



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10314.722132/2014-10
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1302-007.116 – 1ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de maio de 2024
Recorrente LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/07/2009

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. APORTES REALIZADOS EM CONTA DE DIRETORES E GERENTES. SIMULAÇÃO. DESQUALIFICAÇÃO. NATUREZA DE REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA DO IRRF.

Considerando as circunstância quanto aos aportes realizados em conta de previdência complementar de diretores e gerente da recorrente, verifica-se que os valores aportados constituíram política remuneratória da empresa destinada a incentivar ou retribuir o trabalho de diretores e gerentes por meio de BÔNUS. Os aportes realizados a título de contribuição a plano de previdência complementar não podem servir de propósito para converter salário, gratificação, bônus ou prêmio em parcelas não submetidas à incidência do imposto de renda retido na fonte.

IRRF. 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 de imposto de renda não retido na fonte passa a ser do beneficiário dos rendimentos, mas cabe a aplicação da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, à fonte pagadora, prevista no art. 9º, da Lei nº 10.426/02, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07.

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A não retenção ou recolhimento do IRRF incidente sobre aportes realizados em plano de previdência complementar aberto que forem caracterizados como remuneração por serviço prestado, enseja a aplicação da multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto do relator. O Conselheiro Marcelo Oliveira votou pelas conclusões do relator, quanto às razões para incidência do imposto de renda retido na fonte.

(documento assinado digitalmente)

Paulo Henrique Silva Figueiredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Wilson Kazumi Nakayama, Maria Angelica Echer Ferreira Feijo, Marcelo Oliveira, Henrique Nimer Chamas, Rycardo Henrique Magalhaes de Oliveira (suplente convocado, Paulo Henrique Silva Figueiredo (Presidente)

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado pelo contribuinte LOUIS DREYFUS COMPANY SUCOS S.A. contra o Acórdão 14-59.083, da 13ª Turma da DRJ/RPO, prolatado em 01 de julho de 2015, que julgou procedente em parte a impugnação apresentada contra Auto de Infração contra ele lavrada relativa a multa isolada de 75% (R\$ 1.378.672,44) e juros de mora isolados (R\$ 111.369,13), totalizando R\$ 1.490.041,57, relativos a fatos geradores ocorridos no ano-calendário de 2009.

Segundo o que consta no Termo de Verificação Fiscal (e-fls. 290 a 307), o lançamento foi decorrente do entendimento da Autoridade Fiscal autuante que os créditos aportados em conta de previdência privada de participantes (pessoas físicas vinculadas pela Recorrente, instituidora do plano de previdência) não se tratavam de contribuições para previdência complementar, mas pagamentos de remuneração variável em razão de metas atingidas – intitulado pela empresa de Programa de Bônus, em contrato firmado entre o empregado e a empresa.

Como o pagamento da remuneração variável/bônus foi realizado em razão de atingimento de metas, ou seja, como contraprestação por serviço prestado, a Autoridade Fiscal entendeu que os pagamentos realizados não tinham natureza de contribuições a previdência complementar, mas se tratava de remuneração sobre os quais deveria incidir a retenção do imposto de renda na fonte.

Considerando que a falta de retenção do IRRF sobre os pagamentos realizados foi constatada após o prazo final de entrega da declaração de ajuste anual das pessoas físicas beneficiárias do pagamento, sem o respectivo recolhimento do IRRF devido e cumulada com a falta/insuficiência de declaração do imposto na DCTF e em DIRF, foram lançados a multa de ofício isolada e os juros de mora isolados analisados nos presentes autos relativos aos períodos de 06/2009 a 07/2009.

A Autoridade Fiscal consignou que a empresa fiscalizada oferecia a seus empregados, à época do procedimento fiscal realizado, 3 planos de Previdência Privada mas o objeto do auto de infração foi o PLANO DE PREVIDENCIA COMPLEMENTAR DE CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL (contrato 203)(FGB), assinado em 01 de Junho de 2007.

Pelos mesmos fatos acima sintetizados foi lavrado Auto de Infração com exigência das contribuições sociais previdenciárias da parte da empresa, consubstanciado no processo nº 10314.722131/2014-75.

Inconformada com o lançamento, o contribuinte apresentou impugnação (e-fls. 323 a 364), alegando que o Plano de Previdência Privada mantido pela Impugnante, na modalidade FGB, atende a todas as condições constitucionais e legais exigidas para que os aportes

caracterizem contribuições a Planos de Previdência Privada aberta, de modo que não haveria se falar em falta de retenção na fonte sobre os aportes por ela realizados aos planos de previdência, e portanto seriam improcedentes as exigências da multa e juros isolados por falta de retenção do IRRF analisados nos presentes autos.

Acrescentou que, mesmo que os valores depositados a título de previdência privada complementar tivessem natureza de remuneração, como sustenta a Autoridade Fiscal, não seria cabível a multa isolada porque o auto de infração foi lavrado depois de encerrado o prazo para a entrega da declaração do imposto de renda por parte das pessoas físicas.

Também aduz ser indevida a exigência dos juros isolados porque de acordo com o artigo 61 da Lei nº 9.430/96, fundamento legal utilizado para a autuação, se aplica apenas à hipótese de recolhimento em atraso do tributo por iniciativa do próprio sujeito passivo, o que a Recorrente não seria mais sujeito passivo da obrigação, eis que o lançamento ocorreu depois de encerrado o prazo para a entrega da declaração do imposto de renda por parte das pessoas físicas.

A impugnação foi julgada parcialmente procedente pela 13ª Turma da DRJ/RPO, tendo sido cancelados os juros de mora isolados. A ementa do acórdão, abaixo transcrita, resume os fundamentos da decisão:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

Competência. Desconstituição de Ato Simulado.

Compete a autoridade administrativa efetuar o lançamento de ofício quando se comprove que o sujeito passivo, contribuinte ou responsável, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Fiscalização. Planos de Previdência Complementar.

As atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar exercida pelos competentes órgãos regulador e fiscalizador não afasta a competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária.

Plano de Previdência Complementar. Simulação.

De acordo com os preceitos constitucionais, o regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, deve se basear na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Comprova-se a simulação, quando as cláusulas do contrato de plano de previdência complementar revelam a intenção oculta/subjacente de proceder a remunerações variáveis, mediante o pagamento de bônus salariais, a determinados empregados e dirigentes, tais como: (i) a ausência de vinculação obrigacional da pessoa jurídica instituidora com os aportes a serem efetuados ao plano; (ii) o fato de ficar, exclusivamente a critério da instituidora, a definição dos beneficiários, dos valores e da data dos aportes de recursos; e (iii) a possibilidade de resgates pelos participantes praticamente imediatos dos recursos porventura aportados pela instituidora.

