norma constitucional do art. 202, como determina o próprio artigo, ganha efetividade por meio da Lei Complementar. Sendo assim, os requisitos para se determinar se um plano possui ou não a natureza previdenciária dependem do cumprimento das determinações da Lei Complementar reguladora da matéria.

Ao analisar a Lei Complementar 109/01 verifica-se que o plano instituído pelo Recorrente não encontra qualquer vedação.

Em relação à habitualidade e o valor dos aportes, como bem ressalta a recorrente, não desnaturam a natureza dos planos. Isso porque os planos de previdência privada, visam proporcionar aos beneficiários valores próximos aos que da época em que estavam na ativa, o que faz com que, quanto maior for a remuneração, mais próximos dessas devem ser os aportes relativos à previdência complementar.

Quanto ao fato dos resgates dos participantes serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes, verifica-se que esses (os resgates) são permitidos pelo artigo 27 da Lei Complementar n 109/01, que assim dispõe:

Art. 27. Observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, **é assegurado aos participantes o direito à portabilidade, inclusive para plano de benefício de entidade fechada, e ao resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos, total ou parcialmente.** (grifamos)

O direito ao resgate é regulamentado pela Circular SUSEP n 387/07 nos seguintes termos:

(...)

Verifica-se, assim, que o resgate é um direito do participante, que poderá ser por ele exercido durante o prazo de diferimento após prazo de carência de um ano civil, o que foi obedecido.

Ao assim estabelecer, a Lei Complementar 109/01 permitiu que os Planos Geradores de Benefícios Livres se assemelhem a uma aplicação financeira, uma vez que é da essência do plano o direito de resgate.

Da mesma forma, por se tratar a previdência privada aberta na modalidade PGBL, essencialmente, de uma aplicação em fundos de investimento, não faz sentido a exigência dos mesmos cálculos atuariais exigidos da previdência social ou mesmo da previdência privada fechada cujos benefícios são previamente definidos. Isso porque, como o próprio nome indica, eles não geram um benefício previamente definido. Sendo assim, a ausência da apresentação de memórias de cálculo por parte da Recorrente não invalida seu plano.

Não faz sentido questionar se tais fatos desvirturiam a natureza previdenciária do plano, partindo da premissa de que esta se caracteriza pela garantia de benefícios futuros. Adotar essa interpretação equivale a estabelecer condicionantes que o legislador não se preocupou em estabelecer.

O questionamento se o legislador extrapolou e, ao estabelecer as mencionadas normas, retirou a natureza previdenciária dos mencionados planos, deveria ser feito perante o poder judiciário, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Não cabe à fiscalização ou a este Conselho estabelecer restrições que o legislador não se preocupou em estabelecer.

(grifos originais)

No mesmo sentido, é o voto do Conselheiro João Victor Ribeiro Aldinucci, nos autos do acórdão **2402-006.523**

A LC 109/2001, que dispõe sobre o regime de previdência complementar, singrando o mesmo texto constitucional, igualmente estabeleceu a desvinculação das contribuições do empregador da remuneração, ex vi do seu art. 68. Veja-se:

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**. (*destacou-se*)

Ocorre que a Lei 8.212/1991 determina que não integram o salário-de-contribuição "*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*" (alínea p do § 9º do art. 28).
Veja-se:

Art. 28. [...]

§ 9º **Não integram o salário-de-contribuição** para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

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; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (*destacou-se*)

De acordo com a Lei 8.212, deverá ser observado, no que couber, o art. 9º da CLT, segundo o qual "*serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação*".

Veja-se que a Lei 8.212/1991 determina que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, deve ser disponibilizado à totalidade dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica. Por sua vez, a LC 109/2001 não prevê que os programas de entidades abertas devam ser necessariamente extensíveis a todos, fazendo-o apenas no tocante aos programas das entidades fechadas, ex vi do seu art. 16¹.

No caso in concreto, a fiscalização não lavrou os presentes Autos de Infração porque o sujeito passivo não teria disponibilizado um plano de previdência privada a todos os seus empregados e dirigentes. Pelo contrário, depreende-se do relatório fiscal que o PGBL era extensível a todos. Contudo, como o plano suplementar foi disponibilizado a apenas uma categoria específica, ele foi objeto de lançamento.

Todavia, e conforme já afirmado, a LC 109/2001 exige que os planos de benefícios de entidades fechadas devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados (art. 16). Quanto aos planos de benefícios de entidades abertas, que é o caso em questão, a lei expressamente determina que eles poderão ser disponibilizados a categorias específicas de trabalhadores.

Com efeito, a Seção III do Capítulo II da LC 109/2001, que trata dos planos abertos, além de não prever a obrigatoriedade de sua extensão a todos, expressamente preleciona que eles podem ser extensíveis a grupos de pessoas constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador. Veja-se - com destaques:

Art. 26. Os *planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:*

[...]

§ 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.

¹ Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

O fato isolado de a empresa ter estabelecido um plano suplementar destinado a uma categoria específica não implica, portanto, descumprimento da lei. No âmbito deste Colegiado, essa questão foi debatida e decidida em sessão de julgamento realizada no dia 27 de janeiro de 2016, PAF n.º 35601.000216/2007-65, acórdão n.º 2402.004.872. Assim sendo, passa-se a transcrever o voto do então conselheiro relator, Dr. Ronaldo de Lima Macedo, que passa a integrar a fundamentação deste voto:

No que tange aos valores pagos a título de previdência complementar privada no regime aberto, entende-se que eles não estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho (prêmio ou gratificação), entendimento delineado no Acórdão no 2402-003.661 (processo 10783.723424/2011-09), seguem as razões fáticas e jurídicas:

“[...] Previdência Complementar Privada em Regime Aberto

O benefício tem previsão constitucional no artigo 202, com a redação trazida pela Emenda Constitucional n.º 20, de 15/12/98; portanto, trata-se de imunidade de contribuição previdenciária:

[...]

