



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

Processo nº 16327.001607/2010-44
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.439 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de julho de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S.A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2008

NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. ERRO NA BASE DE CÁLCULO. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. PRELIMINAR AFASTADA.

Os casos de nulidade no PAF estão arrolados no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972. Constatado erro na base de cálculo, mas sem alteração do critério jurídico adotado para a atuação, não há se falar em nulidade. Assim, a matéria deve ser analisada como mérito, uma vez que não houve elementos que possam dar causa à nulidade alegada.

DECADÊNCIA. PROCEDÊNCIA.

O Superior Tribunal de Justiça diante do julgamento do Recurso Especial nº 973.733-SC, em 12/08/2009, afetado pela sistemática dos recursos repetitivos, consolidou entendimento que o termo inicial da contagem do prazo decadencial seguirá o disposto no art. 150, §4º do CTN, se houver pagamento antecipado do tributo e não houver dolo, fraude ou simulação; caso contrário, observará o teor do art. 173, I do CTN.

Nesse sentido, o recorrente comprovou ter havido pagamento do tributo, ainda que parcial. Assim, nos termos da Súmula 99 do CARF, para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.

PLANO COLETIVO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR INSTITUÍDO POR ENTIDADE ABERTA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO PREVIDENCIÁRIO. INSTRUMENTO REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA.

Os valores dos aportes a planos coletivos de previdência complementar de entidade aberta, ainda que ofertado plano diferenciado a grupo ou categoria distinta de trabalhadores da empresa, não integram a base cálculo da contribuição previdenciária, mas desde que não utilizados como instrumento de incentivo ao trabalho, concedidos a título de gratificação, bônus ou prêmio. A falta de comprovação do propósito previdenciário do plano, que deve destinar-se à formação de reservas para garantia dos benefícios contratados, implica a tributação das contribuições efetuadas pela empresa instituidora ao plano de previdência privada aberta.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. MULTAS. ALTERAÇÃO LEGISLATIVA. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Na aferição acerca da aplicabilidade da retroatividade benigna, prevista no Art. 106 do CTN, não basta a verificação da denominação atribuída à penalidade, tampouco a simples comparação entre percentuais e limites. É necessário, antes de tudo, que as penalidades sopesadas tenham a mesma natureza material, portanto que sejam aplicáveis ao mesmo tipo de conduta.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA SELIC. INCIDÊNCIA.

Incidem juros de mora, à taxa Selic, sobre a multa de ofício não recolhida no prazo legal.

INCONSTITUCIONALIDADE DA MULTA CONFISCATÓRIA. APLICABILIDADE DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE JUROS DE MORA

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARF n.º 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, (a) por unanimidade de votos: (a.1) conhecer parcialmente do recurso, não conhecendo das alegações de inconstitucionalidade de lei; (a.2) rejeitar as preliminares, (a.3) reconhecer a decadência dos períodos de janeiro de 2005 a novembro de 2005 e (a.4) reconhecer o equívoco na base de cálculo do auto de infração, nos termos do relatório de diligência fiscal; (b) pelo voto de qualidade, negar provimento ao recurso voluntário quanto às demais questões; vencidos os conselheiros Wesley Rocha (relator), Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato, que davam provimento ao recurso voluntário para considerar válido o plano de previdência privado complementar instituído pela recorrente, reduzir a multa aplicada ao percentual de 20% e considerar inaplicável juros sobre multa de ofício. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Reginaldo Paixão Emos.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

(assinado digitalmente)

Reginaldo Paixão Emos - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Junior, Monica Renata Mello Ferreira Stoll (suplente convocada), Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa, Antônio Savio Nasureles, Juliana Marteli Fais Feriato, Wesley Rocha, e Reginaldo Paixão Emos (suplente convocado em substituição ao conselheiro João Maurício Vital). Ausente justificadamente o conselheiro João Maurício Vital.

Relatório

Resumo sucinto do processo em nota de roda pé ¹.

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de primeira instância, que julgou improcedente a impugnação apresentada pela interessada.

Por bem descrever os fatos da autuação, de maneira assertiva e resumida, adoto o relatório lançado pelo relator que me antecedeu, quando da decisão proferida em forma de Resolução:

O processo teve início com o Auto de Infração (AI) nº 37.298.5173, lavrado em 01/12/2010, que constituiu crédito tributário relativo a contribuições de terceiros, incidentes sobre remunerações pagas aos empregados sob a forma de previdência privada complementar em desacordo com a legislação, no período de 01/2005 a 12/2008, tendo resultado na constituição do crédito tributário de R\$ 667.787,96, fls. 01. (fl. 03 do e-processo).

A fiscalização apurou que a recorrente fez pagamentos de previdência privada a seus Diretores e Superintendentes num plano denominado PGBL- Suplementar que não era extensível a todos os empregados.

Existia um Plano I disponível a todos os empregados e diretores, e outro plano chamado “Plano de Benefícios Suplementares”, na modalidade PGBL, disponível apenas a Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargo de Assessor da Diretoria.

¹ 1. AUTO DE INFRAÇÃO fls. 03/19

2. _RELATÓRIO FISCAL DO AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÕES PRINCIPAIS - AIOP, DEBCAD nº 37.298.517-3 - Fls. 36/48

3. IMPUGNAÇÃO fls. 55/131

4. ACÓRDÃO DE IMPUGNAÇÃO fls. 498/513

5. RECURSO VOLUNTÁRIO fls. 518/602

6- RESPOSTA À DILIGÊNCIA fls. 643/645

Para o plano básico, a contribuição da empresa instituidora era de 4%, ao passo que no plano suplementar a contribuição superava tal percentual em dezenas de vezes. A autoridade fiscal fez considerações sobre as características do plano em cotejamento com a Lei Complementar 109/2001, destacando que esta, bem como a Lei 8.212/91, exigia que os planos estivessem disponíveis a todos os empregados e diretores.

Durante o curso da fiscalização não foram fornecidas memórias de cálculo que demonstrassem a metodologia de cálculo das contribuições de modo a evidenciar o caráter previdenciário dos pagamentos.

Foi providenciado um levantamento na Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) que demonstrou que os aportes eram substanciais superando em alguns casos a metade da remuneração declarada, fls. 83.

Verificou-se nos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal do Brasil (SRF) que os aportes no plano PGBL-Suplementar, via de regra, eram resgatados em janeiro de cada ano pelos beneficiários.

Após tomar ciência pessoal da autuação em 10/12/2010, fls. 01, a recorrente apresentou impugnação, fls. 315/403, na qual apresentou argumentos similares aos constantes do recurso voluntário.

A 14ª Turma da DRJ/São Paulo I, no Acórdão de fls. 720/739, julgou a impugnação improcedente, tendo a recorrente sido cientificada do decisório em 25/04/2011, fls. 746.

O recurso voluntário, apresentado em 24/05/2011, apresentou argumentos conforme a seguir resumimos.

Argumenta que a base de cálculo das exações ora em discussão contém também as contribuições básicas feitas pela empresa, embora a autoridade fiscal tenha questionado somente os pagamentos para o PGBL-Suplementar.

Não concorda com a argumentação do Acórdão a quo, no sentido de o Relatório Fiscal teria deixado claro que foram incluídas somente as parcelas referentes ao plano de previdência suplementar. Entende que, ao contrário, o item 32 do Relatório informou, contraditoriamente, ter incluído também os aportes do plano básico.

Por conta de tal vício na base de cálculo, o auto de infração estaria eivado de nulidade.

Pleiteia a exclusão do lançamento de fatos geradores atingidos pela decadência, tendo esta prazo de cinco anos e dias a quo aquele do art. 150, §4º do CTN.

Aponta que a diferença entre os benefícios fornecidos aos empregados em geral e o mesmo benefício oferecido aos ocupantes de cargos de direção não pode ser utilizada como justificativa para afastar a isenção prevista no art. 28, §9, alínea “p” da Lei 8.212/91.

Colaciona decisão deste CARF na qual as disparidades de percentuais de contribuição ao plano de previdência não afastou a isenção.

Insiste que existe plano de previdência complementar disponível a todos os empregados – fato que nem a fiscalização teria discordado.

Possui um único plano, aprovado pela SUSEP, e não dois como alega a fiscalização. Seu plano contempla contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes e contribuições e benefícios suplementares diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos.

Ainda que se admitisse que possui dois planos de previdência, o caso seria similar ao de assistência médica para os quais a Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF)

já decidiu que os planos de saúde não precisam ser idênticos a todos os empregados, mas apenas extensivos a todos (Acórdão 920200.295).

Depois de deixar anotado um exaustivo roteiro sobre a regulamentação de previdência privada, desde a Constituição até as normas infralegais, passa a defender que existe amplo direito a resgate, total ou parcial, em relação aos valores aportados pela empresa.

O eventual resgate pelo beneficiário não pode ser tomado como indicativo de descumprimento das normas que regem o Sistema de Previdência Complementar.

Insiste que a legislação, a jurisprudência e a doutrina reconhecem que as contribuições a planos de previdência privada tem natureza assistencial ou previdenciária e não salarial.

Assinala que são duas as condições para que as contribuições a planos de previdência privada sejam assim consideradas: a) que as contribuições sejam pagas a empresa de previdência privada legalmente constituída e b) que o Plano seja disponível a todos os empregados e dirigentes da empresa.

Ataca ao adicional de 2,5%, entendendo ser este inconstitucional.

Requer a aplicação da multa mais benéfica.

Aponta a ilegalidade da aplicação de juros de mora sobre a multa, colacionando jurisprudência sobre o tema.

Entende que a Taxa Selic não pode ser aplicada, pois utiliza componentes e cálculos não especificamente previstos em lei, mas em norma do BACEN.