Tais cláusulas contraditam a intenção de contratar um plano de previdência complementar, haja vista que não há garantia de aportes de recursos, e que os recursos porventura aportados são imediatamente disponibilizados para resgates, não sendo possível a constituição de reservas necessárias a garantir os benefícios contratados.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2009

Falta de retenção. Multa de Ofício Isolada.

No caso de falta de retenção, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição, deve se sujeitar à multa de ofício isolada.

A obrigação acessória ou dever instrumental de retenção de imposto é da pessoa jurídica que procede ao pagamento de rendimentos tributáveis pagos ou disponibilizados a terceiros - *in casu*, empregados e dirigentes, mediante os aportes de recursos a plano de previdência complementar, regularmente desqualificado pela fiscalização.

Tal dever é completamente distinto e autônomo da obrigação tributária principal de pagamento do imposto de renda devido pelos beneficiários, assim como do dever da instituição financeira de proceder às retenções sobre os valores resgatados pelos beneficiários.

Juros de Mora Isolados.

Os juros de mora isolados cobrados entre a data prevista para o recolhimento do imposto que deveria ter sido retido, e a data prevista para a entrega da declaração, se fazia com base no fato de que à época se constituía infração o pagamento de imposto, após o vencimento do prazo previsto, sem o acréscimo de multa de mora.

Com a revogação de tal multa isolada e as orientações da PGFN acerca da impossibilidade jurídica da imputação linear, deve ser o cancelamento dos juros de mora isolados.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Irresignada com o r. Acórdão a contribuinte apresentou recurso voluntário (e-fls. 522 a 566), onde alega em síntese o seguinte:

i) as contribuições realizadas ao plano de previdência aqui analisado não integram a remuneração dos participante do plano de previdência, por norma constitucional expressa, de modo que não poderiam compor a base de cálculo das contribuições e o artigo 6º, inciso VIII, do artigo 30 do RIR/99 prevê a isenção do imposto de renda da pessoa física beneficiária sobre as referidas contribuição ao plano de previdência;

ii) as contribuições aqui analisadas foram vertidas para Planos de Previdência Privada estruturados e administrados pela ITAÚ VIDA E PREVIDÊNCIA S.A, empresa que se dedica a essa atividade conforme o que determina a Lei Complementar nº 109/01, ou seja:

a) o regime de previdência privada **só pode ser operado** por entidades de previdência complementar (artigo 2º);

b) que essas somente podem instituir e operar planos para os quais tenham autorização específica (artigo 6º);

c) que as entidades de previdência privada são classificadas em **fechadas e abertas** (art. 4º c/c 31 e segtes e 36 e segtes);

d) que os planos serão de **várias modalidades conforme normas** expedidas pelo órgão regulador (artigo 7º, parágrafo único);

e) que os planos das entidades fechadas podem ser instituídos por patrocinadores e instituidores devendo ser oferecidos a todos os seus empregados e dirigentes (art. 12 c/c 16);

f) que os planos das entidades abertas podem ser individuais e coletivos e estes podem ser instituídos para grupos de pessoas constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador (art. 26, II, par. 3º);

g) que o resgate é de previsão obrigatória, constituindo um **direito do participante** (artigos 14, inciso III, e 27, *in fine*)

Especificamente em relação ao plano de previdência objeto dos presentes autos afirma a Recorrente que se trata de Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável, na modalidade FGB, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização, devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do Processo SUSEP nº 1006647/1994-0, o qual contempla contribuições e Benefícios de Renda por Sobrevivência para gerentes e diretores da empresa.

Assevera que as regras do plano estão definidas no Regulamento Básico do Fundo Corporate Itauprev e no Contrato e estão rigorosamente de acordo com a legislação previdenciária em vigor, sendo que as contribuições e o resgate, questionados pelo Fisco, estão previstos no Regulamento Básico e no Contrato, e em consonância com a Circular SUSEP nº 338/07, que altera e consolida regras e critérios de funcionamento e operação da cobertura por sobrevivência oferecida por planos de previdência.

A Recorrente refuta a acusação fiscal de que os diretores e gerentes, beneficiários do plano de previdência aqui analisado, não tenham feito contribuições com o plano de previdência privada mantida pela Recorrente, alegando que é incontroverso que eles fizeram contribuições aos outros dois planos que integram o programa de previdência complementar mantido pela Recorrente.

Quanto aos resgates do plano de previdência, a Recorrente defende que é um direito do beneficiário do plano de previdência que, além de assegurado pela legislação de regência, é de exclusivo arbítrio do beneficiário (ou seja, a Recorrente não tem qualquer ingerência quanto aos resgates), sendo certo que dos 230 resgates arrolados pela Autoridade Fiscal somente 16 foram de resgates totais, 209 corresponderam a resgates parciais e 5 a migração externa total.

A Recorrente afirma que no Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável, as contribuições são livres, podendo ser efetuadas a qualquer **tempo e em qualquer valor**. E destinando-se tais contribuições à cobertura de **Benefícios de Renda por Sobrevivência** - Renda Temporária, Renda Vitalícia, Renda Vitalícia com Garantia, Renda Vitalícia Reversível - dão obrigatoriamente direito aos resgates.

Além disso, a Recorrente aduz que os fatos apontados pela Autoridade Fiscal não autorizariam as exigências fiscais lançadas pelos seguintes motivos:

1)a contabilização do valor dos aportes para o plano de previdência privada em causa na rubrica "bônus" não autorizam a descaracterização dos aportes como contribuição para previdência privada e seu enquadramento como remuneração variável, porque a **natureza jurídica da verba** não decorre da sua contabilização, mas do seu regime jurídico, decorrente da relação jurídica estabelecida entre as partes e normas legais que lhe são aplicáveis;

2)a Autoridade Fiscal fundamentou a acusação em alegação totalmente dissociada dos fatos quando afirma que "o contribuinte efetuou pagamento de remuneração variável em razão de metas atingidas", afirmação feita sem o amparo de qualquer prova contida nos autos, já

que os aportes de previdência complementar desconsiderados pela fiscalização não são fixados em função de quaisquer metas acordadas (que não existem), mas em função da remuneração dos participantes, de forma a permitir que seus funcionários com maior remuneração possam depois de aposentados manter padrão semelhante ao fruído durante a vida profissional ativa;

3)tratando-se Plano de Previdência na modalidade de **Contribuição Variável** é inerente a ele a possibilidade de as contribuições da Instituidora serem feitas em qualquer valor e a qualquer tempo, constando expressamente do Regulamento do Plano aprovado pela SUSEP e no Contrato não haver obrigatoriedade de o participante contribuir;

A Recorrente refuta a afirmação contida no acórdão recorrido que haveria urna "conta corrente paralela de pagamento de remuneração *disfarçada*" já que não faria sentido que os beneficiários esperassem dois, três ou mais anos para "sacar" dessa conta os valores depositados pela Recorrente, sendo que o período de carência para resgate observou o *capit* do artigo 19 da Circular SUSEP nº 228/07, que define que o prazo 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", é foi observado pela Recorrente na Cláusula 12 do Contrato, segundo a qual "*Durante o período de diferimento será permitido ao Participante, após 60 (sessenta) dias a contar da data do protocolo da proposta de inscrição solicitar o resgate total ou parcial da Provisão do Participante*".