[...], atendidos os requisitos da lei, as contribuições vertidas pelo empregador não integram a remuneração e, conseqüentemente, sobre as quais não incidem contribuições previdenciárias. De fato, outra não poderia ser a interpretação. Isto porque somente se pode falar em Previdência Complementar quando suas características estão presentes. Aliás, qualquer que seja o benefício oferecido, são justamente as características que evidenciam sua natureza. E não é diferente com a Previdência Complementar Privada. Para que assim seja considerada e daí não incidirem contribuições previdenciárias devem estar presentes as características exigidas pela Lei Complementar n.º 109, de 29/05/2001 que regulou o artigo 202 da Constituição Federal e revogou a Lei n.º 6.435, de 15/07/1977.

Quanto ao artigo 28, §9º, alínea p, parte final, da Lei n.º 8.212, de 24/07/91, incluído pela Lei n.º 9.528, de 10/12/1997, portanto anterior mesmo à EC n.º 20/98, não tenho dúvida que se houver incompatibilidade com os artigos 68 e 69, §1º da Lei Complementar n.º 109, de 29/05/2001, que passaram a regular o artigo 202, §2º da Constituição Federal, restará derogado, pois além desta última veicular norma tributária especial é posterior àquela:

[...]

Retomando ao exame da LC n.º 109/2001, selecionamos as principais disposições para este estudo:

(...)

Apenas para que não fiquem espaços vazios na linha de desenvolvimento deste trabalho, lembra-se que os dispositivos legais não são interpretados em fragmentos, mas dentro de um conjunto que lhe dê unidade e sentido. As disposições gerais nos artigos 68 e 69 são apenas partes do estatuto da previdência complementar, veiculado pela LC n.º 109/2001.

Inicialmente, dispõe a lei que os programas podem ser abertos ou fechados, de acordo com a natureza da entidade de previdência complementar. Após, trata de cada um nas seções que se seguem: na Seção II os programas em regime fechado e na Seção III, regime aberto. Para o primeiro, através de seu artigo 16, é exigido, obrigatoriamente, que o benefício seja oferecido à totalidade dos empregados, tal como no artigo 28, § 9º, “p” da Lei n.º 8.212, de 24/07/1991:

Art. 28 (...)

§ 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; (Incluído pela Lei n.º 9.528, de 10.12.97).

Portanto, um suposto programa de previdência complementar em regime fechado não oferecido à totalidade dos empregados não pode ser considerado como tal e as contribuições vertidas devem ser tributadas normalmente, eis que carecem de característica essencial. As entidades fechadas são instituídas para o conjunto de empregados da patrocinadora e não para grupos de categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, faculdade somente possível quando a opção é pelo regime aberto, conforme artigo 26, §3º da lei.

Vê-se que para o regime fechado, considerando a unidade da lei, não há incompatibilidade com a Lei n.º 8.212/1991, apenas que nesta as regras de incidência e abrangência estão em um mesmo dispositivo legal.

Agora, como já sinalizado acima, para o regime aberto a lei faculta que, direta ou indiretamente através da entidade, a empresa contrate em benefício de grupos específicos de categorias de empregados plano de previdência complementar, artigo 26, §2º e 3º da lei. Então, neste caso não incidem contribuições previdenciárias ainda que o benefício não seja oferecido à totalidade dos empregados.

Mas, sem precipitações, a interpretação será mais segura quando considerado o todo da lei. No caso dos programas em regime aberto, embora não seja necessário estendê-lo à totalidade dos empregados e dirigentes, os grupos selecionados são de categorias de empregados, sem discriminações dentro de um mesmo grupo. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao trabalho, mas em razão de necessidades específicas.

[...]

b) a partir da LC n.º 109/2001, somente no regime fechado, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores. Caso adotado o regime aberto, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, mas não como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação.

[...]

Neste particular, entende-se que os valores concernentes ao regime aberto de previdência complementar privada, desde que não sejam um prêmio ou uma gratificação, devem ser excluídos do presente lançamento fiscal, [...].

Logo, o fundamento isolado de a empresa não ter estendido o plano de previdência privada suplementar a todos os seus funcionários não é suficiente para ensejar a presente autuação, visto que, com a edição da LC 109/2001, a pessoa jurídica poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não o faça como instrumento de incentivo ao trabalho.

Prosseguindo-se na análise do plano, observa-se que o participante também estava obrigado a fazer contribuições semestrais, no percentual de 10% de um valor determinado, corroborando a sua natureza previdenciária complementar ao regime geral. Isto é, tanto a empresa, quanto o próprio trabalhador, estavam obrigados a constituir as reservas que garantiriam o benefício futuro. Veja-se a Cláusula Terceira do 6º aditivo contratual - com destaques:

3.3. As contribuições ao PGBL serão suportadas pela Instituidora e pelo Participante.

3.3.1 A Instituidora fará contribuições mensais ao PGBL, individualizada a cada Participante, observado o disposto nos subitens 3.3.1.1 e 3.3.1.2 desta cláusula.

3.3.2 O participante fará contribuições ao PGBL, semestralmente, no percentual de 10% (dez por cento) do valor da gratificação semestral que lhe for atribuída pela Instituidora.

O fato, portanto, de a contribuição do participante ser semestral de forma alguma desnatura o plano de previdência privada, mesmo porque, como se observa no item 3.3.2 acima, o valor era calculado sobre uma gratificação de igual periodicidade (semestral). No entender deste relator, a circunstância de o participante também ter contribuído ao longo dos anos para a formação da reserva fragiliza a acusação de que o PGBL serviria para o pagamento de remuneração.

