



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

Processo nº 10314.723039/2014-22
Recurso nº De Ofício e Voluntário
Acórdão nº 2401-004.939 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de julho de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÃO SOCIAL. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.
Recorrentes LOUIS DREYFUS COMMODITIES BRASIL S.A
FAZENDA NACIONAL

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 trabalhadores, mas desde que não seja 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 SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

A multa de ofício integra o crédito tributário, logo está sujeita à incidência dos juros de mora a partir do mês subsequente ao do vencimento.

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA.

A aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996, depende da comprovação inequívoca da conduta dolosa do contribuinte, o que não ocorreu no presente caso, posto que a Autoridade Fiscal não logrou comprovar, com motivos suficientes, a sua ocorrência.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso voluntário, e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento. Vencida a conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa que dava provimento ao recurso voluntário. Por unanimidade, em conhecer do recurso de ofício e, no mérito, por maioria, negar-lhe provimento, vencida a relatora. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Carlos Alexandre Tortato.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Relatora e Presidente.

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato - Redator Designado

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Cleberson Alex Friess, Carlos Alexandre Tortato, Francisco Ricardo Gouveia Coutinho, Rayd Santana Ferreira, Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez, Andrea Viana Arrais Egypto e Luciana Matos Pereira Barbosa.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração - AIs lavrados contra a empresa em epígrafe, cujos créditos tributários são os descritos a seguir:

Obrigação Principal:

- DEBCAD 51.063.058-8 - referente a contribuição social previdenciária correspondente à contribuição da empresa, inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT), incidente sobre a remuneração paga a segurados empregados e contribuintes individuais.
- DEBCAD 51.063.059-6 - referente a contribuição social destinada a terceiros - Salário Educação, Incra e Sebrae, incidente sobre valores pagos a segurados empregados.

As contribuições foram lançadas nos levantamentos PC – Previdência Complementar Empregados e PI – Previdência Complementar Individual.

Consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 482/503) que:

A empresa fornece três tipos de planos de previdência complementar aos segurados: Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL coletivo, Vida Gerador de Benefício Livre - VGBL coletivo e Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável.

O Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável não atende às condições estabelecidas no artigo 56, §4º, da Resolução do Conselho Nacional de Seguros Privado - CNSP nº 139/2005 e no artigo 28, §9º, “p”, da Lei 8.212/1991, motivos pelos quais os valores pagos a esse título foram considerados como salário-de-contribuição.

Nos termos do artigo 56, §4º, da Resolução CNSP 139/2005, somente podem ser resgatadas as contribuições da pessoa jurídica aos planos de previdência privada após a carência de um ano civil completo, contado a partir do mês de janeiro do ano subsequente ao da contribuição.

Contudo, no plano contribuição variável fornecido pela empresa, o resgate das contribuições extraordinárias da instituidora poderia ser efetuado a qualquer momento, sem que existisse outra contribuição do participante ou da instituidora que garantisse a provisão matemática para a concessão dos benefícios.

O aporte e o respectivo resgate da conta extraordinária em nome dos participantes demonstra que o plano foi usado simplesmente para remunerar os mesmos, retirando, assim, o objetivo para o qual a previdência privada foi criada, que é garantir um benefício complementar ao regime geral de previdência social.

Nos termos da Lei 8.212/91, artigo 28, §9º, “p”, o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, não integra o salário de contribuição, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, observados, no que couber, os artigos 9º e 468 da CLT.

Apesar de constar no item 3.1 do contrato firmado entre a Louis Dreyfus e a Itaú Vida que o plano é disponível a todos os empregados e/ou administradores da instituidora que sejam elegíveis, mas a sua adesão será facultativa, a contribuição é totalmente discricionária, a critério da empresa.

O total de segurados empregados e contribuintes individuais do tipo 5 (diretores não empregados) declarados em GFIP nos anos de 2009 e 2010 é de aproximadamente 5.000 segurados. Entretanto, houve apenas 231 beneficiados com aporte no plano de contribuição variável em 2009 e 185 deles em 2010.