Alega, ainda, a Recorrente que "**A PROVA MAIOR DE QUE NÃO PROCEDE A ALEGAÇÃO DE QUE "AS CLÁUSULAS CONTRATUAIS ACERCA DOS RESGATES NÃO OBSERVARAM A LEGISLAÇÃO DE REGÊNCIA" É O FATO INCONTESTÁVEL DE QUE O PLANO EM QUESTÃO FOI APROVADO PELA SUSEP MEDIANTE O PROCESSO SUSEP Nº 1006647/1994-0, O QUE EVIDENTEMENTE NÃO TERIA OCORRIDO SE ELE CONFLITASSE COM AS DETERMINAÇÕES DESSE ÓRGÃO**".

Por fim a lega a Recorrente que a responsabilidade por fiscalizar o cumprimento dos prazos e procedimentos formais quanto aos resgates é da EAPP, no caso a Itaú Vida e Previdência S.A., e uma vez instituído o Plano, que deve trazer a previsão de resgate e os prazos e condições nos quais pode ser efetuado, não pode a Instituidora (Recorrente) impedir, obstar ou retardar o exercício desse legítimo direito dos participantes.

A Recorrente alega nulidade do acórdão pelo fato da DRJ ter introduziu um novo fundamento fático que não tinha sido suscitado no auto de infração ao alegar que o Plano aqui analisado não estava disponível a todos os funcionário da Recorrente.

Afirma a Recorrente que o fundamento legal mencionado na decisão recorrida, o artigo 28, §9º, "p" da Lei nº 8.212/91 é regra específica da contribuição sobre folha de salários, não se justificando sua aplicação ao imposto sobre a renda.

Subsidiariamente a Recorrente alega que a multa de ofício isolada, exigida com base no art. 9º da Lei nº 10.462, de 2002, c/c art. 44, I e §1º da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, diz que a multa do art. 44, I, somente poderia ser exigida em conjunto com o valor (principal) do tributo devido. Apenas a multa do art. 44, II, poderia ser exigida isoladamente. E embora o inciso I do artigo 44 permita a exigência da multa no caso de falta de recolhimento, ela evidentemente só pode ser cobrada de quem for o responsável pelo pagamento do tributo não recolhido. e considerando que a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual, depois desse prazo o imposto só pode ser exigido da pessoa física beneficiária do pagamento e não mais da fonte pagadora.

Ao final requereu o provimento do recurso voluntário.

É o Relatório, no essencial.

Voto

Conselheiro Wilson Kazumi Nakayama, Relator.

Há que se esclarecer, de início, que a competência para julgamento do presente processo por esta 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da Primeira Seção de Julgamento do CARF é fundamentada na Portaria CARF nº 146, de 12 de dezembro de 2018 c/c a Portaria CARF nº 22.564, de 20 de outubro de 2020:

Portaria CARF nº 146,

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.

Portaria CARF nº 22.564:

A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o art. 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CA R F, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 9 de junho de 2015, resolve:

Art. 1º Estender, temporariamente, à 2ª (segunda) Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, a competência para processar e julgar os recursos que versem sobre as matérias da 1ª (primeira) Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais – CSRF constantes no Anexo Único desta Portaria.

Parágrafo único. O disposto no caput aplica-se, exclusivamente, aos processos ainda não distribuídos às Turmas da CSRF.

Art. 2º A Portaria CARF nº 146, de 12 de dezembro de 2018, aplica-se exclusivamente aos processos já sorteados e aos que aguardam sorteio para as Turmas Ordinárias e Extraordinárias. (grifei)

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor no dia 3 de novembro de 2020.

Passo à apreciação do Recurso Voluntário, por ser tempestivo e atender aos demais requisitos para admissibilidade.

1.Arguição de nulidade do acórdão recorrido

A Recorrente alega que DRJ teria introduzido uma “nova tese” para fundamentar a decisão de manter o lançamento aqui questionado, argumento que, segundo a mesma, não teria sido suscitado pela Autoridade Fiscal:

1.6.5. INTRODUÇÃO PELA DRJ DE FUNDAMENTO NÃO CONSTANTE DO AUTO DE INFRAÇÃO: NULIDADE E IMPROCEDÊNCIA DA DECISÃO NA PARTE EM QUE ALEGA A IRREGULARIDADE DO PLANO POR SUPOSTAMENTE NÃO SER DISPONÍVEL PARA TODOS

Nesse ponto, cabe alertar para o fato de que **a r. decisão recorrida**, possivelmente por reconhecer que os fundamentos do auto de infração lavrado não se prestam para justificar sua manutenção por este E. CARF, **introduziu nova "tese" que jamais foi suscitada pelo i. fiscal autuante**, “*verbis*”:

"No caso dos autos, a contribuição extraordinária variável da empresa foi reconhecidamente aportada apenas em favor de seus administradores e empregados ocupantes de funções de gerência e direção, em desacordo, portanto, com a legislação pertinente (artigo 28, §9º, 'p' da Lei nº 8.212/91). A justificativa apresentada era permitir aportes de contribuições suplementares aos funcionários melhor remunerados, uma vez que seriam estes quem mais precisariam da complementação de aposentadoria porque seriam os que mais perderiam na inatividade em termos percentuais.

Segundo a defesa, como planos de previdência diferenciados eram oferecidos a todos os empregados e administradores, não haveria problema que o questionado Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável fosse oferecido a apenas determinado grupo. Na ótica da Impugnante, a determinação legal seria de que fossem oferecidos a todos os empregados e administradores planos de previdência complementar, mas não haveria obrigatoriedade de que o mesmo plano fosse oferecido a todos. Não se acata a tese da defesa justamente porque em relação aos planos oferecidos a todos os empregados e administradores (quais sejam, ao Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL coletivo e ao Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL coletivo) foi regularmente mantida a não incidência das contribuições previdenciárias e do imposto de renda sobre as contribuições pagas pela pessoa jurídica.

Há uma clara falácia na argumentação da defesa, quando diz que por oferecer planos de previdência a todos os empregados e dirigentes, poderia destacar alguns privilegiados para participarem de um plano de previdência sui generis em que, apesar da falta de relação obrigacional, prevista no contrato, a Instituidora procedeu a relevantes aportes de recursos financeiros, em favor de alguns participantes, por ela deliberadamente escolhidos, e que se tornaram quase imediatamente disponíveis para resgates." (fl. 50 da r. decisão recorrida — destaques nossos e no original)

Com efeito, em nenhum momento o i. fiscal autuante questionou o Plano autuando por entender que ele não estaria disponível a todos, e que, como alega

a r. decisão recorrida, estaria "em desacordo, portanto, com a legislação pertinente (artigo 28, §9º, 'p' da Lei nº 8.212/91)".

De fato, como visto acima foram as seguintes as únicas alegações fiscais para justificar o lançamento, "verbis":

"1) Não informar os pagamentos de bônus (verbas remuneratórias) em DIRF.

2) Os lançamentos contábeis dos Bônus pagos através de aportes em previdência privada foram feitos em conta de bônus e de adiantamento de salário.

3) A rubrica Bônus é parcela integrante da base de cálculo do IRRF, mesmo que paga sob o artifício de depósito em Previdência Privada.

4) Nenhum aporte foi feito pelos segurados, para a Previdência Privada Variável. Houve o uso indevido da Previdência Privada como conta corrente.

5) Descumprimento das regras atuariais de Previdência Privada ao permitir resgates totais/parciais, em seguida dos aportes, transformando a Previdência Complementar em conta corrente paralela de pagamento de remuneração disfarçada.

6) Vantagens ao segurado para o não pagamento do imposto de renda devido."

Dessa forma, o fato de a r. decisão recorrida ter introduzido "tese" que não consta do lançamento fiscal por si só acarreta, nessa parte, sua nulidade, sendo pacífica a jurisprudência deste E. CARF nesse sentido, valendo citar exemplificativamente a decisão assim ementada:

Não assiste razão à Recorrente

A Autoridade Fiscal, conforme a própria Recorrente afirma na defesa, reconheceu que a empresa, além do plano de previdência aqui analisado, nos quais participam apenas gerentes e diretores, instituiu e mantém outros dois planos de previdência complementar, estes disponíveis a todos os funcionários.

A Autoridade Fiscal reconheceu que é um direito da Recorrente eleger qualquer empregado ao pagamento de Bônus, para tanto podendo se valer de qualquer tipo de critério, instituto ou valor, mas a natureza dos valores depositados como contribuição à previdência complementar depende do atendimento de regras.

O que a DRJ fez foi analisar se os valores aportados pela Recorrente no plano aqui analisado se tratavam de contribuição à previdência ou de remuneração, que é ao final a questão controversa a ser dirimida.

É por isso que a DRJ, ao analisar as normas legais que isentam da tributação as contribuições ao plano de previdência complementar, verificou quais verbas integram a remuneração, concluindo então que os valores aportados nos planos não tinham natureza de contribuição a plano de previdência complementar mas de remuneração disfarçada, eis que o plano aqui analisado era disponibilizado apenas para diretores e gerentes.

O fundamento utilizado pela DRJ foi para contrapor o argumento da Recorrente que ao refutar a acusação fiscal, alegou que havia um "programa de previdência complementar" oferecido a todos os funcionários.

Entendo portanto que não houve inovação no argumento da DRJ, mas contrarrazões aos fundamentos trazidos pela Recorrente na impugnação.

Rejeito, portanto, a alegação de nulidade da decisão de 1ª instância.

1. Delimitação da controvérsia

A questão a ser apreciada nos presentes autos é relativa a natureza dos aportes realizados pela Recorrente no plano de previdência complementar de diretores e gerentes (Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável - Contrato 203 FGB). Tratam-se de contribuições ao plano de previdência dos funcionários e portanto isentos de tributação, ou trata-se de remuneração e por isso sujeitos à do IRRF?

E se os aportes forem considerados remuneração, então caberia a exigência da multa isolada por falta de retenção do IRRF?

Há que se consignar que os juros isolados exigidos no auto de infração foram exonerados pela decisão de 1ª instância.

2. Da natureza dos aportes realizados pela Recorrente

Em razão dos mesmos fatos aqui analisados foi lavrado o auto de infração relativo às contribuições previdenciárias devidas pela empresa, que foi formalizada no processo nº 10314.722131/2014-75 porque a Autoridade Fiscal entendeu que os aportes realizados pela Recorrente na conta de previdência complementar de empregados, ocupantes de cargos de gerência e de diretoria, não tinham natureza de previdência complementar, mas de remuneração decorrente de contraprestação por trabalho realizado.

O auto de infração de contribuições previdenciárias foi julgada em 1ª instância pela 10ª Turma da DRJ/RPO, tendo sido prolatado o acórdão 14-56.522 em 03 de fevereiro de 2015, tendo a impugnação sido julgada parcialmente procedente apenas para a exclusão do responsável tributário solidário. A ementa do acordo está transcrita abaixo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/07/2009

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. BÔNUS. PARCELA INTEGRANTE DO SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. AUSENTE DESVINCULAÇÃO DO SALÁRIO POR FORÇA DE LEI.

As importâncias pagas a título de bônus integram o salário de contribuição quando não expressamente desvinculadas do salário por força de lei.

SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO. PROGRAMA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA.

O valor das contribuições pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar privada, aberta ou fechada, integra o salário-de contribuição, quando em desacordo com a legislação específica.

PRINCIPIO DA PRIMAZIA DA REALIDADE. APLICAÇÃO.

Em matéria tributária aplica-se o princípio da primazia da realidade, segundo o qual a real essência do fato gerador é a que deve prevalecer.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

O pagamento de bônus através de crédito em conta de previdência complementar, em simulação de negócio jurídico, configura a prática de sonegação, situação para qual está prevista a aplicação de multa de ofício

qualificada, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996 combinado com o artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. REPRESENTANTE DA PESSOA JURÍDICA (PRESIDENTE). CONCATENAÇÃO ENTRE O FUNDAMENTO LEGAL E FÁTICO. AUSÊNCIA.

A motivação da responsabilidade solidária do representante da pessoa jurídica deve ser efetuada através de uma concatenação lógica entre os fundamentos legais dessa responsabilidade e os correspondentes fundamentos fáticos apurados durante o procedimento fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO.

É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação de leis, decretos e atos normativos por inconstitucionalidade.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido

O recurso voluntário apresentado prela contribuinte no bojo do processo nº 10314.722131/2014-75 foi julgado pela 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de julgamento em 04 de abril de 2018, tendo sido negado provimento ao recurso por voto de qualidade. A ementa do acórdão teve a seguinte redação:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2009 a 31/07/2009

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCESSÃO NA FORMA DE GRATIFICAÇÃO, BÔNUS OU PRÊMIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO.