Os resgates, totais ou parciais, igualmente não descaracterizam a natureza previdenciária dos pagamentos. O art. 27 da Lei, de forma expressa e clara, preleciona que é assegurado aos participantes o direito à portabilidade e ao resgate de recursos, total ou parcialmente (vide abaixo). Para que os resgates pudessem caracterizar o pagamento de remuneração em favor daquela classe específica de trabalhadores, seria necessária a demonstração de que os valores teriam transitado em conta de previdência apenas de forma simulada, o que efetivamente não ocorreu. A propósito, e como relatou o agente autuante, os resgates somente foram efetivados depois de transcorridos dois anos.

Em consonância com a lei, veja-se que a Cláusula Quarta do 6º aditivo trata do citado direito, determinando, ainda, a observância da legislação em vigor:

Cláusula Quarta – Do Resgate

4.1 Durante o período de diferimento, mediante expressa autorização da Instituidora, o Participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da Conta de Reserva do Participante' – Parte Instituidora, observada a legislação pertinente em vigor.

Do que se depreende do texto do art. 27, entende-se que o contrato nem mesmo poderia obstaculizar o direito de levantamento pelos participantes, pois a norma é impositiva ao assegurar ("*é assegurado aos participantes*") o direito de resgate de recursos, total ou parcialmente. A recorrente ainda esclareceu que a Circular SUSEP 338/07 igualmente dispõe sobre essa faculdade, cabendo transcrever a norma infralegal:

Art. 19. O participante poderá solicitar, independentemente do número de contribuições pagas, resgate, parcial ou total, de recursos do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, após o cumprimento de período de carência, que deverá estar compreendido entre 60 (sessenta) dias e 24 (vinte e quatro) meses, a contar da data de protocolo da proposta de inscrição na EAPC.

Como se vê, observado o período de carência determinado por aquela Superintendência e o período de diferimento tratado no 6º aditivo contratual, podiam os participantes efetuar o resgate dos valores, total ou parcialmente, possibilidade esta constante também do texto legal retro mencionado. Não poderia a fiscalização, nesse contexto, tomar um direito do participante como uma prova de má-fé do contribuinte, o que implicaria subversão da normal legal.

Os recursos não transitaram em conta de previdência apenas de forma artificial, mesmo porque somente foram levantados (conforme permissivo legal) depois de dois anos.

A fiscalização ainda asseverou que a remuneração dos administradores, conforme atas de assembleias, teria sido definida como formada por honorários e aportes em plano de previdência privada.

Pois bem. O que importa para a aplicação da lei tributária é a natureza da verba, e não a denominação que lhe tenha dado o sujeito passivo ou terceiro, mormente se tal denominação está descontextualizada dos fatos ora sob apreciação. Quer dizer, a recorrente poderia muito bem ter tratado do PGBL num contexto amplo de remuneração, e não como remuneração pelos serviços prestados pelos segurados empregados ou contribuintes individuais.

Na dicção do art. 118 do CTN, para a definição legal do fato gerador nem mesmo tem muita relevância a validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, e tampouco a natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. O que importa para o direito tributário é a realidade, sendo irrelevante a nomenclatura do instrumento negocial ou mesmo a eventual fatura, importando, sim, identificar a materialidade da hipótese de incidência e sua efetiva ocorrência no mundo real. O princípio da realidade sobrepõe-se ao aspecto formal, considerados os elementos tributários, conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal².

Neste caso concreto, o exame de todas as circunstâncias e peculiaridades trazidas aos autos pela autoridade fiscal permite concluir que o sujeito passivo efetuou o pagamento de contribuições no âmbito de um plano de previdência privada aberto, complementar ao regime geral da previdência social, tendo sido atendidos os requisitos legais. Não houve, no entender deste conselheiro, demonstração efetiva do pagamento de remuneração, de tal forma que o recurso voluntário deve ser provido, para que o lançamento seja cancelado. (grifamos)

Pondero que o citado acórdão **2402-006.523 foi reformado pela 2ª Turma da CSRF (acórdão 9202-008.342)**, por maioria de votos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2011

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. REMUNERAÇÃO INDIRETA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar integram a remuneração e sujeitam-se à incidência das contribuições sociais previdenciárias, quando descaracterizada a sua natureza previdenciária

De toda forma, também adotando as razões dos acórdãos citados (2202004.330 e 2402-006.523 e voto vencido no acórdão recorrido), **voto por dar provimento ao recurso especial.**

Conclusão

Pelas razões expostas, voto por **conhecer e dar provimento** ao recurso especial do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

² STF, RE 346084 / PR.

Fl. 24 do Acórdão n.º 9101-004.657 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16327.720053/2015-92

Voto Vencedor

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Redatora designada

Em que pese o bem fundamentado voto da ilustre relatora, seu posicionamento restou vencido na votação, em relação às duas matérias, tendo prevalecido a negativa de provimento ao recurso especial do contribuinte.

Sobre a primeira matéria, “*não incidência da multa isolada exigida pela falta de retenção de IRFONTE sobre valores destinados à Previdência Privada de empregados e administradores*”, adota-se, no presente voto, o entendimento predominante na CSRF, no sentido de que a multa isolada pela não-retenção de imposto de renda na fonte (IRRF) permanece exigível após as alterações promovidas a partir da MP n.º 351/2007, bem como independe da efetiva tributação do imposto de renda não retido.

Entende-se que a melhor interpretação dos dispositivos legais, e em especial de suas alterações, deve se basear na análise lógica e integrada do conjunto de artigos, incisos e parágrafos que disciplinam uma dada hipótese fática, em dado momento.

O dispositivo que disciplina a penalidade em questão é o art. 9º da Lei n.º 10.426, de 2002. Em sua redação original (anterior à MP n.º 351/2007), o dispositivo previa multa aplicável à pessoa jurídica que, na condição de fonte pagadora de rendimentos a terceiros, e responsável pela retenção de imposto na fonte sobre tais rendimentos, não efetuasse a devida retenção (ou não recolhesse o imposto retido, ou recolhesse em atraso sem multa de mora).