Desse modo, fica claro que o plano não atende o requisito previsto da Lei 8.212/91, artigo 28, §9º, “p”, pois fica a critério da empresa as contribuições e respectivos segurados.

Os valores das contribuições da empresa no plano de contribuição variável, por empregado e competência, estão relacionados no ‘Anexo A – Valores de aportes do ano de 2009’ e no ‘Anexo B – Valores de aportes no ano de 2010’.

Esses valores foram contabilizados nas contas ‘Bônus EPP a pagar’, ‘Bônus CPP a pagar’, ‘Bônus a pagar’ e ‘Contribuição a Pagar’.

A multa de ofício de 75% sobre o valor do débito apurado foi aplicada em dobro (150%), nos termos da Lei 9.430/96, artigo 44, §1º, em razão do procedimento adotado pela empresa, consistente em depositar os valores de bônus em conta de previdência complementar privada, para evitar que a autoridade fiscal tomasse ciência da obrigação principal em sua totalidade, configurar a sonegação prevista no artigo 71 da Lei 4.502/64.

Cientificado do lançamento, o contribuinte apresentou impugnação, na qual afirma que os aportes para plano de previdência privada não se caracterizam como remuneração, que seu plano está de acordo com a legislação e questiona a multa qualificada.

Foi proferido o Acórdão 14-56.523 - 10ª Turma da DRJ/RPO, fls. 726/736, com a seguinte ementa e resultado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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

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

PRINCIPIO DA ESPECIALIDADE. CONFLITO APARENTE ENTRE NORMAIS LEGAIS.

Ainda que o artigo 69, §1º, da Lei Complementar nº 109/2001 estabeleça a não incidência de tributação e contribuições de qualquer natureza sobre as contribuições do empregador aos planos de previdência complementar, em se tratando de contribuições previdenciárias deve ser observada a restrição prevista no artigo 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/91, em obediência ao princípio da especialidade, prevista no artigo 2º, §2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942).

MULTA DE OFÍCIO QUALIFICADA. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA.

A aplicação da multa de ofício qualificada, prevista no artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/1996, depende da comprovação da ocorrência de umas das situações previstas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

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.

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGÜIÇÃO.

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

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

Da leitura do voto, vê-se que foi excluída a qualificadora da multa. Diante disso, a DRJ recorreu de ofício de sua decisão.

Cientificado do Acórdão em 7/4/15 (Termo de ciência por abertura de mensagem de fl. 757), o contribuinte apresentou recurso voluntário em 30/4/15, fls. 759/792, que contém os mesmos argumentos da defesa, em síntese:

Diz estar dentro da legalidade o aporte de contribuições extraordinárias para grupos específicos de funcionários.

Afirma que a questão está no conflito entre a Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea 'p' e a LC 109/01, artigos 26 e 69.

Relata que de acordo com o acórdão de impugnação, o conflito normativo é resolvido por meio da aplicação do princípio da especialidade, e que no caso aplica-se a Lei 8.212/91.

Entende que enquanto a Lei 8.212/91 condiciona que um mesmo benefício de natureza previdenciária deve ser vertido para todos os empregados, a LC 109 permite que certos benefícios sejam oferecidos para certos grupos específicos de funcionários e prevê a imunidade das contribuições.

Aduz que a previdência complementar privada teve incentivos que foram acatados pelo legislador, buscando a constituição pelos particulares de fundos para fins previdenciários.

Diz que o objetivo do legislador com a regulamentação da LC 109 é claro: incentivar a previdência complementar. Dentre os mecanismos de incentivos está a imunidade das contribuições efetuadas pelo empregador à título de previdência complementar para o planos de previdência.

Assim, entende que a LC é mais dotada de especialidade ao regulamentar a previdência complementar privada. O seu nascimento deriva de emenda constitucional que incluiu dentre os objetivos da previdência social, a previdência complementar.

Afirma que a LC 109, por regular especificamente a previdência privada, é mais especial que a Lei 8.212/91, tendo o acórdão recorrido aplicado equivocadamente o princípio da especialidade.