Após o advento DA Lei Complementar 109/2001, nos casos de plano de previdência complementar em regime aberto, pode-se oferecer planos diferenciados a categorias diferentes de trabalhadoras, mas desde que não utilizado como instrumento de incentivo ao trabalho, ou concedido a título de gratificação, Bônus ou prêmio.

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

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A obrigação tributária principal compreende tributo e multa de ofício proporcional, e sobre o crédito tributário constituído, incluindo a multa de ofício, incidem juros de mora, devidos à taxa Selic.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. SONEGAÇÃO.

O pagamento de bônus através de crédito em conta de previdência complementar, em simulação de negócio jurídico, configura a prática de sonegação, situação para a qual está prevista a aplicação de multa de ofício qualificada, nos termos do artigo 44, § 1º, da Lei nº 9.430/1996, combinado com o artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

A contribuinte apresentou embargos de declaração em face do acórdão 2301-005.238 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de julgamento, ao qual foi negado seguimento pela Presidente da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de julgamento.

A contribuinte também interpôs Recurso Especial contra a decisão da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de julgamento ao qual foi negado seguimento pelo Presidente da 3ª Câmara da 2ª Seção do CARF.

A contribuinte não embargou o Despacho de Admissibilidade que não deu seguimento ao Recurso Especial, de modo que a decisão administrativa no processo nº 10314.722131/2014-75 foi definitiva, reconhecendo que as contribuições aportadas nas contas de previdência complementar dos diretores e gerentes (Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável - contrato 203 - FGB), eram remuneração sobre os quais cabia a incidência das contribuições previdenciárias patronais.

Entendo que pelo fato dos fundamentos fáticos do lançamento aqui analisado serem o mesmo que no processo nº 10314.722131/2014-75, a decisão deve estar alinhada com a decisão proferida no Acórdão 2301-005.238 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de julgamento, que conclui que os aportes realizados pela contribuinte nas contas de previdência complementar dos diretores e gerentes se tratavam na verdade de remuneração. Decisão divergente seria afronta à coerência administrativa, o que de resto traria enorme insegurança jurídica.

No CARF há decisões que adotaram o mesmo entendimento acima exposto. Confira-se:

AUTOS DE INFRAÇÃO DE IRPJ E IRRF. DECISÕES ADMINISTRATIVAS ANTERIORES. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. A coisa julgada administrativa implica em efeitos definitivos para a própria Administração, impedida de retratar-se administrativamente, salvo nas hipóteses da mudança ser justificada frente à ilegalidade da decisão anterior, devendo ser aplicada apenas aos casos futuros, em atendimento à irretroatividade como reflexo direto da tutela da confiança legítima do administrado. (Acórdão nº 2402-011.038, da Segunda Turma Ordinária da Quarta Câmara da Segunda Seção, de 02/02/2023).

=====

DECISÕES ADMINISTRATIVAS ANTERIORES. PROCESSOS COM O MESMO OBJETO DEMANDADOS CONTRA O MESMO CONTRIBUINTE. DECISÕES TERMINATIVAS DE MÉRITO. COISA JULGADA ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DA PROMOÇÃO DE NOVAS DEMANDAS. Há coisa julgada quando se repete ação que já foi decidida por decisão transitada em julgado. As questões resolvidas na esfera administrativa, por decisão definitiva, não podem ser novamente discutidas no mesmo âmbito, de modo que, por analogia, considera-se a ocorrência de coisa julgada administrativa. Inteligência do artigo 337, § 3º, do CPC c/c o artigo 42 do Decreto nº 70.235/72. (Acórdão nº 2201-003.538, da Primeira Turma Ordinária da Segunda Câmara da Segunda Seção, de 02/05/2017).

Desse modo, entendo que deve ser adotado no presente processo a mesma conclusão quanto aos aportes realizados pela Recorrente nas contas de previdência complementar dos diretores e gerentes, i.e., que os valores aportados no plano de previdência complementar se tratavam na realidade de salário variável (Bônus), sobre os quais na realidade devem incidir os tributos devidos. Considero como razões de decidir os fundamentos do voto vencedor do acórdão 2301-005.238 da 1ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 2ª Seção de julgamento, o qual aliás, foi baseado no acórdão nº 2401-004.939 que tratou de lançamento de outra empresa do mesmo grupo:

Descaracterização de Plano de Previdência Complementar

Incidência de Contribuições Previdenciárias

Trata-se de lançamento de contribuições previdenciárias sobre pagamentos de remuneração, efetuados pela empresa, através de crédito nas contas de Previdência Complementar dos empregados e contribuintes individuais elegíveis a BÔNUS. Estes lançamentos referem-se ao Plano FGB de Contribuição Variável junto à seguradora ITAÚ VIDA E PREVIDÊNCIA S.A,

no período de 06/2009 a 07/2009. Constatado o pagamento de previdência privada de forma dissimulada pela empresa, tais valores passaram a integrar o salário de contribuição base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Afirma a recorrente que os valores pagos a título de previdência complementar aberta não integra o salário de contribuição por força dos artigos 26 e 29 da LC 109/01, e entende ser inaplicável a Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea ‘p’.

Sobre a matéria transcrevo excertos do voto da Consleheira Miriam Denise Xavier Lazarini, no acórdão nº 2401004.939, de 04/07/2017, ao analisar lançamento idêntico de outra empresa do mesmo grupo:

“Diante da possibilidade de se aplicar mais de uma lei perante um mesmo caso, os critérios clássicos de resolução do conflito sempre prezaram pela exclusão de uma das lei (critério hierárquico, da especialidade e cronológico), e não pela conformação de todas as existentes na busca de tutelar a relação jurídica posta na melhor forma possível, tornando o sistema jurídico harmônico. Sobre o tema, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto 4.657/42, na redação dada pela Lei 12.376/10, estabelece que a lei nova nem sempre revoga ou modifica a anterior:

Art. 2º. [...]

§2º A lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Percebe-se então a necessidade de o Direito ser analisado como um todo, viabilizando a aplicação conjunta das normas citadas, já que ambas tratam do sistema previdenciário.

Assim, o disposto na Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea ‘p’, deve ser analisado em conformidade com o que determina a LC 109/01, artigos 16,26,68 e 69.

Sobre a previdência complementar, a Constituição Federal em seu art. 202, dispõe:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral da previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. (grifo nosso)

§ 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.

§ 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.

Vê-se, portanto, que o regime de previdência privada deve estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício de caráter previdenciário contratado. Se assim o for, as contribuições vertidas pelo empregador (patrocinador do plano) não integram a remuneração, logo, não são base de cálculo de contribuição previdenciária.