Segue a redação original do art. 9º da Lei n.º 10.426/2002:

Art. 9º. Sujeita-se às multas de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996, a fonte pagadora obrigada a reter tributo ou contribuição, no caso de falta de retenção ou recolhimento, ou recolhimento após o prazo fixado, sem o acréscimo de multa moratória, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado.

O dispositivo previa que, nas hipóteses descritas, aplicavam-se as multas “*de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei n.º 9.430, de 27 de dezembro de 1996*”. E quais eram as multas tratadas nos incisos I e II do art. 44 da Lei 9.430/96?

Veja-se a redação do art. 44 da Lei 9.430/96, anterior à MP n.º 351/2007:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei n.º 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

- I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;
- II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;
- III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;
- IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;
- V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

Veja-se que as multas de que tratava o art. 44 eram aplicáveis à pessoa jurídica que deixasse de declarar ou de pagar corretamente o imposto a que era obrigada na condição de contribuinte.

Esta é uma distinção relevante. O art. 9º (Lei 10.426/2002) penalizava a pessoa jurídica na condição de responsável pela retenção de imposto devido por terceiros (beneficiários do rendimento), ao passo que o art. 44, incisos I e II (Lei 9.430/96) penalizava a pessoa jurídica na condição de contribuinte, por imposto incidente sobre seus próprios rendimentos. São penalidades inteiramente distintas: a primeira por descumprimento de obrigação acessória; a segunda, por descumprimento de obrigação principal.

Dada a inequívoca distinção entre as multas referidas em cada dispositivo, resta claro que quando o art. 9º remetia às multas “de que tratam os incisos I e II do art. 44 da Lei nº 9.430” referia-se apenas *aos percentuais* estabelecidos naqueles incisos: respectivamente de 75% e 150%, este último no caso de dolo, fraude ou simulação.

Este, portanto, o contexto anterior à MP nº 351/2007.

A MP nº 351/2007, posteriormente convertida na Lei 11.488/2007, deu nova redação ao art. 44 da Lei 9.430/96; para, entre outras finalidades, extinguir a multa de ofício pelo pagamento de tributo em atraso sem multa de mora. Na ocasião, alterou-se *a posição* das disposições, nos incisos e parágrafos – o percentual de 150%, que antes figurava no inciso II do *caput*, passou a figurar no 1º parágrafo.

Em decorrência, o art. 9º da Lei 10.426/2002 também foi ajustado, para se adequar à nova estrutura do art. 44 da Lei 9.430/96. A nova redação do art. 9º da Lei 10.426/2002 passou a prever multa isolada para o caso de não-retenção de imposto na fonte (ou não recolhimento do imposto retido, ou recolhimento fora do prazo) na forma do inciso I do *caput* do art. 44 da Lei 9.430/96 (75%), ou duplicada na forma do seu § 1º quando for o caso (150%).

As novas redações, posteriores à MP nº 351/2007, não alteraram a natureza das multas previstas nos dispositivos legais examinados, permanecendo:

(i) no art. 44 da Lei 9.430/96, multas devidas pela pessoa jurídica na condição de contribuinte, pelo descumprimento de obrigação principal, calculada sobre o tributo incidente sobre seus próprios rendimentos; e

(ii) no art. 9º da Lei 10.426/2002, multa devida na condição de responsável, pelo descumprimento de obrigação acessória, calculada sobre pagamentos efetuados a terceiros.

O único ponto comum entre as multas previstas em cada dispositivo são os percentuais, que o legislador da Lei 10.426/2002 elegeu tomar de empréstimo da Lei 9.430/96.

O entendimento aqui manifestado reflete aquele adotado mais recentemente pela 2ª Turma da CSRF, quando detinha a competência para julgamento da matéria (antes da publicação da Portaria CARF n.º 146, de 2018), e que contraria o precedente apontado pela i. relatora em seu voto vencido.

Conforme já noticiado pelo acórdão recorrido, “*nesse sentido, vem decidindo a CSRF seguidamente, vide, ilustrativamente, os acórdãos de n.º 9202003.834 (j. mar/16) e de n.º 9202005.537 (j. ago/17)*”.

Pelas pertinentes considerações, merece transcrição o voto vencedor lavrado pela i. relatora Conselheira Maria Helena Cotta Cardoso, Presidente da 2ª Seção do CARF, no acórdão n.º **9202-007.147**, julgado na sessão de 29/08/2018, *verbis*:

A penalidade em tela foi instituída pela Medida Provisória n.º 16, de 27/12/2001, convertida na Lei n.º 10.426, de 2002, que assim estabelecia, em sua redação original:

(...)

O dispositivo acima não deixa a menor brecha para que se entenda que a penalidade nele prevista poderia ser exigida de outra forma, que não a isolada. Com efeito, a penalidade está sendo aplicada à fonte pagadora, que não é a beneficiária dos rendimentos, portanto resta descartada qualquer possibilidade de cobrança desta multa juntamente com o imposto, cujo ônus, repita-se, não é da fonte pagadora, e sim do beneficiário. Confirmando esse entendimento, o parágrafo único especifica a base de cálculo da multa, que nada mais é que o tributo que deixou de ser retido ou recolhido.

O art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, por sua vez, tinha a seguinte redação:

(...)