Explica que a oferta de planos diferentes para grupos de empregados específicos não encontra vedação legal. Cita decisões do CARF.

Aduz que mantém um outro plano de previdência privada que é extensivo à totalidade de seus funcionários, atendendo, assim, o disposto na Lei 8.212/91, artigo 28, § 9º, alínea 'p' e ao requisito da disponibilidade a todos os seus empregados. A única diferença é que os aportes para diretores e gerentes são realizados em um segundo plano de previdência.

Entende ser incorreto o entendimento de que os regates efetuados pelos beneficiados estariam em desconformidade em relação ao artigo 56 da Resolução CNSP nº 139/2005. O parágrafo 4º desse artigo dispõe que os regates das contribuições devem ocorrer apenas após o transcurso do período de carência, qual seja, um ano civil completo.

Afirma que seu plano foi aprovado pela SUSEP e no texto aprovado há a autorização expressa para que os resgates ocorram imediatamente e na forma estabelecida no contrato celebrado pela recorrente e a Instituição Organizadora da Previdência (itens 9.3, 12 e 12.3).

Diz que as disposições contratuais acima 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.

Ressalta que a SUSEP é a autarquia responsável pela aprovação dos planos de previdência complementar oferecidas ao mercado. Dessa forma, os planos que são aprovados por ela gozam de presunção de adequação à legislação vigente. Não aceita o argumento de que a aprovação pela SUSEP não implicaria em conformidade com a legislação fiscal.

Acrescenta 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. Nesse caso, deveria a instituição seguradora garantir que os resgates feitos pelos beneficiados ocorressem de acordo com as normas

instituidoras dos planos de previdência. Assim, se os resgates ocorrerem em desacordo com a legislação, é de exclusiva responsabilidade da instituição seguradora.

Entende que não há certeza e liquidez no crédito lançado, pois os valores resgatados não estão relacionados aos valores aportados. É Impossível se identificar - com base na metodologia aplicada pelo auditor fiscal - se os valores aportados naqueles exercícios foram de fato resgatados, ou se os valores resgatados correspondiam ao acúmulo decorrente de aportes de outros exercícios. Portanto, o Auto de Infração padece de requisito essencial previsto pelo artigo 142 do CTN.

Diz ser ilegal a incidência de juros de mora sobre a multa de ofício.

Requer seja dado provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Miriam Denise Xavier Lazarini, Relatora.

ADMISSIBILIDADE

Conheço do recurso de ofício, pois o valor exonerado pela DRJ supera o limite de alçada.

O recurso voluntário foi oferecido no prazo legal, assim, deve ser conhecido.

RECURSO DE OFÍCIO

O julgador de primeira instância excluiu a qualificadora da multa, conforme segue:

Conforme consta do Relatório Fiscal, a multa de ofício de 75% sobre o valor do débito apurado foi aplicada em dobro (150%), nos termos do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, em razão do procedimento adotado pela empresa, consistente no pagamento de bônus através de conta de previdência complementar privada, configurar a prática de sonegação, conforme prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

Contudo, a simulação de negócio jurídico, através da utilização de planos de previdência privada para pagamento de bônus, não consta como fundamento do lançamento em análise. Essa informação apenas foi utilizada na fundamentação da multa qualificada, sem qualquer correlação com o lançamento.

Na verdade, a utilização de planos de previdência privada para pagamento de bônus foi utilizada com fundamento do lançamento e da multa qualificada do processo nº 10314.722131/2014-75, em nome de Louis Dreyfus Commodities Agroindustrial S.A., integrante do mesmo grupo econômico da impugnante.

Assim sendo, ante a falta de motivação para a aplicação da multa de ofício qualificada, ela deve ser excluída.

Observe-se que consta do Termo de Verificação Fiscal - TVF, no item 12.10, que os valores das contribuições para o plano de previdência complementar foram contabilizados nas contas 'Bônus EPP a pagar', 'Bônus CPP a pagar', 'Bônus a pagar' e 'Contribuição a Pagar'.