Não cabe aqui interpretação diversa, pois somente cabe falar em previdência complementar quando suas características estão presentes. No caso da previdência complementar, deve ser observado o disposto na LC 109/01. Quanto à Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea 'p', ela deve ser aplicada no que não for incompatível com a LC 109/01, pois esta é especial e posterior àquela.

A LC 109/01, no que tange a previdência complementar, dispõe que:

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. (grifo nosso)

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 contrata 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 empresa 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 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.

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.

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. (grifo nosso)

§ 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.

Da leitura dos dispositivos legais citados, conclui-se que para um plano ser considerado de previdência complementar, devem ser observadas as seguintes condições:

- i) constituição de reservas que garantam o benefício contratado; e*
- ii) as entidades de previdência complementar têm por objetivo instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário.*

Pode-se observar ainda que a LC 109/01 inovou ao dispor que os planos coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios

previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante, poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador. E ainda determinou que 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 e que sobre essas contribuições não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Contudo, não há como interpretar o art. 69 da LC 109/01, sem antes observar o comando constitucional (art. 202) e o disposto no art. 1º da própria LC 109/01, onde se impõe a necessidade do caráter previdenciário e a constituição de reservas.

O caráter previdenciário está ligado à finalidade do sistema e não ao instrumento que o viabiliza. Tem como objetivo prover uma renda adicional aos trabalhadores quando do atendimento dos requisitos de elegibilidade aos benefícios previstos nos planos. Pressupõe o pagamento de contribuições, a constituição de reservas e a sua capitalização; o interesse deliberado em formar reservas, capitalizando contribuições, para uso futuro, quando ocorrerem eventos incapacitantes para o próprio sustento do segurado pelo produto do seu trabalho, seja por idade avançada, doença ou acidente.

Assim, o caráter previdenciário de um plano de benefícios somente pode ser concretizado por meio da constituição de reservas, realizando-se aportes financeiros, que investidos, formarão a reserva matemática do plano, objetivando-se atender às necessidades futuras.

A previsão legal do participante resgatar contribuições tem por objetivo resguardar seu direito de reaver as contribuições que verteu para o plano, caso não queira mais participar.

Entretanto, a previsão de resgates da contribuição para o plano efetuado pela patrocinadora, na forma com ora se apresenta, retira, por completo, o caráter previdenciário do plano contratado, configurando, como demonstrou a fiscalização, que o plano foi usado simplesmente para remunerar os trabalhadores.

Assim, os valores pagos a título de previdência complementar, regime aberto, não estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, situação que não se verifica no presente caso.

Acrescente-se que para o plano em análise, também não restaram cumpridos os requisitos do art. 10 da LC 109/01;

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; (grifo nosso)

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.

No item 3.1 do contrato firmado entre a Louis Dreyfus e a Itaú Vida, consta que o plano disponível a todos os empregados e/ou administradores da instituidora que sejam elegíveis. Esta cláusula é genérica, pois não há discriminação de quem são os empregados ou administradores elegíveis, ou seja, que podem ser admitidos no plano. (Grifos no original)”

Portanto, a oferta do plano de previdência era feita a quem a empresa desejava, sem nenhuma previsão contratual, também efetuava as contribuições de forma totalmente discricionária.

Plano Aprovado Pela Susep

A recorrente alega que seu plano foi aprovado pela Susep e, por isso, está de acordo com a legislação.

Saliente-se que a atividade da Susep como órgão reguladora e fiscalizador, previsto na LC 109/01, quis assegurar ao participante a solvência do plano, devendo sempre ser avaliado seu equilíbrio financeiro e atuarial. A fiscalização das entidades de previdência complementar aberta pela Susep não afasta a competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária, conforme determina o § 4º do art. 41 da LC 109/01:

Art. 41 No desempenho das atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar, os servidores do órgão regulador e fiscalizador terão livre acesso às respectivas entidades, delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

[...]

§ 4º O disposto neste artigo aplica-se, sem prejuízo da competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária.

Portanto, não é porque a comercialização do referido plano de previdência foi autorizada pelo órgão competente e o contrato foi

celebrado com a entidade de previdência complementar regularmente constituída, que a autoridade fiscal não pode desqualificá-lo, para fins fiscais, se ficar comprovado que os valores pagos, o foram como instrumento de incentivo ao trabalho.

Aporte e Resgates

Sobre os valores aportados e resgatados nos Plano de Previdência Privada mantidos pela empresa fiscalizada, conforme consta no TVF, mediante diligência na seguradora ITAÚ VIDA E PREVIDÊNCIA S/A, FOI CONTATADO QUE:

- o Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável (Tipo FGB-Fundo Garantidor de Benefício) só apresentava Contribuições Extraordinárias da Instituidora (LDCA). Os resgates eram constantes (Totais ou parciais), indicando desvirtuamento do instituto de Previdência Privada pois, atuariamente, inviabilizava renda futura aos beneficiários, diversos resgates quase que em seguida ao aporte.

Analisando o contrato de previdência complementar anexado às efls. 91/104, verifica-se essa possibilidade, conforme as seguintes cláusulas:

12. RESGATE. Durante o período de diferimento será permitido ao Participante, após 60 (sessenta) dias a contar da data do protocolo da proposta de inscrição, solicitar o resgate total ou parcial da Provisão do Participante, observada a legislação vigente na ocasião da solicitação e o disposto na cláusula 12.3 adiante.

...

12.3 O resgate, parcial ou total, pelo Participante, de contribuições extraordinárias aportadas pela INSTITUIDORA poderá ser efetuado a qualquer momento a partir do 5º (quinto) dia útil contado da data em que a INSTITUIDORA fizer o aporte respectivo, mediante entrega da solicitação pelo participante.

12.3.2 O intervalo mínimo entre resgates das contribuições extraordinárias da INSTITUIDORA é de 03 (três) dias úteis contados a partir do último crédito.

Vê-se que há autorização expressa para resgates logo após os aportes, contrariando, inclusive o disposto na Resolução CNSP 139/05, art. 56, § 4º:

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.

Alega ainda a recorrente que as disposições contratuais sobre contribuições e resgates estão em consonância com a Circular SUSEP nº 338/07, que altera e consolida critérios de funcionamento, operação e cobertura por sobrevivência oferecida por planos de previdência.

Tal circular dispõe que:

Art. 8º. Para planos estruturados na modalidade de contribuição variável, o valor e a periodicidade das contribuições poderão ser definidos na proposta de inscrição, sendo facultado ao participante efetuar pagamentos adicionais a qualquer tempo.

...

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. (Grifamos)

Contudo, além de ter descumprido os prazos estabelecidos também na Circular SUSEP nº 338/07, ainda com base nesta Circular, o sentido de 'saldo da provisão matemática de benefícios a conceder' passível de resgate foi dado conforme abaixo:

CAPÍTULO III DA PROVISÃO MATEMÁTICA DE BENEFÍCIOS A CONCEDER

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES COMUNS

Art. 13. Deverão ser mantidas aberturas do saldo de provisão matemática de benefícios a conceder que permitam o perfeito acompanhamento do plano e a imediata prestação de informações de caráter obrigatório.

[...]

DOS PLANOS COLETIVOS INSTITUÍDOS PERÍODO DE VESTING

Art. 15 O saldo da provisão matemática de benefícios a conceder constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora, líquidos de carregamento, quando for o caso, deverá ser integrado ao saldo da provisão matemática de benefícios a conceder a que fazem jus os participantes, com estrita observação e cumprimento das cláusulas do contrato que regem o vesting.

Art. 16. Além do disposto nos art. 13 e 14 desta Circular, a EAPC deverá manter controle analítico da provisão matemática de benefícios a conceder constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora, segregando os valores referentes a participantes que tenham descumprido as cláusulas de vesting. (Grifamos_

Observe-se que as condições para o resgate do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, quando constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora/patrocinadora, não se restringe à observância de prazos de carência mínimos (art. 19) e entre os resgates (art. 19, § 1º). De acordo com a Circular SUSEP nº 338/07, o resgate também estaria sujeito à observância de cláusulas de vesting, assim conceituadas no ato normativo:

Art. 5º Considera-se vesting o conjunto de cláusulas constantes do contrato entre a EAPC e a instituidora, a que o participante, tendo expresso e prévio conhecimento, está obrigado a cumprir para que lhe possam ser oferecidos e postos à sua disposição os recursos das provisões decorrentes das contribuições pagas pela instituidora, líquidos de carregamento, quando for o caso.

No contrato do plano de previdência ora em análise, não se verificou a instituição de tais cláusulas de vesting, haja vista que bastaria a observância do prazo (5º dia útil contado da data em que as instituidoras fizessem os aportes respectivos), e que fosse formalizada a solicitação, para que o participante pudesse resgatar os recursos das provisões decorrentes das contribuições pagas pela instituidora. Mais um elemento a confirmar o caráter sui generis do contrato ora analisado.

Daí que os preceitos relativos aos prazos de resgates previstos na Circular SUSEP nº 338/07, não podem ser interpretados isoladamente dos demais preceitos normativos ali contido, principalmente quando se verifica uma clara distinção de tratamento e destinação, estabelecida pelos atos normativos, entre os aportes de recursos feitos pelos próprios Participantes e pela Instituidora/Patrocinadora.

Sem razão a recorrente ao alegar que após a remessa dos valores cabia à instituição seguradora a responsabilidade de zelar pelas regras instituidoras da previdência complementar e de seus órgãos regulamentadores e se os resgates ocorrerem em desacordo com a legislação, é de exclusiva responsabilidade da instituição seguradora, pois a possibilidade do resgate já estava prevista no contratos firmados, sem observar a legislação de regência.

Na verdade, o plano foi desqualificado como um todo, porque, além de tudo que já foi dito, as cláusulas contratuais acerca dos resgates não observaram a legislação de regência. O fato de os resgates terem ocorrido no ínfimo prazo previsto no contrato apenas confirmou que a contratação do plano não visava a constituição de reservas que garantissem os benefícios contratados, mas apenas o pagamento de valores de natureza salarial.

Ademais, da análise dos valores apresentados pela fiscalização, vê-se que na grande maioria dos casos, os resgates parciais representava, a quase totalidade dos recursos aportados pela autuada (cotejo entre DOC 03 (RESGATES efls. 246/257) e DOC 05 9APORTES PLANO FGB-efls. 259/260).

Portanto, uma vez descaracterizado o plano de previdência complementar citado, todos os valores aportados foram considerados como salário de contribuição.

Em resumo, não é porque o plano de previdência privada aqui analisado foi autorizado pelo órgão competente e foi celebrado contrato com uma entidade de previdência complementar regularmente constituída que a autoridade tributária estaria impedida de desqualificá-lo, tendo em vistas as circunstâncias analisadas em que os valores aportados

constituíram política remuneratória destinada a incentivar ou retribuir o trabalho de diretores e gerentes por meio de BÔNUS.

E portanto, os aportes realizados a título de contribuição a plano de previdência complementar não podem servir de propósito para converter salário, gratificação, bônus ou prêmio em parcelas não submetidas à incidência do imposto de renda retido na fonte.

3. Da exigência da multa isolada pela falta de retenção do IR na fonte

A autoridade fiscal considerou que os aportes realizados no plano de previdência complementar do diretor tratavam-se de remuneração disfarçada e por isso entendeu que sobre os valores depositados deveria incidir o IRRF.

A responsabilidade pela retenção do IRRF é da fonte pagadora, nos termos dos artigos 717 e 722 do RIR/99.

Responsabilidade da Fonte

"Art. 717. Compete à fonte reter o imposto de que trata este Título, salvo disposição em contrário (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, arts. 99 e 100, e Lei nº 7.713, de 1988, art. 7º, § 1º)."

Responsabilidade da Fonte no Caso de não Retenção

"Art. 722. A fonte pagadora fica obrigada ao recolhimento do imposto, ainda que não o tenha retido (Decreto-Lei nº 5.844, de 1943, art. 103).

Parágrafo único. No caso deste artigo, quando se tratar de imposto devido como antecipação e a fonte pagadora comprovar que o beneficiário já incluiu o rendimento em sua declaração, aplicar-se-á a penalidade prevista no art. 957, além dos juros de mora pelo atraso, calculados sobre o valor do imposto que deveria ter sido retido, sem obrigatoriedade do recolhimento deste."

No entanto, a Autoridade Fiscal não está exigindo o IRRF, mas a multa isolada, por falta de retenção, com base no Parecer Cosit nº 1/2002:

Parecer Normativo Cosit nº 1 de 24/09/2002

"IRRF. ANTECIPAÇÃO DO IMPOSTO APURADO PELO CONTRIBUINTE. NÃO RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA. PENALIDADE.

Constatada a falta de retenção do imposto, que tiver a natureza de antecipação, antes da data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física, e, antes da data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica, serão exigidos da fonte pagadora o imposto, a multa de ofício e os juros de mora.

Verificada a falta de retenção após as datas referidas acima serão exigidos da fonte pagadora a multa de ofício e os juros de mora isolados, calculados desde a data prevista para recolhimento do imposto que deveria ter sido retido até a data fixada para a entrega da declaração de ajuste anual, no caso de pessoa física, ou, até a data prevista para o encerramento do período de apuração em que o rendimento for tributado, seja trimestral, mensal estimado ou anual, no caso de pessoa jurídica; exigindo-se do contribuinte o imposto, a multa de ofício e os juros de mora, caso este não tenha submetido os rendimentos à tributação."

A multa isolada está prevista no artigo 9º da Lei 10.426/2002, combinado com o art. 44 da Lei 9.430/1996:

"Lei 10.426/2002 - 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 15 de junho 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."

Em suas contrarrazões, alega a Recorrente que a multa isolada prevista no artigo 9º da Lei 10.426/2002 só poderá ser cobrada de quem for o responsável pelo pagamento do tributo não recolhido. E no caso de IRRF, a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se, no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste anual.

Assim, ultrapassado o prazo de entrega da Declaração de Ajuste Anual do Imposto de Renda da Pessoa Física, o imposto não retido somente poderia ser exigido da pessoa física, e da mesma forma a multa do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, que deve sempre acompanhar o tributo (principal) lançado, e no entender da Recorrente só poderia ser cobrada da pessoa física, e não mais da fonte:

II— FUNDAMENTO SUBSIDIÁRIO DA IMPUGNAÇÃO: DO NÃO CABIMENTO DE MULTA ISOLADA

Ainda que se entenda que os valores contribuídos pela Recorrente aos planos de previdência complementar integram a remuneração dos seus funcionários, o que se admite apenas para argumentar, de qualquer modo é incabível a cobrança da multa isolada, cuja imposição foi assim justificada pelo i. fiscal autuante, "verbis":

"O lançamento correspondente à Infração apurada (Multa Isolada – Falta de Retenção ou Recolhimento do IRRF), referente às verbas de natureza salarial pagas, pela fiscalizada, mediante depósito em conta de previdência privada, está embasado no art. 9º da Lei nº 10.426/2002." (destaques nossos)

Com, efeito, assim dispõe o artigo 90 da Lei nº 10.426/02, "verbis":

"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

O artigo 44 da Lei nº 9.430/96, por sua vez, assim estabelece, "verbis":

"Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

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;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal:

a) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;

b) na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica."

Como se pode observar, conquanto a multa prevista no inciso II possa ser exigida isoladamente, o mesmo não ocorre com a multa do inciso I, que só pode ser exigida em conjunto com o valor (principal) do tributo devido.

Assim, conquanto o inciso 1 do artigo 44 permita a exigência da multa no caso de falta de recolhimento, ela evidentemente só poderá ser cobrada de quem for responsável pelo pagamento do tributo não recolhido.

Ora, considerando-se que o próprio Parecer Normativo COSIT 01/2002 invocado pela d. autoridade fiscal e também pela r. decisão recorrida determina que "Quando a incidência na fonte tiver a natureza de antecipação do imposto a ser apurado pelo contribuinte a responsabilidade da fonte pagadora pela retenção e recolhimento do imposto extingue-se no caso de pessoa física, no prazo fixado para a entrega da declaração de ajuste *anual*, é evidente que depois do prazo de entrega da declaração de ajuste anual da pessoa física, quando o imposto só pode ser exigido desta e não mais da fonte, a multa do inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, Que deve sempre acompanhar o tributo (principal) lançado, só poderá ser cobrada da pessoa física, e não mais da fonte.

Não assiste razão à Recorrente.

A multa que está sendo exigida não é a prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96, esta aplicada ao beneficiário dos rendimentos, e conforme esclarecido pela autoridade Fiscal, encerrado o prazo para entrega da Declaração de Ajuste Anual da Pessoa Física (relativo ao fato gerador do imposto), a responsabilidade pelo pagamento do IRRF passa a ser do beneficiário dos rendimentos, e não da fonte pagadora.

Ocorre que o que está sendo exigido no presente processo é a multa pelo não cumprimento, por parte da fonte pagadora, da obrigação de efetuar a retenção e o recolhimento do IRRF, a título de antecipação. Penalidade esta aplicada à fonte pagadora, com fundamento no art. 9º, da Lei nº 10.426, de 24/04/2002, com a redação dada pelo artigo 16, da Lei nº 11.488, de 15/06/2007:

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).

É evidente que a redação do art. 9º, da Lei nº 10.426/02 não comporta a interpretação que a Recorrente pretende lhe atribuir, ou seja, que ficaria exonerada da multa após o prazo de entrega da declaração.

Como já exposto, a penalidade aplicada é decorrente de falta de cumprimento de obrigação acessória por parte da Recorrente, uma vez que contribuinte é o beneficiário do pagamento e não a Recorrente. Isso fica patente com a Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 16, de 27/12/2001, que foi convertida na Lei nº 10.426, de 2002:

"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, instituindo nova hipótese de incidência, preenchendo lacuna da legislação anterior."

A aplicação da multa isolada à fonte pagadora por não retenção do imposto, mesmo depois de ultrapassado o prazo da entrega da DIRPF, parece ser o entendimento majoritário no CARF, conforme se verifica pela ementas de julgado abaixo colacionados:

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 nº 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007. (Acórdão 2402-006.064, de 07 de março de 2018 da 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção).

=====

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 nº 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 quando não configurado o caráter previdenciário desses planos.

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

A falta de retenção ou 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 nº 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007. (Acórdão 9101-004.656, de 16 de janeiro de 2020 da 1ª Turma da CSRF)

=====

MULTA E JUROS ISOLADOS. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA. Após o encerramento do período de apuração, a responsabilidade pelo pagamento do imposto de renda passa a ser do beneficiário dos rendimentos. É cabível, no entanto, a aplicação, à fonte pagadora, da multa e juros isolados pela falta de retenção ou de recolhimento ainda que os rendimentos tenham sido submetidos à tributação no ajuste. (acórdão 1302-004.335, de 11 de fevereiro de 2020, da 2ª Turma Ordinária da 3ª Câmara da 1ª Seção).

=====

OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA. MULTA ISOLADA

Após o encerramento do período de apuração, 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 nº 10.426, de 2002, mantida pela Lei nº 11.488, de 2007, ainda que os

rendimentos tenham sido submetidos à tributação no ajuste. Nesta hipótese, não há que se falar em retroatividade benéfica da Lei no. 11.488, de 2007. (Acórdão nº 9202-005.326, de 30 de março de 2017 da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais).

Portanto a multa isolada por falta de retenção do IRRF sobre remuneração paga a pessoas físicas deve ser mantida.

Lembrando que a exigência dos juros isolados foram exonerados pela DRJ.

Conclusão

Por todo o exposto voto em rejeitar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Wilson Kazumi Nakayama