Como se pode constatar, o art. 44, acima, não trata de multas incidentes sobre imposto cobrado por meio de responsabilidade tributária de fonte pagadora, e sim de penalidades que recaem diretamente sobre o imposto exigido do sujeito passivo, na qualidade de contribuinte, que relativamente ao Imposto de Renda é o próprio beneficiário dos rendimentos. Nesse passo, nenhuma das modalidades de exigência elencadas no §1º se amolda à exigência estabelecida no art. 9º da Lei n.º 10.426, de 2002, **portanto não há que se falar que este último dispositivo tenha se referido ao art 44 da Lei n.º 9.430, de 1996, para tomar de empréstimo algo além dos percentuais nele estabelecidos – 75% e 150%.** Isso porque a problemática que envolve as modalidades de exigência das penalidades constantes do §1º do art. 44 – vinculadas ao imposto ou exigidas isoladamente – não se coaduna com a multa por falta de retenção na fonte. Esta, quando exigida, obviamente será isolada, eis que o principal, ou seja, o imposto, será cobrado não da fonte pagadora, mas sim, repita-se, do beneficiário dos rendimentos.

Com estas considerações, constata-se que a referência feita pelo art. 9º, da Lei n.º 10.426, de 2002, aos incisos I e II, do art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, está focada nos incisos I e II do *caput*, e não nos incisos I e II do § 1º, do contrário estar-se-ia atribuindo à fonte pagadora o papel de sujeito passivo contribuinte do tributo, e não o de mera intermediária entre este e o Fisco, responsabilidade esta conferida por lei.

Ora, se os incisos I e II do *caput* do art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, tratam de penalidades aplicáveis ao sujeito passivo na qualidade de contribuinte, que no caso do Imposto de Renda é o próprio beneficiário dos rendimentos, e o art. 9º da Lei n.º 10.426, de 2002, trata exclusivamente de multa por descumprimento da obrigação de reter e recolher o tributo, aplicável à fonte pagadora na qualidade de responsável, **o único elemento passível de empréstimo, do art. 44 para o art. 9º, diz respeito**

efetivamente aos percentuais de 75% ou 150%. Com efeito, não existe qualquer outro liame entre os dois dispositivos legais.

Corroborando este entendimento, a Exposição de Motivos da Medida Provisória n.º 16, de 27/12/2001, que foi convertida na Lei n.º 10.426, de 2002, encaminhada ao Congresso Nacional, assim esclarece:

“Os arts. 7º a 9º ajustam as penalidades aplicáveis a diversas hipóteses de descumprimento de obrigações acessórias relativas a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, reduzindo-as ou, no caso do art. 9º, **instituinto nova hipótese de incidência, preenchendo lacuna da legislação anterior.”**

O texto acima não deixa dúvidas, no sentido de que **o art. 9º, da Lei n.º 10.426, de 2002, trata unicamente de multa por descumprimento de obrigação acessória pela fonte pagadora, portanto descarta-se a sua exigência juntamente com o respectivo imposto, cujo ônus é do beneficiário dos rendimentos.** Ademais, fica patente que se trata de nova hipótese de incidência, o que também a desvincula definitivamente das hipóteses de incidência elencadas no § 1º, do art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, eis que estas já existiam no ordenamento jurídico muito antes do advento da Medida Provisória n.º 16, de 2001.

Com a edição da Medida Provisória n.º 351, de 22/01/2007, convertida na Lei n.º 11.488, de 15/06/2007, foi alterado o art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, dentre outras finalidades, para extinguir a multa de ofício incidente sobre o pagamento de tributo ou contribuição fora do prazo, desacompanhado de multa de mora. Dito dispositivo legal passou a ter a seguinte redação:

(...)

Assim, o art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, foi reformulado, mantendo-se a aplicação das multas de ofício vinculadas ao tributo, nos percentuais de 75% e 150%, a primeira mantida no inciso I, do *caput*, e a segunda não mais abrigada no inciso II, do *caput*, mas sim no inciso I, do §1º. O inciso II, do *caput*, que anteriormente continha a multa no percentual de 150%, passou a prever a multa isolada, no percentual de 50%, nos casos de falta de pagamento do carnê-leão e de falta de pagamento do Imposto de Renda e da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido devidos por estimativa (alíneas “a” e “b”). **Quanto à multa isolada pelo pagamento de tributo ou contribuição fora do prazo sem o acréscimo de multa de mora, esta foi extinta.**

Observe-se que a extinção da multa isolada acima destacada, levada a cabo pela nova redação do art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, promovida pela Lei n.º 11.488, de 2007, não tem qualquer reflexo nas multas do art. 9º, da Lei n.º 10.426, de 2002, eis que, conforme já patenteado no presente voto, os dois dispositivos legais tratam de penalidades distintas, o primeiro disciplinando as exigências em face do sujeito passivo contribuinte, que no caso do Imposto de Renda é o beneficiário dos rendimentos, e o segundo regulamentando a incidência pelo descumprimento de obrigação de retenção e recolhimento do tributo pela fonte pagadora, na qualidade de responsável. Como ficou assentado, a conexão entre os dois dispositivos diz respeito unicamente aos percentuais de 75% e 150%.

Tanto é assim que o art. 9º teve de sofrer também um ajuste, em função da realocação da multa de 150% (do *caput* para o § 1º). Ademais, também havia neste dispositivo a previsão de aplicação de multa de ofício à fonte pagadora, pelo recolhimento em atraso do Imposto de Renda Retido na Fonte, sem o acréscimo da multa de mora. Assim, na mesma linha da exclusão levada a cabo na nova redação do art. 44, esta penalidade teria de ser excluída do art 9º, já que não haveria sentido em permanecer no ordenamento jurídico apenas para apenar a fonte pagadora. (...)

(...)