Iniciado o julgamento, a Turma entendeu que haveria informações conflitantes capaz de atingir o resultado do processo, em razão de possível vício na base de

cálculo, podendo culminar em eventual decisão de nulidade do auto de infração, nos seguintes termos:

"O Acórdão a quo, ao negar a inclusão do plano básico, baseou-se nas informações do Relatório Fiscal, apesar de a então impugnante ter juntado planilhas apontando que os aportes do plano básico de previdência foram incluídos no lançamento.

Temos, então, informações conflitantes por parte da fiscalização e da recorrente, ambas com elementos de prova a favor de quem alega.

Com a devida vênia, entendemos que as provas juntadas pela empresa não podem ser descartadas sem que haja a manifestação da autoridade fiscal para esclarecer o seu procedimento.

Embora possamos decidir genericamente pela exclusão da base de cálculo dos valores relativos ao plano básico, tal previdência não permitiria ou dificultaria a ação da defesa quanto à insurgência sobre o quantum a ser excluído.

Assim, é todo recomendável a conversão do julgamento em diligência".

A diligência retornou positiva, da qual consta nas fls. 643/645.

A fim de completar o relatório, verifica-se que a recorrente apresentou nas fls. 518/602 seu recurso Voluntário, alegando, além do que já foi descrito acima sobre a nulidade do lançamento, também contestou o seguinte:

- Decadência do crédito apurado no período de janeiro de 2005 a novembro de 2005, com base na aplicação do artigo 150, parágrafo 4º, do CTN.

- A improcedência do lançamento em razão do atendimento a todas as condições constitucionais, legais e infralegais para a exclusão do plano de previdência complementar do salário de contribuição

- A correta aplicação da base de cálculo das Contribuições previdenciárias;

- discorreu sobre a legalidade do plano de previdência privada mantido pela recorrente;

- aponta a inexistência das violações legais apontadas pela fiscalização, em especial sobre os planos Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo, do tipo Plano Garantidor de Benefício Livre - PGBL. Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade de Contribuição Variável.

- alega a impossibilidade da exigência do adicional de 2.5% devidos a título de contribuição ao INSS, uma vez que, segundo seu entendimento, não poderiam ter sido calculados levando-se em conta a alíquota adicional de 2,5%, por representar tal exigência clara discriminação em relação a todas as demais empresas, em flagrante violação ao princípio da isonomia esculpido

na Constituição Federal, reiterando em seu recurso a inconstitucionalidade sobre tema.

- Sobre a multa pediu para que fosse aplicada, em superando o mérito, dispositivo mais benéfica, referente aos fatos geradores.

- discorreu também sobre ilegalidade da exigência de juros sobre a multa lançada.

Diante dos fatos narrados, é o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Wesley Rocha - Relator

O recurso voluntário apresentado está revestido do requisito formal de tempestividade e matéria de competência dessa Turma. Portanto, dele o conheço. Assim, passo a analisar os pontos atacados em recurso.

DAS PRELIMINARES

DA NULIDADE DA BASE DE CÁLCULO

O tema sobre a nulidade da calculo não pode prosperar, uma vez que não foi alterado o critério jurídico utilizado pela fiscalização, diante do resultado positivo da diligência que retornou com a identificação de erro meramente aritmético na base de cálculo.

Entendo que, o erro na base de calculo remonta apenas valores, que nesse caso é para menor, favorável à Contribuinte e que deve ser tratada como matéria de mérito.

Isso porque os casos de nulidades, no processo administrativo fiscal se limitam às situações elencadas no artigo 59, do Decreto 70.235, de 1972:

"Art. 59. São nulos:

I – os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II – os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou

suprir-lhe a falta. (Parágrafo acrescentado pela Lei 8.748, de 1993.)".

O art. 60 do referido Decreto, 70.235/1972, menciona que as irregularidades, incorreções e omissões não configuram nulidade, devendo ser sanadas se resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio:

"Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Ocorre que nesse caso, aplicando os dispositivos acima mencionados, não se verificam-se as causas de nulidades listadas referente ao auto de infração, no que tange à base de cálculo, uma vez que o critério jurídico adotado pela fiscalização (autuação das contribuições feitas pela empresa referentes ao plano básico e ao plano suplementar), não teria sido alterado com o resultado de valores lançados.

Nesse sentido, está pacificado em nossos Tribunais o princípio de *nullité sans grief*, ou seja: não há nulidade sem prejuízo.

Assim, não acato a preliminar de nulidade, devendo ser objeto de análise de mérito, uma vez que a base de cálculo possui erro quanto ao *quatum* apurado.

DO MÉRITO

DO RETORNO DA DILIGÊNCIA E DA BASE DE CÁLCULO

Aduz a recorrente o seguinte:

"Como se depreende do Relatório do Auto de Infração a fiscalização questiona apenas os aportes feitos pela empresa a seus dirigentes no âmbito do PGBL - Empresarial - 6. Termo Aditivo de 30/06/1999 - contribuições suplementares.

No entanto, na base de cálculo das exações ora exigidas foram computadas também as contribuições básicas feitas pela empresa a seus dirigentes no âmbito do Plano II para Plano de Previdência na modalidade:

Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL e de Benéfico Definido - PBD - Contribuições Básicas, conforme Contrato Previdenciário de 20.05.200(1 (doc.13), o que será demonstrado em perícia que desde logo se requer. Em razão disso o levantamento fiscal é imprestável o que implica nulidade do Auto de Infração como um todo porque a base de cálculo das exações está viciada".

A matéria, no meu entender, é de aplicação de mérito, uma vez que o critério jurídico adotado não foi alterado com a diminuição dos valores da base de cálculo, e não cerceou direito de defesa da recorrente. Nesse sentido, a diligência foi concluída junto às fls. 643/645, nos seguintes termos:

"Da análise dos documentos apresentados em resposta ao Termo de Início de Procedimento Fiscal, em conjunto com os

*lançamentos contábeis (fls. 149 a 241) e o Faturamento referente à Previdência Complementar (fls. 256 a 298) apresentados durante a ação fiscal que ensejou a lavratura do Auto de Infração e já anexados ao presente Processo Administrativo Fiscal, **conclui-se que as contribuições referentes ao plano básico de previdência foram indevidamente incluídas nas bases de cálculo, devendo estas serem retificadas conforme relacionado a seguir**”:*

PREVIDÊNCIA PRIVADA SUPERINTENDENTES EXECUTIVOS				
COMP.	CODIGO DE LEVANTAMENTO	VALOR LANÇADO	PLANO BÁSICO	LANÇAMENTO RETIFICADO
jan/05	011	169.660,58	16.408,92	153.251,66
fev/05	011	172.443,96	17.680,28	154.763,68
mar/05	011	172.547,77	17.784,09	154.763,68
abr/05	011	183.046,61	17.784,09	165.262,52
mai/05	011	186.586,32	21.323,80	165.262,52
jun/05	011	184.668,81	19.406,29	165.262,52
jul/05	011	197.673,00	17.784,09	179.888,91
ago/05	011	198.232,12	18.343,21	179.888,91
set/05	011	204.385,42	18.343,21	186.042,21
out/05	011	204.457,94	18.415,73	186.042,21
nov/05	011	209.246,31	21.955,44	187.290,87
dez/05	011	222.657,20	35.366,33	187.290,87
TOTAL 2005		2.305.606,04	240.595,48	2.065.010,56
jan/06	011	221.695,80	17.088,36	204.607,44
fev/06	011	219.934,31	20.174,83	199.759,48
mar/06	011	157.531,59	16.032,41	141.499,18
abr/06	011	175.650,35	18.179,38	157.470,97
mai/06	011	175.650,35	18.179,38	157.470,97
jun/06	011	178.693,92	21.222,95	157.470,97
jul/06	011	187.773,05	18.179,38	169.593,67
ago/06	011	188.016,70	18.423,03	169.593,67
set/06	011	197.152,52	18.423,03	178.729,49
out/06	011	197.289,68	18.560,19	178.729,49
nov/06	011	202.871,25	21.603,76	181.267,49
dez/06	011	690.574,03	35.240,02	655.334,01
TOTAL 2006		2.792.833,55	241.306,72	2.551.526,83

jan/07	011	212.054,19	18.560,19	193.494,00
fev/07	011	214.564,14	18.844,23	195.719,91
mar/07	011	214.615,92	18.896,01	195.719,91
abr/07	011	237.827,44	18.896,01	218.931,43
mai/07	011	240.977,53	22.046,10	218.931,43
jun/07	011	237.827,44	18.896,01	218.931,43
jul/07	011	250.976,00	18.896,01	232.079,99
ago/07	011	251.278,93	19.198,94	232.079,99
set/07	011	259.466,42	19.198,94	240.267,48
out/07	011	259.569,12	19.301,64	240.267,48
nov/07	011	267.505,23	22.451,73	245.053,50
dez/07	01	711.816,64	36.635,49	675.181,15
TOTAL 2007		3.358.479,00	251.821,30	3.106.657,70
jan/08	011	255.552,20	18.005,26	237.546,94
fev/08	011	260.189,17	18.497,82	241.691,35
mar/08	011	258.497,82	18.497,82	240.000,00
abr/08	011	258.673,84	18.673,84	240.000,00

mai/08	011	261.997,18	21.997,18	240.000,00
jun/08	011	258.673,84	18.673,84	240.000,00
jul/08	011	258.673,84	18.673,84	240.000,00
ago/08	011	259.753,55	19.753,55	240.000,00
set/08	011	259.753,55	19.753,55	240.000,00
out/08	011	260.011,56	20.011,56	240.000,00
nov/08	011	263.334,90	23.334,90	240.000,00
dez/08	012	3.115.396,73	37.765,61	3.077.631,12
TOTAL 2008		5.970.508,18	253.638,77	5.716.869,41

Assim, ficou evidente o vício apontado, devendo ser acolhido a irresignação da recorrente para diminuir os valores atribuídos na base de cálculo, onde deve ocorrer a correção, conforme apontado na diligência realizada.

DA DECADÊNCIA

Aduz a recorrente que o processo foi parcialmente contaminado pelos efeitos da decadência, especificamente quanto aos períodos de **janeiro/2005 a novembro/2005**. Pede a recorrente a aplicação do disposto no artigo 156, inciso V, do CTN. Conforme se constata das fls. 671/721, a contribuinte juntou os comprovantes de pagamentos dos períodos citados.

A contribuinte foi intimada do auto de infração em 10/12/2010 (fls. 02).

O Superior Tribunal de Justiça consolidou seu entendimento no Recurso Especial n.º 973.733, de 12/08/2009, julgado sob o regime dos recursos repetitivos, de aplicação obrigatória a este Tribunal. Nesse sentido, o prazo decadencial para o Fisco lançar o crédito tributário é de cinco anos, contados: **i) a partir da ocorrência do fato gerador, quando houver antecipação de pagamento e não houver dolo, fraude ou simulação** (art. 150, §4º, CTN); ou **ii) a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado**, no caso de ausência de antecipação de pagamento (art. 173, I, CTN).

Portanto, os cinco seriam contados a partir dos fatos geradores, correspondentes a 01/2005 e competências seguintes, até 11.2005, já que com a regra interpretada pelo STJ teria se consumado o prazo decadencial no período mencionado, uma vez que a intimação ocorreu no período de 12.2010. Assim, transcorridos os 5 anos decadenciais.

Assim, **deve ser declarada a decadência do período de janeiro de 2005 até novembro de 2005**, uma vez que os comprovantes dos pagamentos foram juntados ao feito.

Nesse sentido, a DRJ de origem não acatou a decadência por não ter sido recolhido em rubricas adequadas ao lançamento, conforme transcrição de parte da decisão, *in verbis*:

"5.2. Conforme consta nos autos, as remunerações descritas no item 1.1, objeto do presente lançamento de ofício, não estavam, ao início da ação fiscal, declaradas nas GFIPs da Autuada, isto é, esta não as considerou integrantes do salário-de-contribuição das contribuições previdenciárias devidas, tanto é que não houve pagamento antecipado das mesmas, condição indispensável para aplicação do disposto no § 4º do art. 150 do CTN. Deste modo, a ausência de qualquer recolhimento referente às contribuições incidentes sobre tais verbas conduz à aplicação do artigo 173, I, do CTN, para efeito do início de contagem do prazo decadencial para constituição do crédito correspondente, in verbis:"

Entretanto, de acordo com a Súmula CARF nº 99, "Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração."

Nessas circunstâncias, existindo recolhimento de contribuições, o dispositivo a ser aplicado é o art. 150, § 4º, do CTN, independente se não ocorrer recolhimento específico sobre a mesma rubrica, devendo ser acatada a decadência dos períodos de janeiro de 2005 a novembro de 2005.

DO PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR

Inicialmente, cumpre destacar que já foi amplamente citada as legislações aplicadas ao caso, desde menção da Constituição até a lei específica aplicada ao caso concreto. Assim, entendo ser desnecessário citar todo o conjunto de normas legais que são utilizados ao presente processo, salvo item específico, do qual pode ser considerado importante para fundamentação do presente voto ².

Por outro lado, entendo ser importante destacar o ponto controverso nos autos, a fim de que se possa, de maneira clara e objetiva, decidir sobre a matéria posta em julgamento.

Segundo a fiscalização, foram encontrados dois planos de previdência complementar: i) Plano I de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresas, disponível à totalidade de seus empregados e diretores desde 20/06/1985, e um outro; ii) Plano de Benefícios Suplementares na modalidade PGBL, disponível apenas para Diretores

² A fim de registrar a Legislação aplicada ao presente processo, cito os respectivos dispositivos: Art. 202 da CF; Artigo 28, parágrafo 9º, alínea "p", e art. 32, inciso IV, da Lei n.º 8.212/1991; Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, em seu art. 214, parágrafo 9º, inciso XV; artigos 16 e 19, da Lei Complementar nº 109/2001.

Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria, de acordo com cláusula 2.1 do 6o Termo Aditivo, datado de 30/07/1999.

Assim, a fiscalização entendeu que a recorrente teria descaracterizado o plano de previdência privada complementar, em razão de não cumprimento das formalidades legais quanto à extensão do plano de previdência privada complementar, considerando como sendo um segundo plano suplementar, o PGBL, e concluindo que a contribuinte teria implementado dois planos distintos, conforme transcrevo parte do relatório fiscal, e seus principais pontos levantados como "ilegais" (fl. 41):

"(...)

20. A empresa foi intimada a apresentar o regulamento de previdência complementar e seus aditivos e constatou-se que a mesma possui um Plano de Previdência Complementar, denominado "Plano I de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresas", disponível a totalidade se seus empregados e diretores desde 20/06/1985. Entretanto, constatou-se que existe um outro plano, chamado "Plano de Benefícios Suplementares", na modalidade PGBL, disponível apenas para Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em
 "(...)

Nesse ponto, destaco que a recorrente alega que não implementou dois planos de previdência privada complementares, mas *apenas um com modalidades diferentes*, conforme transcrevo parte de suas argumentações no recurso voluntário:

"Isto porque, diferentemente do que concluiu o Ilustre Fiscal, a Recorrente NÃO POSSUI DOIS PLANOS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR "um ... denominado 'Plano I de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresas', disponível a totalidade de seus empregados e diretores desde 20/06/1985" e "outro ... chamado "Plano de Benefícios Suplementares", na modalidade PGBL, disponível apenas para Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargo de Assessor da Diretoria, de acordo com a cláusula 2.1 do 6o Termo Aditivo, datado de 30/07/1999".

Na verdade, atualmente, a Recorrente possui aberto UM ÚNICO PLANO denominado "Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo - Plano II - do tipo Plano Gerador de Benefícios Livres - PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável, devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/01-23, o qual contempla contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa e contribuições e benefícios suplementares diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos" (6o Termo Aditivo) (doe. 03 e 04 da impugnação).

Nesse sentido, a DRJ de origem compreendeu estar correto o lançamento, reproduzindo a seguinte fundamentação (fl. 827):

6. Quanto aos planos de previdência privada complementar oferecidos pela Autuada, é irrelevante seu argumento de que possui um único plano, extensivo a todos seus empregados e dirigentes, estando os benefícios suplementares aos diretores e

superintendentes previstos em termo aditivo a esse mesmo plano - a questão-chave envolve a disponibilidade do plano suplementar apenas a um grupo restrito de dirigentes.

6.1. Via de regra, havendo o contrato de previdência complementar privada, a garantia da contraprestação futura (aposentadoria ou investimento) é provida pelos aportes à conta do participante, inclusive por parte do empregador, os quais convertem-se em benefício econômico não eventual para seus empregados e dirigentes, decorrente do seu trabalho, configurando tal parcela, pois, salário-utilidade e sendo, por conseguinte, integrante do salário-de-contribuição previdenciário.

Assim, diante dos documentos acostados aos autos, em análise da legislação vigente, pode-se afirmar que há abertura interpretativa da norma, sendo que na verdade, o conjunto probatório reúne convicção de que o plano implementado pela recorrente é na verdade um único plano, contendo nele a modalidade do plano extensivo a outros cargos, em diferentes benefícios.

Esse conjunto interpretativo, pode conter um elemento exemplificativo: aqueles funcionários do plano básico, podem chegar a ter os benefícios do plano dos altos cargos da empresa?

Diante das informações trazidas tanto pelo fisco, quanto pela recorrente, a resposta seria sim! Isso porque, segundo o próprio relatório fiscal, o plano considerado básico é extensivo a todos os funcionários da empresa, e o plano complementar PGBL, seria um aditivo em que os funcionários que estão na empresa durante um longo período, nomeados a cargos maiores podem ter acesso a uma espécie de complemento do plano básico.

Nesse ponto, entendo que assiste razão a recorrente.

A fiscalização somente restringiu a informar que o plano suplementar seria restrito a funcionários do alto escalão, podendo a coordenação do plano barrar a entrada do determinado funcionário. Porém, deixou a fiscalização de apresentar algum tipo de exemplo que pudesse fazer jus à menção de que a empresa poderia impedir o benefício a algum funcionário específico, e de deixou de detalhar ponto importante, pois de acordo com a cláusula 2.1 do 6º Termo Aditivo, datado de 30/07/1999, o plano existe há longo tempo.

Ficou configurado que o plano básico, acessível a todos funcionários, pode ser fornecido ao contribuinte do plano, possuindo um dos requisitos importantes para a sua vigência, quais sejam: regras claras e objetivas, bem como a participação do sindicato. Nota-se que esses últimos elementos sequer foram contestados pela fiscalização, pois ao que tudo indica correram dentro das exigências legais. Logo, pode-se concluir que: o plano de previdência privada, disponível a todos os cargos da empresa, pode ser conduzido para um complementar com faixas diferenciais de contribuições e benefícios.

Ademais, pode-se constatar um único processo de aprovação do plano, uma vez que o referido foi aprovado pela SUSEP, com indicação de processo citado pelo recorrente, qual seja, número 10.003048/01/23, o qual contempla contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa além de benefícios suplementares diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos (6º e 6ª Termo

Aditivo). Nele consta que: as contribuições ao PGBL serão suportadas pela Instituidora e pelo participante (clausula 3.3.); a instituidora fará contribuições mensais ao PGBL, individualizadas a cada participante (clausula 3.3.1.); O participante fará contribuições ao PGBL semestralmente, no percentual de 10% do valor da gratificação semestral que lhe for atribuída pela instituidora (clausula 3.3.2); Durante o período de diferimento, o participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da Conta de Reserva do Participante (Cláusula Quarta Do Resgate).

Nota-se que o plano I, do qual compôs a base de cálculo e que agora é retirado e mitigado, conforme se constata do retorno das informações da diligência fiscal, é extensivo a todos os participantes, suprimindo a exigência legal.

Em processo semelhante da mesma contribuinte, e mesmo plano questionado, porém em períodos diferentes, a Turma julgadora teve a mesma conclusão, por maioria de votos, diante do Acórdão n.º 2403002.310, julgado em 17 de outubro de 2013, do Conselheiro relator Marcelo Magalhães Peixoto, com parte do voto assim transcrito:

"Diante disso, entendo por estar preenchido o requisito da disponibilidade a todos os empregados e dirigentes da empresa, de plano de previdência privada, uma vez que, conforme acima exposto, a legislação apenas exige que haja um plano nesse sentido e que ele seja extensivo a totalidade de empregados e dirigentes, dando uma regra apenas quantitativa, horizontal, do conjunto de integrantes daquela empresa, e não um aspecto qualitativo, vertical, do valor do benefício.

A Câmara Superior de Recursos Fiscais em caso que tratava de assistência médica, que possui o mesmo requisito da previdência privada, julgou no Processo Administrativo n. 35318.001033/200509, Recurso n. 246.376, Acórdão 920200.295, 2ª Turma, que a legislação traz exclusivamente a necessidade de ser extensivo à totalidade de empregos e dirigentes e que a exigência de outros pressupostos, como a necessidade de planos idênticos à todos os empregados é de cunho subjetivo do intérprete da lei, extrapolando os limites da legislação ". (Processo16327.721262/201120).

A referida decisão, relativo ao processo n.º 16327.721262/201120 , teve a seguinte ementa:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Período de apuração: 01/06/2006 a 31/12/2008
PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA*

Nos tributos sujeitos a lançamento por homologação, o prazo decadencial das Contribuições Previdenciárias é de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, quando houver antecipação no pagamento, mesmo que parcial, por força da Súmula Vinculante nº 08, do Supremo Tribunal Federal.

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA. ABRANGÊNCIA A TODOS EMPREGADOS E DIRIGENTES. O sistema de previdência complementar, de caráter privado, facultativo e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, objetiva garantir a continuidade do padrão de bem-estar correspondente a fase em que o indivíduo laborava. Não há violação ao art. 28, § 9º, "p"

da Lei nº 8.212/1991, o fato de haver aportes suplementares por parte do empregador, à fim de manter o padrão de vida ostentado pelo beneficiário quando da época em que laborava. A legislação de regência não exige que o plano de previdência seja exatamente igual a todos os segurados, mas tão somente que seja extensível a todos. Interpretar de outra forma seria o mesmo que criar um novo requisito ao dispositivo, sem que a própria lei o tivesse criado. Recurso Voluntário Provido. Grifou-se.

Nessa mesma linha de entendimento, constatou-se outra decisão proferida por essa mesma Turma, conforme se transcreve parte do voto proferido:

Em relação ao plano de benefícios da entidade fechada, determina o artigo 16 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001 que esses devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores, equiparando-se a empregado, para efeitos dessa Lei, os gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes.

Mais adiante a Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, estabelece no Capítulo IV, artigo 36 as características de uma entidade aberta de previdência:

“Art. 36. As entidades abertas são constituídas unicamente sob a forma de sociedades anônimas e têm por objetivo instituir e operar planos de benefícios de caráter previdenciário concedidos em forma de renda continuada ou pagamento único, acessíveis a quaisquer pessoas físicas.”

Ao contrário da entidade fechada, a entidade aberta é acessível a qualquer pessoa física, não ficando restrita a empregados da entidade instituidora, por exemplo. Ademais, em relação aos benefícios instituídos pelas entidades abertas determina o artigo 26 da Lei Complementar em comento:

(...) Verifica-se que em relação ao plano de benefícios, não exige a legislação de regência, no caso das entidades abertas, que esse seja extensível a todos os empregados, tal como previsto para as entidades fechadas.

(...) Contudo, vale registrar que ainda sob a ótica da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, em especial o seu artigo 28, § 9º, alínea “p” exige que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, tem que ser disponível à totalidade dos empregados e dirigentes para que não seja alvo das contribuições previdenciárias.

No caso dos autos o plano de previdência estava disponível a todos os segurados empregados da recorrente, havendo apenas diferenças no 'modus operandi' do benefício, de acordo com o cargo ocupado pelo empregado de forma que quem ganha menos contribui menos ou até mesmo não contribui, o que revela o prestígio ao princípio da razoabilidade. A legislação de regência não exige que o plano de previdência seja exatamente igual a todos os segurados, mas tão somente que seja extensível

a todos. Interpretar de outra forma seria o mesmo que criar um novo requisito ao dispositivo supra, sem que a própria lei o tivesse criado.

Por essas razões entendo que o plano de previdência complementar instituído pela recorrente atende a legislação e, por isso, não pode acrescer a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

(CARF. Segunda Seção de Julgamento. Processo n. 10909.006800/200820, Acórdão n. 2301003.394 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, sessão de 13 de março de 2013. Relator do Voto Vencedor: Conselheiro Adriano Gonzales Silvério)

Nota-se que, a recorrente cumpriu os requisitos legais a ofertar o plano de previdência privada complementar a todos os beneficiários, tendo, em segundo momento, dentro do procedimento adotado pela contribuinte requisitos a elementos diferenciados em outro momento, quando esse funcionário de carreira passa a ocupar espaços diferentes dentro da corporação, do qual contém pela contemplação das **contribuições e benefícios básicos** aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa e **contribuições e benefícios suplementares** diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos. Nesse passo, entendo uma lógica do processo por meio da "meritocracia" (da empresa autuada), segundo os padrões exigidos pela empresa.

Aqui entramos no segundo momento levantado pela fiscalização: dos valores constatados para os resgates.

O fisco alega que apurou quantias "elevadas" de resgate, diferente dos beneficiários que receberiam pelo plano base, constando no relatório o seguinte: "*das verificações efetivadas por esta fiscalização verificou-se que os valores aportados na previdência complementar são substanciais, chegando, em alguns casos, a superar a metade do rendimento do trabalho anual*".

Quanto ao tema, a DRJ fundamentou o seguinte (fl. 828)

"6.7.1. Com perspicácia, elaborou o Auditor-Fiscal autuante planilhas comparativas que demonstram a grande relevância, da ordem de 38% a 65%, dos valores patronais aportados em relação aos rendimentos do trabalho declarados pelos diretores e superintendentes, sem que tivessem sido apresentadas as correspondentes memórias de cálculo, ressaltando-se que, no plano de benefícios extensivo a todos os empregados e dirigentes da Autuada, sua contribuição ao mesmo equivale a apenas 4% do salário do participante (...);

Em seu recurso, para defender as diferenças apontadas pelo fiscal, a recorrente explica o mesmo que argumentou em primeira instância: "os expressivos aportes às contas dos seus executivos visa manter-lhes o padrão de vida na aposentadoria, o que não se sustenta, pois, se ganham mais na atividade, é sobre estes ganhos que incide o percentual contratual de 4% previsto no plano a todos disponível, resultando, por óbvio, em acumulação de reservas suficiente para proporcionar-lhes renda de aposentadoria equivalente à remuneração atual".

Nesse sentido, segue as alegações da recorrente:

"Com efeito, um plano de Previdência Privada, como é o caso, visa proporcionar a todos os empregados a possibilidade de obter na inatividade vencimento em maior, próximos aos que na época em que estavam na ativa. Ou seja, visa proporcionar na inatividade remuneração integral ou o mais próximo possível disso, de modo a não acarretar uma sensível queda no padrão de vida do empregado/dirigente com o advento da aposentadoria. Enfim, o objetivo da aposentadoria complementar é minorar para os empregados (e para seus dependentes) os efeitos dos riscos sociais que os atingiram, no caso, a velhice, a doença e eventualmente a invalidez e a morte, e que dão origem à aposentadoria.

Com efeito, é um raciocínio que possui coerência e guarda elementos lógicos dos proventos percebidos quando da ativa dos contribuintes.

Nesse ponto, a contribuinte traz também interessante decisão em seu recurso, o qual consta o Acórdão nº 206-01.854, assim ementado:

"CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA EMPRESA - TERCEIROS - PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR - NÃO INCIDÊNCIA.

Os valores pagos pela empresa para o plano de previdência complementar dos seus empregados não integram o Salário-de-Contribuição quando esse benefício estiver disponível à totalidade dos empregados e dirigentes".

Nesse sentido, a lei não impõe percentuais para a concessão dos benefícios, basta que sejam acessíveis a todos os participantes.

Ademais, a avaliação de resgate pode ser realizada em algumas circunstâncias, com por exemplo uma forma indireta de investimento, desde que não afete as regras do plano ou da legislação. Inexiste impedimentos na Lei para essa ação.

Assim, entendo que os percentuais, isolados, por si só não teria o condão de desconfigurar o plano de previdência privado complementar. Igualmente, não foi verificado pela fiscalização resgates e pagamentos em períodos superiores ao permitido legal.

MULTA E RETROATIVIDADE BENIGNA

Ainda na eventualidade de restar vencido no julgamento das questões anteriores, analiso cobrança da multa, levantada pelo recorrente e aplicada no presente caso

Na data da ocorrência do fato gerador das contribuições sociais em questão, qualquer outro dispositivo que dispunha sobre normas punitivas aplicas à falta ou ao atraso do seu recolhimento, ou seja, não incidia sobre tais infrações multa de ofício. Assim, o atraso ou não pagamento das contribuições era punido única e exclusivamente pela multa de mora, cujo percentual variava segundo o momento do adimplemento.

Somente há que se falar em aplicação de multa de ofício aos fatos geradores ocorridos após a vigência da MP nº 449/08, a qual acrescentou a Lei nº 8.212/91 o art. 35A que prevê expressamente que nos casos de lançamento de ofício das contribuições sociais previstas

no art. 11 do mesmo diploma aplicar-se-á o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430/96 multa de ofício de 75%, podendo esta ser majorada a 150% caso ocorram as hipóteses de qualificação.

Desse modo, antes da edição da Medida Provisória nº 449/08, aos fatos geradores que ensejavam aplicação de penalidade pelo atraso ou pelo não pagamento das contribuições sociais aplicava-se multa de mora em percentual que variava, conforme data do efetivo pagamento, de 24% a 100% (art. 35, II e III da Lei 8.212/91 com redação anterior à Lei nº 10.941/09);

Após a Medida Provisória nº 449/08, nos termos do art. 61, a multa de mora é única e fixada em trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei nº 9.430/96).

Evidente, portanto, que a norma construída a partir da edição da Medida Provisória nº 449/08 é mais benéfica ao contribuinte, pois está limitada ao percentual de 20%, devendo ser aplicado o disposto no art. 106, II, alínea "c", do CTN, que impõe a aplicação retroativa de lei que comina penalidade menos gravosa ao contribuinte.

Deste modo, a multa de mora deve ficar limitada a 20%, nos termos da fundamentação.

DOS JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO

Alega o recorrente que os juros de mora sobre a multa de ofício não seriam aplicáveis, por ausência de previsão legal.

Conforme se constata do auto de lançamento, especificamente da página 19 do feito, não é possível concluir que foram aplicados juros sobre a multa. Porém, é corrente a utilização desse procedimento na atualização dos tributos quando das autuações dos contribuintes.

Assim, no contexto trazido pelo contribuinte, tenho que assiste razão sua pretensão de não incorrer na eventualidade da imposição dessa exigência pelo Fisco quando da atualização do crédito fiscal, uma vez que não há previsão legal para eventual aplicação de juros sobre a multa de ofício que acompanha o principal. Senão vejamos.

Os juros que atualizam a impontualidade ou a sonegação dos tributos da União é a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC), que foi criada pela Lei nº 9065/95, que teve sua origem na Medida Provisória n.º 947, de 22.03.1995 (reeditada sob ns. 972/95, em 20.04.95, e 998, em 19.05.95), do qual o artigo 13 assim dispõe:

"Artigo 13 - A partir de 1º de abril de 1995 os juros de que tratam a alínea "c" do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 8847, de 28 de janeiro de 1994 com redação dada pelo artigo 6º da Lei n. 8850, de 28 de janeiro de 1994 e pelo artigo 90 da Lei 8981/95 o artigo 84, inciso I, e o artigo 91, § único, alínea "a.2", da Lei 8981/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC - para títulos federais, acumulada mensalmente."

Posteriormente, o Congresso Nacional transformou a MP na Lei nº 9.065/95.

Portanto, a taxa SELIC é a taxa referencial oficial para aplicação dos tributos da União, conforme prevê, no art. 5º, §3º, e no art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996, as seguintes disposições:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

(...)

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."

A súmula CARF n.º 04 pacificou o entendimento da aplicação da taxa SELIC aos tributos federais, senão vejamos:

"Súmula 04. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

Já o Superior Tribunal de Justiça, em repercussão geral, nos moldes do artigo 543-C, do antigo CPC de 1973, manifestou o seguinte entendimento acerca da matéria:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (...)" (STJ. Resp 879844. Min. Rel. Luiz Fux. Dje 25/11/2009).

Nesse sentido, para que a taxa SELIC pudesse ser aplicada à multa de ofício, verifico que a pretensão deveria constar pelo menos no artigo 161 do CTN, logo abaixo citado, ou em outra

legislação em vigor:

"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.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito."(grifo nosso)

Conforme se depreende da interpretação do dispositivo acima, o crédito não pago no seu vencimento, integral ou não, é acrescido de juros de mora, mas não menciona nada sobre a atualização monetária da multa.

Sabe-se que a multa possui característica de penalizar o não pagamento, e é aplicada em conjunto com o valor principal, justamente para evitar sua reincidência ou lesão ao fisco, somado aos juros de mora, que inevitavelmente atualizam a impontualidade e não a uma penalidade, que por si só já é a aplicação de uma advertência para aquele que deixou de honrar com uma obrigação.

Consoante se observa da legislação em vigor e da jurisprudência não se vislumbra dispositivo possível de aplicar os juros sobre a multa.

A ausência de previsão legal para a incidência de juros sobre a multa de ofício vem sendo reconhecida pela jurisprudência deste CARF, ainda não consolidada mas que adotada em diversos julgados, conforme ementa do Acórdão 3402-002.929, de 24/02/2016, proferida no processo 13819.000810/200425, abaixo transcrito:

"EMENTA.

(...)

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO.

Não incidem juros de mora sobre a multa de ofício, por carência de fundamento legal expresse.

Recurso voluntário provido em parte".

Por entender ser mais didático, transcrevo parte da decisão proferida no Acórdão n.º 3403-002.367, deste Conselho, relatado pelo Conselheiro Rosaldo Trevisan:

"(...)

O assunto seria aparentemente resolvido pela Súmula nº4 do CARF:

"Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial e Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais" (grifo nosso).

Contudo, resta a dúvida se a expressão "débitos tributários"

abarca as penalidades, ou apenas os tributos. Verificando os acórdãos que serviram de fundamento à edição da Súmula, não se responde a questão, pois tais julgados se concentram na possibilidade de utilização da Taxa SELIC.

Segue-se então, para o art. 161 do Código Tributário Nacional, que dispõe:

“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.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica na pendência de consulta formulada pelo devedor dentro do prazo legal para pagamento do crédito.”(grifo nosso)

As multas são inequivocamente penalidades. Assim, restaria ilógica a leitura de que a expressão créditos ao início do caput abarca as penalidades. Tal exege-se equivaleria a sustentar que: “os tributos e multas cabíveis não integralmente pagos no vencimento serão acrescidos de juros, sem prejuízos da aplicação das multas cabíveis”.

A Lei nº 9.430/1996, por sua vez, dispõe, em seu art. 61, que:

“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.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se Glosa dos Valores Deduzidos mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento.

Novamente ilógico interpretar que a expressão “débitos” ao início do caput abarca as multas de ofício. Se abarcasse, sobre elas deveria incidir a multa de mora, conforme o final do comando do caput.

Mais recentemente tratou-se do tema nos arts. 29 e 30 da Lei nº 10.522/2002:

“Art. 29. Os débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Nacional e os decorrentes de contribuições arrecadadas pela União, constituídos ou não, cujos fatos geradores tenham ocorrido até 31 de dezembro de 1994, que não hajam sido objeto

de parcelamento requerido até 31 de agosto de 1995, expressos em quantidade de Ufir, serão reconvertidos para real, com base no valor daquela fixado para 1º de janeiro de 1997.

§ 1º A partir de 1º de janeiro de 1997, os créditos apurados serão lançados em reais.

§ 2º Para fins de inscrição dos débitos referidos neste artigo em Dívida Ativa da União, deverá ser informado à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o valor originário dos mesmos, na moeda vigente à época da ocorrência do fato gerador da obrigação.

§ 3º Observado o disposto neste artigo, bem assim a atualização efetuada para o ano de 2000, nos termos do art. 75 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, fica extinta a Unidade de Referência Fiscal – Ufir, instituída pelo art. 1º da Lei no 8.383, de 30 de dezembro de 1991.

Art. 30. Em relação aos débitos referidos no art. 29, bem como aos inscritos em Dívida Ativa da União, passam a incidir, a partir de 1º de janeiro de 1997, juros de mora equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia – Selic para títulos federais, acumulada mensalmente, até o último dia do mês anterior ao do pagamento, e de 1% (um por cento) no mês de pagamento.” (grifo nosso)

Veja-se que ainda não se aclara a questão, pois se trata da aplicação de juros sobre os “débitos” referidos no art. 29, e a expressão designada para a apuração posterior a 1997 é “créditos”. Bem parece que o legislador confundiu os termos, e quis empregar débito por crédito (e vice-versa), mas tal raciocínio, ancorado em uma entre duas leituras possíveis do dispositivo, revela-se insuficiente para impor o ônus ao contribuinte.

Não se tem dúvidas que o valor das multas também deveria ser atualizado, sob pena de a penalidade tornar-se pouco efetiva ou até inócua ao fim do processo. Mas o legislador não estabeleceu expressamente isso. Pela carência de base legal, então, entende-se pelo não cabimento da aplicação de juros de mora sobre a multa de ofício, na linha que já vem sendo adotada por esta Turma”.

A mesma interpretação se depreende dos Acórdãos n.º 3403-002.367, de 24/07/2013 e Acórdão 3402002.862, de 26/01/2016, deste Conselho, do qual compartilho do mesmo entendimento por compreender que inexistente previsão legal para aplicação do tema em questão.

Assim, concluo pela inaplicabilidade dos juros de mora sobre multa de ofício.

APLICABILIDADE DA TAXA SELIC COMO ÍNDICE DE JUROS DE MORA

Mais uma vez, não assiste razão a recorrente. Isso porque, a taxa do Sistema Especial de Liquidação e Custódia (SELIC) foi criada pela Lei nº 9065/95, que teve sua origem na Medida Provisória n.º 947, de 22.03.1995 (reeditada sob ns. 972/95, em 20.04.95, e 998, em 19.05.95), do qual o artigo 13 assim dispõe:

“Artigo 13 - A partir de 1º de abril de 1995 os juros de que tratam a alínea “c” do parágrafo único do art. 14 da Lei n. 8847,

de 28 de janeiro de 1994 com redação dada pelo artigo 6º da Lei n. 8850, de 28 de janeiro de 1994 e pelo artigo 90 da Lei 8981/95 o artigo 84, inciso I, e o artigo 91, § único, alínea "a.2", da Lei 8981/95, serão equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC - para títulos federais, acumulada mensalmente."

Posteriormente, o Congresso Nacional transformou a MP na Lei nº 9.065/95.

Portanto, a taxa SELIC é a taxa referencial oficial para aplicação dos tributos da União, conforme prevê, no art. 5º, §3º, e no art. 61, da Lei nº 9.430, de 1996, as seguintes disposições:

Art. 5º O imposto de renda devido, apurado na forma do art. 1º, será pago em quota única, até o último dia útil do mês subsequente ao do encerramento do período de apuração.

(...)

§3º As quotas do imposto serão acrescidas de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, para títulos federais, acumulada mensalmente, calculados a partir do primeiro dia do segundo mês subsequente ao do encerramento do período de apuração até o último dia do mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês do pagamento.

(...)

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.

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento".

A súmula CARF nº 04 pacificou o entendimento da aplicação da taxa SELIC, senão vejamos:

"Súmula 04. A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais".

O Superior Tribunal de Justiça, em repercussão geral, nos moldes do artigo 543-C, do antigo CPC de 1973, manifestou o seguinte entendimento acerca da matéria:

“TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. JUROS MORATÓRIOS. TAXA SELIC. LEGALIDADE. EXISTÊNCIA DE PREVISÃO EM

LEI ESTADUAL. ART. 535, II, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

2. A Taxa SELIC é legítima como índice de correção monetária e de juros de mora, na atualização dos débitos tributários pagos em atraso, diante da existência de Lei Estadual que determina a adoção dos mesmos critérios adotados na correção dos débitos fiscais federais. (...)”. (STJ. Resp 879844. Min. Rel. Luiz Fux. Dje 25/11/2009) (g. N.).

Assim, a presente taxa de atualização de tributo federal é devida.

DA ALEGAÇÃO DA IMPOSSIBILIDADE DA EXIGÊNCIA DO ADICIONAL DE 2,5 %

Aduz que as contribuições exigidas não poderiam ter sido calculadas com o adicional de 2,5%, porque tal exigência é discriminatória em relação às demais empresas, infringindo a CF/88 uma vez que em seu artigo 60, parágrafo 4o, inciso IV, exige em cláusula pétrea os direitos e as garantias individuais, incluindo nesse rol o princípio da igualdade, de forma genérica no *caput* e no inciso I do seu artigo 5o, e de forma específica, no inciso II do artigo 150, e, ainda, no artigo 194, inciso V, da Carta Magna, em se tratando de contribuições sociais, ao estabelecer a equidade na forma de participação no custeio da seguridade social.

Entretanto esta discussão e outros da espécie trazidos pela recorrente não comporta julgamento nesta Corte, por falta de competência, conforme Súmula CARF nº 2, *in fine*: “O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.”

Portanto, não conheço da matéria alegada.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso interposto, deixando de analisar as matérias constitucionais arguidas, e conhecendo das demais alegações para negar provimento às preliminares alegadas, e no mérito DAR PROVIMENTO para: *i)* declarar a decadência dos períodos de janeiro de 2005 a novembro de 2005; *ii)* reconhecer o equívoco na base de cálculo do auto de infração, devendo constar somente o plano suplementar lançado, excluindo o plano base; e *iii)* para considerar válido o plano de previdência privado complementar instituído pela recorrente, cancelando-se a exigência fiscal.

Caso restar vencido, na matéria de mérito, voto por dar provimento ao recurso voluntário pra aplicar a multa mais benéfica, reduzindo a multa de mora para trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso, limitada ao percentual de 20% (art. 61 da Lei nº 9.430/96), bem como para afastar a incidência dos juros sobre a multa de ofício.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator.

Voto Vencedor

Conselheiro Reginaldo Paixão Emos (suplente convocado) - Redator
Designado.

Permito-me divergir do entendimento do ilustre conselheiro relator, quanto ao mérito, nos seguintes pontos: incidência de contribuições previdenciárias sobre os pagamentos de previdência complementar; retroatividade benigna das multas; e juros de mora sobre a multa de ofício.

Incidência de Contribuições Previdenciárias sobre os Pagamentos destinados à Previdência Complementar no Plano de Benefícios Suplementares na Modalidade PGBL

Inicialmente, cumpre reconhecer que este Conselho já proferiu decisões adotando o entendimento de que não subsiste a condição prevista na alínea "p" do §9º do art. 28 da Lei 8.212/91, ou seja, condição de que o plano de previdência complementar esteja disponível à totalidade dos empregados e dirigentes, em se tratando de plano de benefício instituído por entidade aberta. Isso por que a Lei Complementar nº 109/01, em seu Art. 26, §2º e 3º, permitiu, no caso de tais entidades, que o plano seja oferecido apenas a grupos constituídos por categorias específicas. Contêm pronunciamentos nesse sentido os Acórdãos nº 2401-004.776 - 4ª Câmara/1ª Turma Ordinária e nº 9202-004.345 - 2ª Turma da CSRF.

No entanto, a principal sustentação a amparar a decisão recorrida e o auto de infração, de tudo o que deles se extrai, é que 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. Essa questão foi muito bem explicada no voto vencedor do Acórdão nº 2401-004.776 - 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, do qual transcrevo o trecho abaixo e adoto suas razões:

Não discordo que se aplica aos planos de previdência privada o contido na Lei Complementar (LC) nº 109, de 29 de maio de 2001, inclusive quanto aos efeitos tributários, a qual estabeleceu que os montantes vertidos para as entidades de previdência complementar, destinados ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, não estão submetidos à tributação (arts. 68 e 69).

Trata-se a LC nº 109, de 2001, que, por sinal, retira seu fundamento de validade do art. 202 da Carta da República de 1988, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, de uma legislação especial e posterior à Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991. Vale dizer, a Lei 8.212, de 1991, nessa matéria, continua produzindo efeitos apenas no que não for incompatível com a LC nº 109, de 2001.

A condição de oferecimento de plano de previdência a todos os empregados e diretores para exclusão dos valores pagos pelas pessoas jurídicas da base de cálculo das contribuições previdenciárias, tal como prevista na alínea "p" do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212, de 1991, permanece válida para o programa de previdência complementar fechado (art. 16 da LC nº 109, de 2001).

Por outro lado, quanto aos planos coletivos de previdência aberta, as contribuições a eles vertidas escapam à tributação

previdenciária ainda que o empregador contrate previdência complementar diferenciada apenas para determinado grupo ou categoria específica dos seus trabalhadores (art. 26, §§ 2º e 3º, da LC nº 109, de 2001).

Entretanto, quer na previdência complementar fechada ou aberta, para o fim de exclusão da base de cálculo previdenciária, nos termos dos arts. 68 e 69 da LC nº 109, de 2001, impõe-se a necessidade de identificação do caráter previdenciário do plano de benefício com o finalidade de constituição de reservas. Senão vejamos o que menciona a Constituição da República e a Lei complementar:

Constituição da República de 1988

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

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

(...)

LC nº 109, de 2001

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

(...)

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

(...)

Art. 69. As contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária, são dedutíveis para fins de incidência de imposto sobre a renda, nos limites e nas condições fixadas em lei.

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza. (...)

(GRIFEI)

Como se observa, o incentivo estatal que afasta a tributação está vinculado diretamente à instituição de planos de previdência complementar, os quais visam estimular a poupança interna, proporcionando ao trabalhador, ou a seu dependente, um determinado nível de renda futura e substitutiva/complementar da remuneração da atividade laboral, cujos benefícios previstos nos planos, via de regra, estão relacionados a ocorrência de eventos por sobrevivência, morte ou invalidez total ou permanente.

Em vista disso, os valores dos aportes feitos ao plano de previdência, denominado de contribuições, mesmo que estruturado na modalidade de contribuição variável, devem ter por objetivo a constituição de reservas, as quais uma vez investidas formarão a provisão matemática de benefícios a conceder.

Para fins fiscais, não é porque o plano de previdência privada aberta coletivo foi autorizado pelo órgão competente e foi celebrado contrato com entidade de previdência complementar regularmente constituída que a autoridade tributária está impedida de desqualificá-lo (fls. 1.401/1.407).

No exercício das atividades de fiscalização tributária, continua competente o agente fiscal para verificar, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, se os valores não estão sendo utilizados como ferramenta de política remuneratória da empresa destinada a incentivar ou retribuir o trabalho.

É óbvio que as contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar não podem servir de propósito para converter salário, gratificação, bônus ou prêmio em parcelas não submetidas à tributação previdenciária.

No presente caso, a ausência do propósito previdenciário das contribuições discutidas restou evidenciada pelas constatações descritas no Relatório Fiscal, em especial pelos resgates significativos e constantes feitos pelos participantes do PGBL. Tais constatações estão citadas a seguir.

No regimento do Comitê de Remuneração da Organização Bradesco, integrado pela recorrente, estão descritas as atribuições desse Comitê, dentre as quais está a fixação dos valores das contribuições a cargo da instituidora. Essa fixação ocorria no contexto da política remuneratória da empresa. A linha geral de atuação do Comitê, segundo o Relatório Fiscal, era estabelecer a remuneração dos administradores com base em metas, objetivos e performances, tanto da empresa como individuais. Segue trecho do regimento:

Das Atribuições do Comitê

Art. 3º) O Comitê deverá submeter ao Conselho de Administração a:

a) política e diretriz de remuneração dos Administradores Estatutários, com base nas metas, objetivos e performance da Sociedade e retorno aos acionistas, utilizando-se da análise

comparativa de políticas de remuneração de períodos anteriores e/ou parâmetros de mercado; (grifei)

b) política de remuneração global e individual, prêmios, bônus, gratificações, participações nos lucros, planos de opções de aquisição de ações e de previdência complementar; (grifei)

c) recomendação de formas alternativas de remuneração para os executivos, assegurando estímulo ao desempenho, motivação e melhoria contínua corporativa; (grifei)

(...)

Na Cláusula Quarta do 6º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada, estão estipuladas as regras "Do Resgate", por meio das quais se vê que, mediante autorização expressa da Instituidora, o participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo das contribuições, tanto da parte paga pela Instituidora, quanto da parte vertida pelo participante.

Por meio das atas de reunião do Comitê de Remuneração e das atas de assembleias gerais, constatou-se que as reuniões desse Comitê, definindo os valores a serem pagos aos diretores estatutários da Bradesco Vida e Previdência S/A, por meio de previdência privada, eram feitas sempre antes das Assembleias Gerais, sendo os valores definidos pela alta cúpula da Organização Bradesco e apenas ratificados nas Assembleias.

Por meio das atas de assembleias gerais, verificou-se que os montantes para custear os planos de previdência complementar dos administradores quando confrontados com a remuneração anual global era bastante significativa, conforme quadro demonstrativo constante do Relatório Fiscal.

A recorrente não apresentou, em que pese intimada pela fiscalização, memórias de cálculo com a demonstração de que os aportes efetuados estavam baseados, concretamente, na formação de reservas mediante a adoção de critérios de caráter previdenciário. As respostas dadas à Intimação reforçam a constatação da ausência de um propósito previdenciário nos aportes e a sua utilização como instrumento de incentivo ao trabalho, na medida em que estavam atrelados aos resultados do negócio. O contribuinte assim respondeu à intimação para apresentação das memórias de cálculo:

- Em 29/03/2010: "a metodologia de cálculo das contribuições leva em conta os resultados consistentes apurados em todos os segmentos do negócio. Outro ponto considerado é relativo ao quadro de administradores, que é constituído de profissionais que iniciaram a carreira nesta organização nos níveis iniciais há longos anos, e percorreram toda a escala hierárquica de cargos para se habilitarem a ocupar posição de direção e, portanto de comprovada fidelidade, competência e dedicação".

- Em 05/07/2010: "a metodologia de cálculo das contribuições relativas aos administradores e superintendentes executivos leva em conta os resultados consistentes apurados em todos os segmentos de negócio. Outro ponto considerado é relativo ao quadro de administradores, que é constituído por profissionais que iniciaram a carreira nesta organização nos níveis iniciais há longos anos e percorreram toda a escala hierárquica de cargos para se habilitarem a ocupar posição de direção e, portanto de comprovada fidelidade, competência e dedicação, sendo que as contribuições efetuadas pela Instituidora (BANCO BRADESCO

S/A) obedeceram aos critérios estabelecidos em lei e o plano leva em conta variáveis atuariais "

A recorrente alegou que todos os fatos invocados pela fiscalização para justificar a exigência fiscal estão de acordo com a legislação que disciplina a matéria e que o plano foi aprovado pela Susep e, por isso, tem respaldo legal. Contudo, a atividade da Susep como órgão regulador e fiscalizador, previsto na LC 109/01, assegura 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, no entanto, 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 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 possa desqualificá-lo, para fins fiscais, se ficar comprovado que os valores pagos, o foram como instrumento de incentivo ao trabalho.

Quanto aos argumentos de que o teto da Previdência Social é extremamente baixo e que, para as maiores faixas salariais, é necessário que os percentuais da previdência complementar em relação às remunerações aumentem progressivamente, a fim de que atinjam seus objetivos previdenciários, cumpre redarguir que se trata de argumentação frágil do ponto de vista previdenciário, uma vez que não vem acompanhada dos dados matemáticos aplicados ao caso concreto. Foge à razoabilidade do sistema previdenciário brasileiro, um regime de contribuição previdenciária em que a empresa aporta valores na ordem de 50 a 60% do salário do participante e que tais aportes sejam constantemente resgatados.

Quanto aos regates, a recorrente argumentou que o direito de efetuar tais saques está previsto na legislação, citando especialmente a Circular SUSEP nº 101/99, que ampara a solicitação de resgates. Pontuou que os planos na modalidade PGDL caracterizam-se pela "total liberdade" em relação às contribuições e aos resgates e que as contribuições aportadas ao fundo sofrem acréscimos. No entanto, segundo a fiscalização os resgates realizados pelos participantes do PGDL, via de regra, ocorreram em janeiro de cada ano, em valores substanciais, com montantes semelhantes aos totais de valores aportados anualmente ao mesmo plano. Os quadros comparativos constantes do Relatório Fiscal demonstraram os valores envolvidos, ingressos e saídas de recursos financeiros, nos exercícios de 2005 a 2008. O conteúdo material da realidade apurada divergiu substancialmente da forma adotada pela

recorrente. Essa realidade substancial era a forma alternativa de remuneração, por meio de aportes e resgates, em simbiose com a falta de propósito previdenciário do plano.

Admitir essa forma de supressão das contribuições previdenciárias para isentar aqueles que têm grande capacidade contributiva representa uma forma de negativa aos Princípios que regem a Previdência Social. O Art. 194 da CF/88 traz como um dos princípios da Seguridade Social a "equidade na forma de participação do custeio", que visa justamente garantir que quem pode mais, deve contribuir com mais, e que quem pode menos, deve contribuir com menos. Na mesma direção, o Princípio da solidariedade (não expresso na Carta Magna), que impõe a todos o dever de custear os benefícios, em prol da justiça social, inerente ao sistema. Sob tais Princípios, para salários elevados, a empresa contribuirá sobre a totalidade da remuneração, ainda que o segurado não vá usufruir de benefícios acima do teto legal.

A título de cotejo, vale recordar que, na esfera civil, se o agente agir em prejuízo alheio, deixando de considerar a finalidade social do direito subjetivo utilizado, mesmo que atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, poderá cometer ato ilícito. Contra essa utilização do direito, em detrimento dos fins sociais e em prejuízo de outrem, foi positivada a figura jurídica do chamado "abuso de direito". O Código Civil de 2002 introduziu esse conceito por meio do artigo 187 e lhe declarou a ilicitude, embora sem referência explícita:

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

De retorno ao campo tributário, a própria norma que previu a não incidência de contribuições previdenciárias sobre o valor das contribuições vertidas aos programas de previdência complementar, resguardou a observância ao Art. 9º da CLT, que traz uma ressalva contra atos capazes de desvirtuar a aplicação da lei, mostrando, assim, a preocupação do legislador com a má utilização do direito criado. Seguem os artigos:

Lei 8.212/91

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

(...)

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

*p) o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes, **observados, no que couber, os arts. 9º e 468 da CLT**; (Incluída pela Lei nº 9.528, de 10.12.97) (Grifei)*

CLT

*Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados **com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar** a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (Grifei)*

No caso destes autos, a busca pela realidade substancial do fato justificou-se pela proteção aos interesses da Previdência Social diante da liberdade do contribuinte de

utilizar formas jurídicas capazes de contornar ou diminuir, exacerbadamente, as contribuições previdenciárias. A autoridade fiscal identificou um desencontro entre a intenção de fato e a intenção de direito e, a partir daí, promoveu uma requalificação dos fatos. Os pagamentos antes qualificados como aportes à previdência complementar foram requalificados como remunerações, em razão de sua expressividade e constância. Essa realidade, subjacente às normas que tratam da previdência complementar, foi retratada no relatório fiscal e na decisão recorrida, evidenciando o caráter remuneratório dos aportes a título de contribuições à previdência complementar, no Plano de Benefícios Suplementares, modalidade PGBL. Por tais motivos, esses aportes situam-se no campo de incidência das contribuições previdenciárias.

Assim, em relação às contribuições previdenciárias lançadas sobre os pagamentos destinados à previdência complementar, não há nenhum reparo a ser feito no Acórdão recorrido, devendo ser mantida a exação.

Multa e Retroatividade Benigna

Primeiramente, cumpre recordar que na mesma ação fiscal, foram lavrados dois tipos de Autos de Infração - AI: um deles pelo descumprimento da obrigação principal e outro pelo descumprimento da obrigação acessória. A obrigação acessória descumprida foi a de apresentar a declaração em GFIP com todos os dados correspondentes aos fatos geradores das contribuições previdenciárias (que, por sua vez, referiam-se aos mesmos fatos geradores da obrigação principal descumprida).

A escolha da multa mais benéfica aplicável aos dois tipos de infração (principal e acessória) foi efetuada pela fiscalização por meio da comparação das multas calculadas com base na legislação anterior e na atual, conforme previsto no Art. 106, inciso II, alínea "c", do Código Tributário Nacional. O Relatório Fiscal detalhou a comparação efetuada.

Transcrevo abaixo a **legislação anterior**, que regia as multas, vigente à época dos fatos geradores:

Lei nº 8.212/1991:

Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social/INSS, por intermédio de documento a ser definido em regulamento, dados relacionados aos fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse do INSS. (Inciso acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

(...)

§ 5º A apresentação do documento com dados não correspondentes aos fatos geradores sujeitará o infrator à pena administrativa correspondente à multa de cem por cento do valor devido relativo à contribuição não declarada, limitada aos valores previstos no parágrafo anterior. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

(...)

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (redação alterada pela Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

- a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação;*
- b) quatorze por cento, no mês seguinte;*
- c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação;*

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

- a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação;*
- b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação;*
- c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social CRPS;*
- d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa;*

III – para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

- a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento;*
- b) setenta por cento, se houver parcelamento;*
- c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento;*
- d) cem por cento, após o ajuizamento da execução, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento.*

A seguir, transcrevo a **legislação atual**, que rege as multas, vigente após a MP nº 449/08, convertida na Lei nº 11.941/09:

Lei nº 8.212/91

Art. 32-A. O contribuinte que deixar de apresentar a declaração de que trata o inciso IV do caput do art. 32 desta Lei no prazo fixado ou que a apresentar com incorreções ou omissões será intimado a apresentá-la ou a prestar esclarecimentos e sujeitar-se-á às seguintes multas: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

I – de R\$ 20,00 (vinte reais) para cada grupo de 10 (dez) informações incorretas ou omitidas; e http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

II – de 2% (dois por cento) ao mês-calendário ou fração, incidentes sobre o montante das contribuições informadas, ainda que integralmente pagas, no caso de falta de entrega da declaração ou entrega após o prazo, limitada a 20% (vinte por cento), observado o disposto no § 3º deste artigo. http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

§ 1º Para efeito de aplicação da multa prevista no inciso II do caput deste artigo, será considerado como termo inicial o dia seguinte ao término do prazo fixado para entrega da declaração e como termo final a data da efetiva entrega ou, no caso de não-apresentação, a data da lavratura do auto de infração ou da notificação de lançamento. http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

§ 2º Observado o disposto no § 3º deste artigo, as multas serão reduzidas: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

I – à metade, quando a declaração for apresentada após o prazo, mas antes de qualquer procedimento de ofício; ou http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

II – a 75% (setenta e cinco por cento), se houver apresentação da declaração no prazo fixado em intimação. http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

§ 3º A multa mínima a ser aplicada será de: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

I – R\$ 200,00 (duzentos reais), tratando-se de omissão de declaração sem ocorrência de fatos geradores de contribuição previdenciária; e http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

II – R\$ 500,00 (quinhentos reais), nos demais casos.

(...)

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de

1996. http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Lei nº 9.430/1996:

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

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

II - cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

(...)

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.

§1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento. http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L11941.htm - art26

Para melhor compreensão, no que tange à multa de mora e à multa de ofício, cito abaixo trecho do Acórdão 9202-003.173 - 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais - CSRF, que fornece uma análise elucidativa nos casos de não recolhimento:

Verifica-se, desde logo, que existia distinção na aplicação de penalidades para os casos do não recolhimento de contribuições previdenciárias e para os casos de não recolhimento de outros tributos.

De fato, o artigo 35 da Lei nº 8.212/1991 estabelecia que na hipótese de não apuração e recolhimento de contribuições previdenciárias a multa aplicável era sempre uma dita “de mora” (independentemente do pagamento ser espontâneo ou em decorrência de lançamento de ofício), enquanto que a ausência de apuração e recolhimento tempestivo dos demais tributos e contribuições federais, nos termos da Lei nº 9.430/1996, era penalizada com (i) multa de mora, em caso de recolhimento

intempestivo antes do lançamento ou (ii) multa de ofício, em caso de lançamento pela autoridade fiscal.

Assim, uma primeira conclusão é que a distinção entre multa de mora e multa de ofício não era relevante no âmbito das contribuições previdenciárias na medida em que a legislação aplicável a tais contribuições não a fazia.

Tal sistemática, no entanto, sofreu profundas alterações em decorrência da unificação da arrecadação dos tributos federais no âmbito da Receita Federal do Brasil com o advento da Lei nº 11.941/2009. De fato, uma vez unificada a arrecadação não fazia sentido a existência de sistemáticas de aplicação de penalidade diferentes, razão pela qual a Lei nº 11.941/2009 alterou tais dispositivos.

Embora o artigo 35 da Lei 8.212/91 em sua redação anterior denominasse a penalidade ali prevista de "multa de mora", mesmo quando lançada de ofício, em sua essência, tal penalidade era uma multa de ofício, cuja previsão legal corresponde, na legislação atual, ao Art. 35-A da Lei 8.212/91, com redação dada pela Lei nº 11.941/09, que remete ao Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96.

A natureza de multa de ofício das multas previstas no Art. 35, inciso II, da Lei 8.212/91, em sua redação anterior à MP nº 449/08, já foi objeto de pronunciamento pela CSRF no Acórdão nº 9202-003.538 - 2ª Turma:

Assim, no caso em apreço, considerando-se que houve exigência por meio de Auto de Infração (descumprimento de obrigação acessória, objeto do presente processo) e de NFLD (descumprimento de obrigação principal, por meio do processo nº 14485.003271/200719, conexo ao presente), foram aplicadas duas multas, no contexto de lançamento de ofício. Com efeito, o entendimento desta CSRF é no sentido de que, embora a antiga redação dos artigos 32 e 35 da Lei nº 8.212, de 1991, não contivesse a expressão "lançamento de ofício", o fato de as penalidades serem exigidas por meio de Auto de Infração e NFLD não deixa dúvidas acerca da natureza material de multas de ofício.

Corroborar esse raciocínio o fato de que, após a MP nº 449/08 (convertida na Lei nº 11.941/09), o lançamento de ofício, envolvendo a exigência de contribuições previdenciárias, bem como a verificação de falta de declaração do respectivo fato gerador em GFIP, como ocorreu no presente caso, sujeita o contribuinte a uma única multa, no percentual de 75%, sobre a totalidade ou diferença da contribuição, prevista no art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430, de 1996.

Mas, se a multa da nova legislação prevista no Art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96, abarca o descumprimento da obrigação acessória de prestar declaração dos fatos geradores de contribuições previdenciárias, cumpre indagar a que se presta a multa por descumprimento de obrigação acessória prevista no artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, com redação da Lei nº 11.941/09. Em socorro a essa indagação, cabe resgatar a regra hermenêutica de que a lei não utiliza palavras ou expressões inúteis. Tem-se, então, que a única forma de harmonizar a aplicação dos artigos vigentes após a MP nº 449/08, convertida na Lei nº

11.941/09, é considerar que o lançamento da multa isolada prevista no artigo 32-A da Lei nº 8.212, de 1991, ocorrerá quando houver tão somente o descumprimento da obrigação acessória, ou seja, as contribuições destinadas a Seguridade Social foram devidamente recolhidas. Por outro lado, toda vez que houver o lançamento da obrigação principal, além do descumprimento da obrigação acessória, a multa lançada será única, qual seja, a prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212, de 1991.

Isto posto, para a correta aplicação da retroatividade benigna prevista no artigo 106, II, do CTN, deve-se comparar dois montantes: **i)** o somatório das penalidades previstas nos art. 32, IV, §5º e art. 35, ambos da Lei nº 8.212/1991, em sua antiga redação; e **ii)** o valor da penalidade prevista no artigo 35-A da Lei n. 8.212/1991, com redação dada pela Lei 11.941/09, que remete ao artigo 44 da Lei nº 9.430/1996, ficando limitada ao percentual de 75%, previsto neste último dispositivo.

Estabelecidas a correta correlação das legislações nova e antiga e a interpretação coerente e sistemática dos dispositivos da nova legislação, resta evidenciada a legalidade do procedimento adotado na aplicação das multas.

Portanto, nesse ponto, não há reparação a ser feita na decisão recorrida, devendo ser mantida a exação.

Exigência de Juros 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.

Sobre essa matéria, as três turmas da Câmara Superior têm se manifestado pela incidência dos juros de mora sobre a multa de ofício. Cito os acórdãos nº 9101-003.469 – 1ª Turma - sessão 7/03/2018 - relatora Adriana Gomes Rêgo; nº 9202-006.473 – 2ª Turma - sessão de 30/01/2018 - relator Luiz Eduardo de Oliveira Santos e nº 9303-006.008 - 3ª Turma - sessão 29/11/2017 - redator do voto vencedor Andrada Márcio Canuto Natal.

Transcrevo excerto do voto do Conselheiro Andrada Márcio Canuto Natal, que, ao redigir o voto vencedor no citado acórdão nº 9303-006.008 expõe com minuciosa precisão a matéria:

De acordo com o art. 161 do CTN, o crédito tributário não pago no vencimento deve ser acrescido de juros de mora, qualquer que seja o motivo da sua falta. Dispõe ainda em seu parágrafo primeiro que, se a lei não dispuser de modo diverso, os juros serão cobrados à taxa de 1% ao mês.

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.

§ 1º Se a lei não dispuser de modo diverso, os juros de mora são calculados à taxa de um por cento ao mês.

(...)

De forma que o art 61 da Lei nº 9.430/96 determinou que, a partir de janeiro/97, os débitos vencidos com a União serão acrescidos de juros de mora calculados pela taxa Selic quando não pagos nos prazos previstos na legislação tributária, até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. Entendo que os débitos a que se refere o art. 61 da Lei nº 9.430/96 correspondem ao crédito tributário de que dispõe o art. 161 do CTN.

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. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 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 art. 139 do CTN dispõe que o crédito tributário decorre da obrigação tributária e tem a mesma natureza desta. Já o art. 113, parágrafo primeiro, do mesmo diploma legal, define que a obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente. Assim, se o crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta, necessariamente deve abranger o tributo e a penalidade pecuniária.

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

Art. 139. O crédito tributário decorre da obrigação principal e tem a mesma natureza desta.

A multa de ofício aplicada ao presente lançamento está prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/96 que prevê expressamente a sua exigência juntamente com o tributo devido. Ao constituir o crédito tributário pelo lançamento de ofício, ao tributo somase a multa de ofício, tendo ambos a natureza de obrigação tributária principal, devendo incidir os juros à taxa Selic sobre a sua totalidade.

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;

(...)

Tanto é assim, que a própria Lei 9.430/96, em seu art. 43, prevê a incidência de juros Selic quando a multa de ofício é lançada de maneira isolada. Não faria sentido a incidência dos juros somente sobre a multa de ofício exigida isoladamente, pois ambas tem a mesma natureza tributária.

Art. 43. Poderá ser formalizada exigência de crédito tributário correspondente exclusivamente a multa ou a juros de mora, isolada ou conjuntamente.

Parágrafo único. Sobre o crédito constituído na forma deste artigo, não pago no respectivo vencimento, 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.

Por todo o exposto, a multa de ofício proporcional, lançada juntamente com o tributo devido, se não paga no vencimento, sujeitase a juros de mora calculado com base na taxa SELIC por força do disposto no art. 61, caput e §3º da Lei nº 9.430, de 1996.

Assim, não assiste razão à recorrente nessa questão, devendo ser mantida a exação.

Conclusão

Por todo o exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do recurso interposto, deixando de analisar as matérias constitucionais arguidas, e conhecendo das demais alegações para negar provimento às preliminares alegadas, e no mérito DAR PROVIMENTO PARCIAL para: *i)* declarar a decadência dos períodos de janeiro de 2005 a novembro de 2005; e *ii)* reconhecer o equívoco na base de cálculo do auto de infração, devendo constar somente o plano suplementar lançado, excluindo o plano básico, nos termos do relatório de diligência fiscal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Reginaldo Paixão Emos (suplente convocado)