E ainda, sob o título "Da qualificação da multa de ofício", no item 14.3.4 e 14.3.5, a fiscalização explica que:

14.3.4. A ocorrência da conduta de sonegação por parte do contribuinte fica caracterizada quando se verifica que a fiscalizada tinha total conhecimento da legislação, ou seja, forjou a desvirtuação de um produto financeiro chamado PREVIDENCIA PRIVADA, para pagamento de Remuneração

Variável. Isto está claro quando para o plano PGBL e VGBL, citados neste relatório, há uma Previdência Privada nos moldes legais e com operacionalização condizente com as premissas de tal produto financeiro. (grifo nosso)

14.3.5. O dolo está visível, pois, para evitar que a autoridade fiscal tomasse ciência da obrigação principal em sua totalidade, já que ofereceu outras verbas salariais à tributação, quis disfarçá-la com o título de Previdência Privada, mas, sem as características legais e operacionais inerentes a esta verba. (grifo nosso)

Assim, apesar de não ter a fiscalização explicitado que se trata de pagamento de bônus através de conta de previdência complementar privada, como afirmado no acórdão de impugnação, ela cita as contas contábeis no item 12.10 do termo de verificação fiscal.

Ademais, este não é o único motivo apontado no TVF para qualificação da multa de ofício. Conforme destacado nos trechos acima transcritos, restou caracterizada a evidente conduta de sonegação.

Sendo assim, dou provimento ao recurso de ofício, e restabeleço a qualificadora da multa de ofício.

MÉRITO

O lançamento teve por base o que determina a Lei 8.212/91, art. 28:

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

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

[...]

III - para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; [...]

CR/88, LC 109/2001 E LEI 8.212/91

Afirma a recorrente que valores pagos a título de previdência complementar aberta não integram o salário de contribuição por força dos artigos 26 e 69 da LC 109/01, e entende ser inaplicável a Lei 8.212/91, art. 28, §9º, alínea 'p'.

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 leis (critérios 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 CR/88, no art. 202, assim dispõe:

*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. (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. 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. (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 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.

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 efetuada pela patrocinadora, na forma como ora se apresenta, retira, por completo, o caráter previdenciário do plano contratado, configurando, como bem 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 é 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.

Assim, **além de ofertar o plano a quem desejava**, sem nenhuma previsão contratual, também **efetuava as contribuições de forma totalmente discricionária**, conforme relatado.

PLANO APROVADO PELA SUSEP

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

Quanto à atividade do órgão regulador e fiscalizador, no caso a Susep, a LC 109/01 assim dispõe:

Art. 7º Os planos de benefícios atenderão a padrões mínimos fixados pelo órgão regulador e fiscalizador, com o objetivo de assegurar transparência, solvência, liquidez e equilíbrio econômico-financeiro e atuarial.

Vê-se, portanto, que o legislador quis assegurar ao participante a solvência do plano, devendo sempre ser avaliado seu equilíbrio financeiro e atuarial.

Entretanto, 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 a LC 109/01, art. 41, § 4º:

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 se trata de aporte de recursos a plano de previdência complementar aberta, ou ainda, porque a comercialização de referido plano de previdência foi autorizada pelo órgão competente e o contrato foi celebrado com 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.

RESGATES

Quanto ao resgate, conforme consta no item 12.1.3 do TVF, nos contratos firmados, tem-se que:

Durante o período de diferimento será permitido ao participante após 60 (sessenta) dias a contar da data do protocolo da proposto de inscrição, solicitar o resgate total ou parcial da provisão do Participante (tem 12 do contrato).

a. 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 (item 12.3),

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

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 os 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.** (grifo nosso)*

*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.** (grifo nosso)*

§ 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.

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 da provisão matemática de benefícios a conceder** que permitam o perfeito acompanhamento do plano e a imediata prestação de informações de caráter obrigatório. (grifo nosso)*

[...]

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. (grifo nosso)*

*Art. 16. Além do disposto nos arts. 13 e 14 desta Circular, a EAPC deverá manter controle analítico do **saldo 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. (grifo nosso)*

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 contidos, 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 nos 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.