Ora, se a multa pela falta de retenção e recolhimento na fonte houvesse sido efetivamente extinta, não haveria qualquer razão para que se alterasse o art. 9º, da Lei n.º 10.426, de 2002, como foi feito acima. A alteração visa claramente adaptar esse

dispositivo à nova topografia do art. 44, da Lei n.º 9.430, de 1996, o que de forma alguma sinaliza que dita penalidade teria sido extinta. Além disso, repita-se que a nova redação visou excluir a exigência de multa de ofício pelo recolhimento, pela fonte pagadora, do IRRF fora do prazo sem multa de mora, tal como ocorrera com penalidade semelhante, que antes também era imposta ao beneficiário do rendimento, relativamente ao recolhimento do principal. Assim, igualou-se a exoneração desta penalidade, tanto em face do sujeito passivo contribuinte da obrigação principal, como perante a fonte pagadora, na qualidade de responsável pela obrigação de reter e recolher o tributo. (grifou-se)

Como visto, diante da completa desvinculação entre os dispositivos legais, não há que se falar em retroatividade benigna na hipótese. Tampouco deve prevalecer o entendimento sustentado pelo contribuinte recorrente, e abraçada no voto vencido, no sentido de que a multa sempre deveria ser cobrada conjuntamente com o imposto devido e não poderia ser exigida após o prazo de entrega da declaração de ajuste pela pessoa física.

Tratando-se de multa isolada incidente sobre hipótese de descumprimento de obrigação acessória por parte do responsável tributário (falta de retenção na fonte), independe para sua caracterização se o imposto devido sobre os respectivos rendimentos são ou não tributados pelo contribuinte devedor, não tendo qualquer reflexo no presente caso o entendimento consolidado na Súmula CARF n.º 12 referida anteriormente.

Em razão do exposto, entende-se que permanece exigível a multa isolada prevista no art. 9.º da Lei 10.426, de 2002, aplicada à fonte pagadora que não retenha o imposto de renda devido na fonte, mesmo após o advento da MP n.º 351, de 2007. Da mesma forma, após o encerramento do período de apuração, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, sendo cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9.º, da Lei n.º 10.426, de 2002, ainda que os rendimentos tenham sido submetidos à tributação no ajuste.

Neste ponto, nega-se provimento ao recurso especial do contribuinte.

Em relação à segunda matéria recorrida, como relatado, o litígio gira em torno de auto de infração lavrado para exigência de multa isolada por falta de retenção e de recolhimento na fonte do imposto de renda incidente sobre os valores pagos a título de plano de previdência privada a altos executivos da empresa.

Consoante o Termo de Verificação Fiscal, foram analisados diversos Contratos Previdenciários, tendo a autuação se pautado naquele chamado "PGBL-EMPRESARIAL", disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria de acordo com o 5.º Termo Aditivo de 30/06/99.

Concluiu a autoridade fiscal que os valores aportados pelo contribuinte nesse contrato se afastavam da natureza de previdência complementar caracterizando-se como de natureza remuneratória, e lavrou a multa isolada pela não retenção do Imposto de Renda na fonte, com fulcro no art. 9.º da Lei n.º 10.426, de 2002, com redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007.

Cumpra, inicialmente, referir que, em outro processo, ao tratar das contribuições previdenciárias autuadas quanto ao mesmo período de apuração objeto deste lançamento (2009), a 2ª Turma da CSRF negou provimento ao recurso especial do mesmo contribuinte através do acórdão n.º 9202-004.345, julgado na sessão de 24 de agosto de 2016 e apontado como o segundo paradigma. A turma manteve a autuação previdenciária por considerar que *“integram a remuneração e se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária os aportes de*

contribuições a planos de previdência privada complementar, senão comprovado o caráter previdenciário destas contribuições”, como se vê da ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 31/12/2009

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Integram a remuneração e se sujeitam à incidência de contribuição previdenciária os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar, senão comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

Com o advento da Lei Complementar n.º 109/2001, somente no regime fechado, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio. (grifou-se)

Da mesma forma decidiu o acórdão n.º 2402-006.064, julgado em 7 de março de 2018 e apontado como primeiro paradigma, como se extrai do seguinte trecho da ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

[...]

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOAS FÍSICAS. SUJEIÇÃO AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE.

Com o advento da Lei Complementar n.º 109/2001, somente no regime fechado de previdência complementar, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade de seus empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá o empregador eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, **desde que não seja caracterizado como instrumento de incentivo ao trabalho, nem seja concedido a título de gratificação ou prêmio.** Integram a remuneração e sujeitam-se à incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas - IRPF e ao Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF os aportes de contribuição feitos pela contratante de pessoas físicas a planos de previdência privada complementar, **não se configurado o caráter previdenciário desses planos.**

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A falta de retenção/recolhimento do IRRF incidente sobre valores atribuídos a colaboradores (empregados ou não) sob o título indevido de plano de previdência complementar aberto enseja a aplicação da multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei n.º 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007. (grifou-se)

Como se vê, a turma ordinária da 2ª Seção entendeu ali também pela manutenção da exigência de multa pela falta de retenção e recolhimento do IRRF, a partir da análise de plano de previdência privada com características idênticas aos planos objeto do presente lançamento, tendo concluído pela natureza remuneratória dos valores pagos.

No caso destes autos, o acórdão recorrido foi no mesmo sentido e não merece reforma. Restou decidido por esta 1ª Turma que os aportes realizados pelo contribuinte ao plano de previdência complementar em favor de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e gerentes regionais configuram remuneração, uma vez não comprovado o caráter previdenciário dessas contribuições.

Os planos de previdência privada, atendendo à previsão constitucional, devem seguir o disposto na Lei Complementar n.º 109, de 2001, que destaca, desde o início, a relevância da constituição de reservas para garantir o benefício previdenciário e dispõe sobre as características desses planos, inclusive para fins tributários, conforme dispositivos reproduzidos abaixo:

Art. 1º O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, é facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do art. 202 da Constituição Federal, observado o disposto nesta Lei Complementar.

.....

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. (Grifou-se)

Desse contexto jurídico deve-se compreender que o incentivo de formação de reservas para a concessão de futuros benefícios com a contratação de planos de previdência privada é o que justifica a concessão de isenção tributária. Logo, para fins tributários, impõe-se concluir que somente as contribuições (pagamentos) do empregador com o objetivo de formação dessas reservas pode ser considerado isento. Em outras palavras, tais valores não estarão sujeitos à incidência da tributos ou contribuições que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, ou seja, desde que não tenham natureza remuneratória.

Essa conclusão deve alcançar inclusive os valores pagos a título de previdência privada no regime aberto (como é o caso em análise).

Veja-se que a discussão perpassa pela distinção prevista na referida LC n.º 109, de 2001, nos seguintes termos:

Art. 4º As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.

Seção II

Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas

[...]

Art. 16. Os planos de benefícios devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores.

§ 1º Para os efeitos desta Lei Complementar, são equiparáveis aos empregados e associados a que se refere o caput os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

[...]

Seção III

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.

§ 4º Para efeito do disposto no parágrafo anterior, são equiparáveis aos empregados e associados os diretores, conselheiros ocupantes de cargos eletivos e outros dirigentes ou gerentes da pessoa jurídica contratante.

Neste ponto, a análise bem elaborada no voto do i. conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho, no acórdão n.º 2402-006.064, apontado como primeiro paradigma, merece ser transcrita e adotada como fundamento neste voto:

Nos termos da Lei Complementar referenciada, os programas de previdência privados podem ser abertos ou fechados, de acordo com a forma com que são instituídos, cabendo aos destinatários desses planos optar pela modalidade que lhe aprouver.

Em termos de organização normativa, no Capítulo II da norma em debate, denominado “Dos Planos de Benefícios”, tem-se i) na Seção II os “Planos de Benefícios de Entidades Fechadas”; e ii) na Seção III, os “Planos de Benefícios de Entidades Abertas”.

Para os planos fechados, por virtude do disposto no art. 16 da LC, é exigido, obrigatoriamente, que o benefício seja oferecido à totalidade dos empregados, exigência que inexistente em relação aos planos abertos.

Desse modo, um plano de benefícios de entidade fechada quando não extensível a todos os empregados do patrocinador não pode ser assim considerado, de tal modo que a inobservância do requisito legal impõe a exigência dos tributos devidos sobre a remuneração de seus beneficiários, uma vez que desprovido de condição essencial. As entidades fechadas são instituídas para o conjunto de empregados da patrocinadora e não para grupos de categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, faculdade somente possível quando a opção é pelo regime aberto.

Para o regime aberto, conforme já se adiantou, a lei complementar (art. 26, § 3º) faculta que, direta ou indiretamente através de entidade instituída para tal fim, a empresa contrate plano de previdência complementar para grupos específicos de categorias de empregados. Nesse caso não incidem contribuições previdenciárias ainda que o benefício não seja oferecido à totalidade dos empregados.

Portanto, considerando os dispositivos da Lei Complementar n.º 109/2001 em seu conjunto, constata-se que, no caso dos planos de benefícios de entidades abertas, mesmo não sendo necessário estendê-los à totalidade dos empregados e dirigentes de determinada empresa, os grupos selecionados devem ser de categorias específicas, sem discriminações em relação a seus integrantes. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao

trabalho, mas em razão de características e necessidades intrínsecas dos destinatários dos planos.

Em resumo, nos termos da legislação em vigor, para que os benefícios conferidos a empregados e dirigentes não se sujeitem a incidência de tributos: i) no caso de planos de benefícios de entidades fechadas, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade de seus empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes; e ii) em se tratando de planos de benefícios de entidades abertas, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não seja como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação. (grifos no original)

Assim, considera-se que, em se tratando de plano de previdência privado aberto, é desnecessária a extensão do benefício a todos os empregados, gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes do patrocinador, consoante previsto no art. 16 da LC nº 109, de 2001. Todavia, nesses casos (previdência aberta), com mais rigor cumpre verificar a possibilidade de caracterização de remuneração complementar ao salário, a título de disfarçada gratificação ou prêmio.

No caso concreto, a verificação realizada pela autoridade fiscal apontou nesse sentido.

Cumpre ainda destacar a regra do no art. 10 da LC nº 109, de 2001, inserida na Seção I do Capítulo II, que trata das disposições comuns aos planos de previdência privada (aberto e fechado), que determina:

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§ 1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios;

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

[...]

Tal regra estipula que tanto os requisitos de elegibilidade, bem assim a forma de cálculo dos aportes pela instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, o que não se verifica no caso concreto.

Consoante descrito no Termo de Verificação Fiscal, abaixo, e atestado pelos elementos de prova constantes dos autos, os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, de forma casuística e subjetiva (11.2 do 5º Termo Aditivo, de 30/07/1999, anexado aos autos) e a situação fática verificada a partir da auditoria fiscal corrobora todo o entendimento aqui defendido:

Características do PGBL – EMPRESARIAL:

- Disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos, Assessor da Diretoria e Superintendentes Executivos,

sendo que a partir de 06/2011 também aos Gerentes Regionais conforme Termo Aditivo 05 E;

- O PGBL será constituído por contas individualizadas por participante designadas Conta de Reserva do Participante- Parte Instituidora- Conta Reserva do Participante- Parte Participante;

- Para o PGBL - EMPRESARIAL , os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, sendo, portanto, de sua total responsabilidade (vide item 11. 2);

- Não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora, apenas a menção de que a Instituidora fará contribuições mensais ao PGBL individualizadas a cada participante;

- O Participante fará contribuições ao PGBL , semestralmente, no valor de 10% do valor da gratificação semestral que lhe for atribuída pela Instituidora. A partir de 06/2011, com as alterações do Termo Aditivo 5 E as contribuições do Participante – Diretor Estatutário e membros do Conselho –as contribuições passam a ser de 10% do salário base ou pró-labore. Para o cargo de Superintendente Executivo ou Assessor Jurídico contribuições mensais de 7,29% sobre o salário base mensal. Gerente Regional contribuições mensais de 5% sobre o salário base mensal;

- Os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, ou seja, não haveria mais obrigações contratuais para a Instituidora;

- Durante o período de diferimento, mediante expressa autorização da Instituidora, o Participante poderá resgatar parte ou totalidade do saldo da Conta Reserva do Participante- Parte Instituidora e Parte Participante, observada a legislação;

- Por ocasião de seu desligamento da Instituidora, o Participante poderá resgatar o saldo da Conta de Reserva do Participante – Parte Instituidora e Parte Participante.

.....

A despesa de previdência complementar conforme conta contábil 8.1.7.3060-5 no ano calendário 2010 totalizou R\$ 288.512.409,43 . Este valor inclui o PGBL Empresarial e os Contratos Previdenciários extensivos a totalidade dos empregados e administradores do contribuinte que contava em seus quadros em 2010 e 2011 com mais de 75.000 colaboradores.

Para o PGBL-Empresarial , que no ano de 2010 contava por volta de 280 administradores e empregados elegíveis, os aportes suplementares somaram a quantia de R\$ 169.723.327,59 , sendo que, somente para os 95 membros do Conselho e Diretoria Estatutária o valor do aporte suplementar foi de R\$156.423.431,96 ; já a remuneração declarada em GFIP (incluindo pró-labore e gratificações) dos membros do Conselho e Diretoria Estatutária totalizou R\$162.075.400,00;

No ano calendário 2011, total de despesa na previdência complementar conforme conta contábil 8.1.7.3060-5 totalizou R\$ 417.681.803,24 incluindo PGBL-Empresarial e os Contratos Previdenciários extensivos a totalidade dos empregados e administradores.

Para o PGBL-Empresarial , que no ano de 2011 contava por volta de 327 administradores e empregados elegíveis, os aportes suplementares somaram a quantia de R\$ 236.136.551,39 , sendo que, para somente para os 99 membros do Conselho e Diretoria Estatutária o valor do aporte suplementar foi de R\$ 188.782.800,00 ; já a remuneração declarada em GFIP (incluindo pró-labore e gratificações) dos membros do Conselho e Diretoria Estatutária totalizou R\$220.864.000,00;

.....

8. Das características remuneratórias do PGBL-Empresarial.

8.1- Análise das Atas e Estatutos do contribuinte:

.....

8.2- Dos aportes suplementares realizados no PGBL Empresarial e dos resgates realizados pelos beneficiários:

.....

Evidente que os resgates do PGBL-Empresarial atingem a parte da contribuição do patrocinador. Ao contrário do Contrato Previdenciário extensivo a todos os empregados em que a contribuição do patrocinador e do participante é de 4% do salário de participação, no PGBL Empresarial a contribuição do participante é imensamente menor que a contribuição da instituidora. Exemplificando caso concreto: Determinado administrador recebeu de honorários em 09/2011 R\$ 260.000,00. O aporte suplementar do Banco Bradesco é de R\$520.000,00, sendo que a contribuição ao plano PGBL Empresarial deste administrador é de R\$ 26.000,00.

Pela resposta do contribuinte conclui-se que todos os beneficiários do PGBL Empresarial podem resgatar qualquer valor, em qualquer momento, somente observada a legislação em vigor e prazo de carência. Ou seja, qualquer aporte do Instituidor na Conta do Participante este valor já passa a integrar o patrimônio do beneficiário. Até na hipótese deste beneficiário pedir o desligamento da empresa terá o direito de resgatar o saldo de sua conta – Parte Participante e Parte Instituidora.

O fato de os resgates terem sido efetuados pelos participantes em valores relevantes e alcançando a parcela referente aos aportes do patrocinador (ora contribuinte), a qual é mantida inclusive nas contas de dirigentes e empregados já em gozo de benefício, também corrobora a conclusão pela natureza remuneratória dos valores depositados nas respectivas contas no plano de previdência privada, vez que com isso está descaracterizada a intenção de formação de reserva com fins previdenciários.

Assim, restando caracterizada a natureza remuneratória dos aportes ao plano de previdência PGBL Empresarial, cabe a incidência do imposto de renda na fonte, por tratar-se de pagamento de rendimentos que foram integrados ao patrimônio dos beneficiários.

Conclusão

Em razão do exposto, nega-se provimento ao recurso especial do contribuinte.

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Declaração de Voto

Conselheira Livia De Carli Germano

Optei por apresentar a presente declaração de voto para esclarecer as razões pelas quais, no mérito, acompanhei a i. Relatora pelas conclusões.

E o fiz apenas por discordar do entendimento manifestado no voto da i. Relatora quanto à primeira matéria – “(i) Não incidência da multa isolada exigida pela falta de retenção

de IRFONTE sobre valores destinados à Previdência Privada de empregados e administradores.”

Nesse ponto, com a devida vênia, compreendo que a multa isolada em questão é penalidade específica, prevista em face da conduta da fonte pagadora consistente em não reter o IRRF devido, pena esta aplicável independentemente da conduta do beneficiário dos rendimentos – o qual, recebendo valores que não foram objeto de retenção de IRRF, e sendo esta devida, tem a obrigação de recolher o imposto, sob pena de, em não o fazendo, ficar sujeito à imposição de (outra) multa em face de tal conduta própria. É dizer, são duas as condutas esperadas, de pessoas diferentes, cada uma sujeita a uma punição específica em caso de descumprimento.

Ressalto que acompanho integralmente o brilhante voto da i. Relatora a respeito da segunda matéria – “(ii) natureza previdenciária dos aportes efetuados”. E o provimento do recurso quanto a este ponto já seria suficiente para cancelar o lançamento, daí porque, em síntese, orientei meu voto no mesmo sentido da conclusão da i. Relatora, dando provimento ao recurso do sujeito passivo.

(documento assinado digitalmente)

Livia De Carli Germano