LIQUIDEZ E CERTEZA

Entende a recorrente que não há certeza e liquidez no crédito lançado, pois os valores resgatados não estão relacionados aos valores aportados.

Da análise dos valores apresentados pela fiscalização, vê-se que na grande maioria dos casos, os resgates parciais representavam a quase totalidade dos recursos aportados pela atuada.

Ademais, uma vez descaracterizado o plano de previdência complementar citado, todos os valores aportados foram considerados como salário de contribuição, não havendo que se falar que não há liquidez e certeza no crédito apurado, pois a base de cálculo foi perfeitamente determinada, tendo sido cumpridos os requisitos do CTN, art. 142.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO

Ao contrário do que entende o recorrente, incide juros de mora sobre a multa de ofício.

O CTN, no art. 161, dispõe que:

Art. 161. O crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária.

A Lei 9.430/96, art. 61, determina:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

[...]

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

O conceito de crédito tributário abrange a multa de ofício, portanto, não efetuado o pagamento no prazo legal, incide juros de mora sobre o principal e a multa de ofício.

No mesmo sentido, manifestou-se a Câmara Superior de Recursos Fiscais, no processo 10980.723322/2015-82, Acórdão 9202-004.250, de 23/6/16, com a seguinte ementa:

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.

CONCLUSÃO

Voto por conhecer do recurso de ofício, e, no mérito, dar-lhe provimento.

Voto por conhecer do recurso voluntário, e, no mérito, negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini

Voto Vencedor

Conselheiro Carlos Alexandre Tortato - Redator Designado

Do Recurso de Ofício

Em que pese a argumentação trazida pela i. Relatora para o fim de dar provimento ao recurso de ofício, abri divergência a respeito da decisão proferida e fui, assim, acompanhado pela maioria do colegiado, razão pela qual apresento o presente voto vencedor especificamente quanto ao recurso de ofício.

A decisão de piso, já reproduzida no voto vencido, foi bastante clara para fundamentar a razão pela qual deveria a multa de ofício qualificada ser afastada:

Conforme consta do Relatório Fiscal, a multa de ofício de 75% sobre o valor do débito apurado foi aplicada em dobro (150%), nos termos do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, em razão do procedimento adotado pela empresa, consistente no pagamento de bônus através de conta de previdência complementar privada, configurar a prática de sonegação, conforme prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/64.

Contudo, a simulação de negócio jurídico, através da utilização de planos de previdência privada para pagamento de bônus, não consta como fundamento do lançamento em análise. Essa informação apenas foi utilizada na fundamentação da multa qualificada, sem qualquer correlação com o lançamento.

Na verdade, a utilização de planos de previdência privada para pagamento de bônus foi utilizada com fundamento do lançamento e da multa qualificada do processo nº 10314.722131/2014-75, em nome de Louis Dreyfus Commodities Agroindustrial S.A., integrante do mesmo grupo econômico da impugnante.

Assim sendo, ante a falta de motivação para a aplicação da multa de ofício qualificada, ela deve ser excluída.

Ora, o fato do plano de previdência privada ter sido desconsiderado como tal e incluído na base de cálculo do lançamento das contribuições previdenciárias, por si só, não implica no automático reconhecimento da conduta dolosa de sonegação da recorrente.

E, o Termo de Verificação Fiscal, no qual caberia à Autoridade Fiscal ter realizado a demonstração da conduta dolosa, se furtou sobre tal. Não há no referido documento as razões suficientes para demonstrar quais fatos indicariam a conduta dolosa da recorrente para o fim de ensejar a qualificação da multa. Simplesmente, a Autoridade Fiscal faz menção aos fatos que ensejaram a desconsideração do plano de previdência privada, o que entendo não ser suficiente para a aplicação da multa no patamar de 150% (cento e cinquenta por cento).

Isto posto, por fundamentação insuficiente, entendo que deve ser afastada a aplicação da multa qualificada, como realizado pela autoridade fiscal, mantendo-se incólume a decisão de piso nesse ponto, negando-se provimento ao Recurso de Ofício.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato