



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

Processo n° 16327.001612/2010-57
Recurso n° De Ofício e Voluntário
Acórdão n° 2202-004.014 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de julho de 2017
Matéria IRRF - multa e juros isolados por falta de retenção
Recorrentes BANCO BRADESCO S/A
FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

DECADÊNCIA. MULTA E JUROS ISOLADOS. TERMO DE INÍCIO.

A multa isolada e os juros isolados decorrem de lançamento de ofício e não se submetem, para fins da contagem do prazo da decadência, às regras do lançamento por homologação. Assim, o prazo decadencial começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento do crédito tributário poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN.

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR. ABERTA OU FECHADA. CONCEDIDA COMO FORMA DE REMUNERAÇÃO À PARTE DOS TRABALHADORES DA EMPRESA. AUSÊNCIA DO CARÁTER PREVIDENCIÁRIO. INCIDÊNCIA DE IRPF.

Para que as contribuições a planos de previdência privada estejam fora da incidência de tributos, necessária a comprovação do caráter previdenciário dessas contribuições. Os aportes feitos pela empresa a planos destinados à parte de seus trabalhadores, sem regras objetivas de elegibilidade e metodologia de cálculo, e realizados em retribuição ao desempenho profissional se caracterizam como verbas remuneratórias, produto do trabalho, que estão sujeitas à incidência do imposto sobre a renda da pessoa física.

RETENÇÃO NA FONTE NÃO EFETUADA. MULTA E JUROS EXIGIDOS ISOLADAMENTE.

A fonte pagadora que deixar de reter e recolher dos beneficiários dos rendimentos o imposto de renda suscetível de antecipação do valor devido no ajuste anual, responde pela multa de ofício e juros moratórios, exigidos isoladamente.

JUROS DE MORA. APLICAÇÃO DA TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 4. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA.

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 de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais."

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

NULIDADE DA AUTUAÇÃO. INOCORRÊNCIA.

Não é nulo o auto de infração lavrado por autoridade competente quando se verificam presentes no lançamento os requisitos exigidos pela legislação tributária e não restar caracterizado o cerceamento do direito de defesa.

Recurso de Ofício Negado

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, quanto ao recurso de ofício: por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso. Quanto ao recurso voluntário: por unanimidade de votos, rejeitar as preliminares; no mérito, pelo voto de qualidade, dar provimento parcial ao recurso, para excluir da base de cálculo do tributo os valores correspondentes às contribuições básicas, vencidos os Conselheiros Junia Roberta Gouveia Sampaio, Martin da Silva Gesto, Dilson Jatahy Fonseca Neto e Fernanda Melo Leal, que deram provimento integral ao recurso. A Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio informou que apresentará declaração de voto. Foi designado redator *ad hoc* o Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada.

(assinado digitalmente)

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada - Redator *ad hoc*.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Aurélio de Oliveira Barbosa, Junia Roberta Gouveia Sampaio, Dilson Jatahy Fonseca Neto, Fernanda Melo Leal, Denny Medeiros da Silveira, Rosy Adriane da Silva Dias, Martin da Silva Gesto e Marcio Henrique Sales Parada. A Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto proferiu seu voto na sessão de 15/03/2017, razão pela qual a Conselheira Rosy Adriane da Silva Dias, que a substitui, não participou do presente julgamento (art. 58, § 5º, do Anexo II do RICARF).

Relatório

Nos termos do regimento Interno do CARF, conforme registrado em Ata de julgamento, incumbiu-me o Senhor Presidente do Colegiado de formalizar o presente Acórdão,

em virtude da relatora originária, Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto, ter deixado de integrar esta Turma antes da formalização e assinatura deste acórdão.

Sendo assim, para o cumprimento da tarefa que me foi atribuída, adoto o texto do relatório que foi elaborado pela relatora originária, na época do início do julgamento, *in verbis*:

Trata-se de recurso de ofício e voluntário contra a decisão proferida no Acórdão nº 12-37.158 (fls. 748/758), em 12/05/2011 pela 1ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) no Rio de Janeiro/RJ (RJO), que julgou parcialmente procedente a impugnação.

Contra o sujeito passivo foi lavrado o Auto de Infração de fls. 261/290, para a exigência de créditos tributários de multa isolada, no valor de R\$146.526.345,97, e de juros de mora isolados, no valor de R\$15.456.607,22, totalizando R\$161.982.953,19 (fl. 3), em face da falta de retenção de Imposto sobre a Renda da Pessoa Física (IRPF).

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (fls. 280/290), o interessado remunerou determinadas pessoas físicas com vínculo empregatício (Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos) por meio de contribuições a planos de previdência complementar por ele mantidos, como concluiu a autoridade fiscal:

(...)

32. A caracterização dos aportes efetuados na previdência complementar no plano PGBL -EMPRESARIAL como rendimento do trabalho assalariado é consequência da aplicação simples do Regulamento do Imposto de Renda - RIR/99 e da Lei Complementar nº 109/2001.

33. Da conduta adotada pelo contribuinte, depreende-se que o mesmo entendeu que:

a. O fato de ter um plano de previdência complementar oferecido a todos os seus funcionários (dirigentes e empregados), confere o direito de ter outro plano (PGBL - EMPRESARIAL), disponível somente aos dirigentes da empresa;

b. O critério de elegibilidade neste plano empresarial não precisa ter requisitos expressos no seu regulamento, podendo ficar a cargo exclusivo da Instituidora;

c. O comitê de remuneração pode estipular de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar dos seus dirigentes e que o regulamento deste "plano alternativo" (PGBL - EMPRESARIAL) não precisa ter regras claras quanto às contribuições;

d. As contribuições feitas ao plano de previdência complementar não têm a única finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário.

34. Por outro lado, esta fiscalização entende que:

a. O artigo 16 da Lei Complementar nº 109/2001 obriga o oferecimento dos planos a todos os empregados e dirigentes, portanto o plano empresarial oferecido apenas a seus dirigentes contraria a legislação;

b. O artigo 10 da Lei Complementar nº 109/2001 obriga que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo de benefícios, sejam claros e constem do regulamento do plano de benefícios, portanto o critério unilateral de elegibilidade contraria a legislação;

c. O artigo 19 da Lei Complementar nº 109/2001 define objetivamente a finalidade das contribuições para os planos de previdência: prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, portanto não há previsão para outra finalidade;

d. O artigo 38 do RIR/99 preconiza que a tributação independe da denominação dos rendimentos, portanto a legislação aplicada ao caso concreto claramente permite a caracterização destes pagamentos como rendimentos do trabalho;

e. Apesar do contribuinte declarar que as contribuições efetuadas na previdência privada obedeceram aos critérios estabelecidos em lei e que o plano levou em conta variáveis atuariais, o mesmo não comprovou estas afirmações, visto que não apresentou as memórias de cálculo das contribuições;

f. O fato supracitado somado aos aportes serem realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes, em valores próximos para cada nível hierárquico e ainda os resgates dos participantes serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes, via de regra no mesmo mês, novamente em valores próximos para cada nível hierárquico e inclusive para participantes em gozo de benefício, dão robustez probatória à caracterização destes pagamentos como verbas remuneratórias;

g. Por todo o conjunto de argumentos e provas, os valores pagos a este título devem ser considerados como rendimento do trabalho assalariado.

O interessado apresentou a impugnação de fls. 298/374 e documentos de fls. 375/741, alegando em síntese: a nulidade do lançamento por erros na base de cálculo, que também engloba valores relativos às contribuições básicas (no percentual de 4%), e que seriam demonstrados mediante a perícia requerida; a decadência relativa ao período de 01/2005 a 11/2005; que as contribuições à previdência complementar estão de acordo com a legislação e normas que regem a matéria; que em 12/2006 foram incluídos valores em duplicidade na base de cálculo; e que os juros moratórios não poderiam incidir sobre a multa lançada nem serem calculados com base na taxa Selic.

Posteriormente, o interessado apresenta petição solicitando a desconSIDERAÇÃO dos argumentos referentes à ilegalidade da exigência de juros sobre a multa lançada, uma vez que existe previsão legal expressa para sua incidência (fl. 743).

A DRJ/SPO considerou a impugnação parcialmente procedente, para excluir da base de cálculo os valores em duplicidade em relação à 12/2006 e 12/2007 (R\$27.258.728,70 e R\$3.329.503,45), e manteve os créditos tributários de multa isolada, no valor de R\$140.217.523,09, e de juros de mora isolados, no valor de R\$15.212.592,45, recorrendo de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). A seguir, transcreve-se sua ementa:

*ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE
IRRF*

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007, 2008

NULIDADE.

Não está inquinado de nulidade o Auto de Infração lavrado por autoridade competente e em consonância com a legislação.

DECADÊNCIA.

O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário se extingue após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

FALTA DE RETENÇÃO PELA FONTE PAGADORA.

Integram a remuneração e se sujeitam à incidência de imposto na fonte os aportes através de contribuições a planos de previdência complementar, se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições. Após o prazo para entrega de declaração de ajuste anual da pessoa física, verificada a falta de retenção, deve-se exigir da fonte pagadora multa de ofício e juros de mora isolados. Excluem-se da exação valores lançados em duplicidade.

*Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte*

Cientificado do referido acórdão em 30/05/2011 (AR às fls. 765), o contribuinte interpôs o presente recurso, em 29/06/2011 (fls. 789/857), no qual se insurge contra a decisão recorrida e repisa os argumentos trazidos na impugnação, exceto sobre a questão dos juros sobre a multa e a duplicidade de valores (12/2006 e 12/2007), conforme se expõe na sequência.

Diz que a planilha trazida aos autos (doc. 14 - fls. 738/741) e os razões contábeis apresentados à fiscalização demonstram que o contribuinte produziu provas de que o lançamento também engloba valores relativos às contribuições básicas (no percentual de 4%); e que a decisão recorrida incorreu em contradição ao afirmar que o recorrente não teria comprovado que o lançamento incluiu contribuições básicas e ao mesmo tempo indeferir a perícia para essa comprovação. Assim, o lançamento é insubsistente, pois não é líquido e certo. E se o auto de infração não for cancelado pela nulidade apontada, deve ser realizada a prova pericial; e se essa for indeferida, requer que seja considerada a prova pericial produzida no processo nº 16327.001557/2010-03, relativo à contribuição previdenciária sobre o mesmo fato gerador e no mesmo procedimento de fiscalização.

Discorda da aplicação do art. 173, I, do CTN, que prevaleceu no acórdão da DRJ, pois, embora não tenha havido "lançamento de IRRF" (mas auto de infração de multa e juros isolados pela não retenção do imposto), frisa que houve pagamento antecipado de tal tributo sobre os valores que integram a folha de salários do recorrente durante todo o período autuado. Diz que a prova maior disso é que a autuação exige apenas a diferença entre o valor recolhido e o supostamente devido. Destaca que a contagem decadencial da multa isolada vincula-se à contagem decadencial do tributo a qual se refere e cita jurisprudência do CARF nesse sentido. (**Acórdão 2202-003.683, fevereiro**)

Faz exposições e comentários sobre os dispositivos constitucionais, legais e infra-legais que regem a previdência privada e alega que todos os fatos invocados pela

fiscalização para justificar a exigência do IRRF estão previstos na legislação, nos contratos e no regulamento do plano de previdência privada que está aprovado pela SUSEP.

Diz que, em se tratando de Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), como é o caso dos autos, o resgate é um direito do participante, respeitados os prazos de carência e intermediários entre os períodos de resgate. E que fica prejudicada qualquer comparação entre o PGBL e a previdência oficial e planos de previdência privada de outras modalidades, em face de regras legais distintas.

Repisa que mantém 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, cujas cláusulas e condições estão previstas no Regulamento do Plano II, devidamente aprovado pela SUSEP (Processo 10.003048/01-23), e nos respectivos Contratos. Tal plano 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 (5º Termo Aditivo). Nesse sentido, especifica os quatro instrumentos contratuais básicos que versam sobre o Plano de Previdência Privada do Recorrente, a seguir:

a) Convênio de Adesão ao Plano I - de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresa, de 20.06.1985 (doc. 03 anexo à impugnação - fls. 435/445) do tipo benefício definido, disponível a todos os empregados e diretores, fechado a novos participantes em 30.04.1999, aplicável atualmente apenas aos que a ele haviam aderido no passado (Plano I);

b) Contrato Previdenciário de 20.05.1999 (doc. 03 anexo à impugnação - fls.446/458) informando que em razão do fechamento do Contrato acima, em 1º de maio de 1999, decidiu-se implementar Plano de Previdência Privada na Modalidade Contribuição Definida - FGB e de Benefício Definido - PBD para todos os empregados e dirigentes da empresa, também fechado a novos participantes em 30.04.2000, aplicável atualmente apenas aos que a ele haviam aderido no passado (Plano II);

c) 5º Termo Aditivo de 30.07.1999 ao Contrato de Previdência Privada de 20.06.1985 (doc. 03 anexo à impugnação - fls. 459/463), instituindo Plano de Benefícios Suplementares na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL, aplicável ao Presidente do Conselho, aos Conselheiros, aos Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e aos investidos em cargos de assessor da Diretoria, participantes dos Planos I e II mantidos pela empresa.

d) Contrato Previdenciário de 20.05.2000 (doc. 03 anexo à impugnação - fls. 464/479) informando que em razão de os Contratos descritos nas letras 'a' e 'b' estarem fechados desde 30.04.1999 e 30.04.2000, respectivamente, decidiu-se mediante "Programa de Migração do Plano" fazer a migração do Plano II para Plano de Previdência na modalidade Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL e de Benefício Definido - PBD - Contribuições Básicas, aplicável a todos os empregados e dirigentes da empresa, também denominado Plano II, conforme Regulamento do Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL, com Benefício por Morte e Invalidez, aprovado pela SUSEP.

Argumenta que a própria Lei Complementar nº 109 reconhece no art. 26, § 3º, a possibilidade de celebração de plano previdenciário coletivo na modalidade aberta, que

não necessariamente contemple todos os empregados; e que o art. 16 da referida Lei Complementar se aplica apenas aos planos de previdência privada fechados.

Aduz que para a categoria dos dirigentes são previstas contribuições suplementares, porque sendo a remuneração desses profissionais mais elevada, apenas as contribuições normais não permitiriam atingir os objetivos da previdência privada que é proporcionar na inatividade padrão de vida semelhante ao que o beneficiado tinha em atividade. E que a exigência de que o plano de aposentadoria complementar se estenda de forma idêntica a todos os empregados e dirigentes da empresa é incompatível com a natureza do benefício e não está prevista na legislação. Cita acórdão do CARF nesse sentido.

Alega que, tratando-se de Plano de Previdência na modalidade de Contribuição Variável é inerente a ele a possibilidade de as contribuições serem feitas em qualquer valor e a qualquer tempo; e não podem ser invocados para desqualificar tais contribuições o fato de seus valores serem substanciais em relação aos salários dos dirigentes porque a legislação não estabelece limites de valor para as contribuições patronais.

Afirma que os resgates não podem ser considerados remuneração, pois as contribuições são transformadas em quotas de fundo de investimento e sofrem acréscimos decorrente da valorização desse fundo. E que o beneficiário dos aportes da empresa, mesmo em gozo de benefício, podem manter o vínculo com a empresa. Diz também que não é correta a afirmação feita pelo fiscal autuante de que o Regulamento do Plano determina que o beneficiário em gozo de benefício, ainda com vínculo com a Instituidora, deva se relacionar diretamente com a empresa de previdência privada, pois essa regra só tem aplicação em caso de rescisão do contrato previdenciário entre a Instituidora e a empresa de previdência, conforme Cláusula Décima - Da Rescisão Contratual, do 5º Termo Aditivo.

Diz que a decisão recorrida não teceu nenhuma consideração sobre esses aspectos e pouco acrescentou ao que já constava no termo de verificação fiscal.

Rebate, ainda, a decisão da DRJ no sentido de que seria ônus do interessado a demonstração do caráter previdenciário complementar dos aportes e que isso não foi feito, pois não apresentou as memórias de cálculo das contribuições. Nesse aspecto, alega que a constatação de que os pagamentos foram feitos à entidade de previdência privada aberta, em razão de planos de previdência privada aprovados pela SUSEP, e com atendimento a todas as exigências regulamentares, comprova inequivocamente a natureza jurídica de tais pagamentos, sendo irrelevante, em se tratando de PGBL, qual o critério adotado pela recorrente para apurar o valor pago ao plano de previdência em favor dos dirigentes

Frisa que as contribuições pagas pelo recorrente jamais poderiam ter sido consideradas pelo Fisco como remuneração dos dirigentes para fins de incidência de IRRF, por violar frontalmente o artigo 202, § 2º, da CF/88, segundo o qual basta que tais contribuições sejam pagas a entidades regularmente constituídas e em decorrência de planos devidamente aprovados para que os direitos não integrem o contrato de trabalho, nem os valores pagos integrem a remuneração dos participantes. Isso decorre da natureza jurídica das contribuições que não é remuneratória, mas assistencial ou previdenciária.

Reitera sua pretensão de afastar a incidência da taxa Selic.

O processo foi enviado à Fazenda Nacional em 20/10/2011 (despacho de encaminhamento às fls. 870), que apresentou em 18/11/2011 (despacho de encaminhamento às fls. 894), tempestivamente, as contrarrazões de fls. 871/893, nas quais alega em síntese:

- não há nulidade da autuação, pois todos os requisitos previstos no Decreto nº 70.235/72 e comandos do CTN foram observados;

- a realização de prova pericial deve ser refutada, pois a apuração se fez segundo a documentação fornecida pelo contribuinte;

- não há decadência, uma vez que o lançamento de multa por infração será sempre de ofício, aplicando-se o art. 173, I, do CTN;

- via de regra, os valores aportados pelo empregador a plano de previdência privada não integram a remuneração dos empregados, mas essa isenção fiscal não tem caráter absoluto, dependendo de observância de regras previstas na legislação;

- enumera os elementos probatórios levantados pelo fisco que apontam a inexistência de plano de previdência na forma prevista na legislação;

- o plano de previdência deve ser oferecido a todos os empregados, como apontou a auditoria, pois sua concessão a um grupo restrito faz com que o benefício assumo o caráter de gratificação, vinculada aos atributos profissionais dos trabalhadores, servindo de complemento de salário; e que as gratificações também compõem o salário nos termos §1º do art. 457 da Consolidação das Leis Trabalhistas;

- o art. 10 da LC 109/01, que trata das disposições comuns dos planos de previdência privada estipula que os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos aportes pela instituidora devem estar claramente definidos;

- os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, o que demonstra que nem mesmo dentro da própria categoria o plano estava acessível a todos, revelando que os critérios eram definidos de forma casuística (desempenho, tempo de casa, etc), conforme conveniência da empresa; e que esse fato aliado à ausência de regra geral para os aportes reforça a natureza de gratificação dos pagamentos;

- é significativo que os valores substanciais anualmente aportados tenham sido quase na totalidade resgatados no ano seguinte e sempre na mesma época e com coincidência de valores;

- os elementos associados conduzem à conclusão de que esses aportes tinham por fim mascarar a natureza de rendimento do trabalho, devendo sofrer os efeitos da tributação;

- quanto à taxa Selic, se reporta ao teor da súmula nº 4 do CARF;

- requer que seja negado provimento ao recurso voluntário.

Em 22/12/2016, o contribuinte trouxe aos autos a petição de fls. 898/900, juntada pela Secretaria da 2ª Câmara da 2ª Seção, em 19/01/2017, na qual explica que posteriormente à interposição do presente recurso voluntário, ocorrida em 29/06/2011, saiu o resultado da diligência, datado de 05/09/2011, no processo 16327.001557/2010-03, relativo à

autuação de contribuição previdenciária sobre os mesmos fatos geradores deste lançamento e constituídos na mesma ação fiscal. Diz que essa perícia feita pela fiscalização confirmou os fatos expostos pela recorrente quanto à inclusão de contribuições básicas (4% da remuneração) no lançamento efetuado; e também foi integralmente acolhida na decisão da DRJ de 06/03/2012. Ressalta ainda que tal decisão se tornou definitiva nesse ponto, em face do não provimento do recurso de ofício. Assim, reitera o pedido de que o resultado dessa perícia produza os mesmos efeitos neste processo. Os documentos comprobatórios foram apresentados às fls. 902/977.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcio Henrique Sales Parada, Redator *ad hoc*.

Conforme esclarecido no início do relatório, nos termos do Regimento Interno do CARF, conforme registrado em Ata de julgamento, incumbiu-me o Senhor Presidente do Colegiado de formalizar o presente Acórdão, em virtude da relatora originária, Conselheira Rosemary Figueiroa Augusto, ter deixado de integrar esta Turma antes da formalização e assinatura deste acórdão.

Destaco que acompanhei em meu voto, durante a Sessão de julgamento e os debates travados, a posição da redatora originária e, assim sendo, reproduzo a seguir, na íntegra, o voto por ela proferido.

Recurso de Ofício

A decisão de primeira instância retificou o lançamento para excluir da base de cálculo valores em duplicidade, conforme trecho do voto a seguir colacionado:

O interessado alegou, ainda, que, no período 12/2006, foi incluído em duplicidade o valor de R\$27.258.728,70; nos períodos 12/2006 e 12/2007, foi incluído na base de cálculo do IRRF o valor de R\$3.329.503,45, quando esse valor na verdade é a soma de R\$2.089.442,16 de 12/2006 e de R\$1.240.061,28 de 12/2007.

Do confronto das planilhas anexadas ao Termo de Verificação Fiscal (fls. 291/296) com as planilhas fornecidas pelo interessado (fls. 74/77, 186/194 e 200/205), verifica-se que a fiscalização, ao efetuar a consolidação, de fato, considerou em duplicidade os valores de R\$27.258.728,70 e R\$3.329.503,45, informados pelo interessado nas planilhas de fl. 189 e 193 (rateio individual do aporte residual).

Assim, cabe a exclusão da exação indevida, em razão dos valores lançados em duplicidade, conforme cálculo a seguir. Em relação aos demais valores, o lançamento deve ser mantido.

Competência	Valor pagamento no auto de infração (R\$)	Valor excluído (R\$)	Valor mantido (R\$)
Dez/2006	13.003.950,71	0,00	13.003.950,71

Dez/2006	27.258.728,70	0,00	27.258.728,70
Dez/2006	27.258.728,70	27.258.728,70	0,00
Dez/2006	982.472,30	0,00	982.472,30
Dez/2006	3.329.503,45	1.240.061,28	2.089.442,17
Total	71.833.383,86	28.498.789,98	43.334.593,88

Dez/2006	Valor lançado (R\$)	Valor exonerado (R\$)	Valor mantido (R\$)
Multa isolada	14.815.635,42	5.877.875,43	8.937.759,99
Juros isolados	576.822,07	228.845,42	347.976,65

Competência	Valor pagamento no auto de infração (R\$)	Valor excluído (R\$)	Valor mantido (R\$)
Dez/2007	14.962.609,29	0,00	14.962.609,29
Dez/2007	25.265.267,61	0,00	25.265.267,61
Dez/2007	926.255,22	0,00	926.255,22
Dez/2007	3.329.503,45	2.089.442,17	1.240.061,28
Total	44.483.635,57	2.089.442,17	42.394.193,40

Dez/2007	Valor lançado (R\$)	Valor exonerado (R\$)	Valor mantido (R\$)
Multa isolada	9.174.749,84	430.947,45	8.743.802,39
Juros isolados	322.951,19	15.169,35	307.781,84

Total	Valor lançado (R\$)	Valor exonerado (R\$)	Valor mantido (R\$)
Multa isolada	146.526.345,97	6.308.822,88	140.217.523,09
Juros isolados	15.456.607,22	244.014,77	15.212.592,45

(Grifos no original)

De fato, na comparação entre a planilha de fls. 189, apresentada pelo contribuinte ao fisco, e a planilha com as bases de cálculo da autuação, às fls. 293, confirma-se a duplicidade do valor de R\$ 27.258.728,70, referente à competência 12/2006.

Observa-se também que a planilha de fls. 193, trazida pelo interessado em resposta à intimação, mostra o rateio individual de aporte residual da verba de 2006, destinada aos superintendentes executivos, que foi depositada em 28/12/2006 e em 13/12/2007, no valor total de R\$ 3.329.503,45. Porém, a autoridade fiscal havia computado para cada uma dessas competências (12/2006 e 12/2007) o valor total, que ficou, assim, em duplicidade, conforme planilha da fiscalização às fls. 293 e 295.

Portanto, correta a retificação efetuada pela autoridade julgadora de primeira instância; e, por essa razão, se nega provimento ao recurso de ofício.

Recurso Voluntário

O recurso é tempestivo e atende às demais condições de admissibilidade. Portanto, merece ser conhecido.

Preliminar de nulidade do auto de infração

O recorrente alega, preliminarmente, a nulidade do auto de infração, sob o argumento de que o crédito não é líquido e certo, como exige o art. 142 do CTN, uma vez que a fiscalização ao apurar a base de cálculo das exações computou também as contribuições básicas (4%) efetuadas pelo recorrente aos seus dirigentes no âmbito do Plano II para Plano de Previdência, na modalidade de Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL e Benefício Definido – PBD – Contribuições Básicas, conforme Contrato Previdenciário de 20/05/2000, enquanto a autuação se refere apenas às contribuições suplementares (PGBL - Empresarial), objeto do 5º Termo Aditivo de 30/06/1999.

No entanto, não se verifica afronta aos requisitos do art. 142, do Código Tributário Nacional (CTN), por vícios na identificação da base de cálculo do tributo, como arguiu o interessado. Nesse aspecto, note-se que o contribuinte foi intimado a apresentar os aportes individuais feitos pela empresa aos superintendentes e diretores, bem como a detalhar a metodologia utilizada nesses aportes por escrito (fls. 195), conforme abaixo:

No exercício das funções de Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil e com base no inciso III do art. 32 e nos § 1º e 2º do art. 33, ambos da Lei nº 8.212/1991 e nos art. 2º e 3º da Lei nº 11.457/2007, fica o sujeito passivo acima identificado INTIMADO a apresentar, sob pena de autuação, nos prazos respectivos, os elementos discriminados abaixo:

Prazo: 5 dias úteis Período de apuração: 01/2005 a 12/2008

- Em relação ao Plano de previdência complementar dos executivos, demonstrar:

- Os aportes individuais realizados para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos, Assessores da Diretoria, Superintendentes e demais pessoas vinculadas e elegíveis ao plano PGBL – Empresarial;
- Detalhar a metodologia de cálculo desses aportes por escrito.

A lavratura fiscal se deu com base nas demonstrações feitas pelo próprio sujeito passivo quanto aos aportes realizados aos seus dirigentes no plano de previdência, sendo que não houve informação do interessado quanto à metodologia utilizada no cálculo desses aportes, conforme consignado no Termo de Verificação Fiscal às fls. 282/283 e 289, a seguir:

11. O contribuinte foi intimado a apresentar os aportes feitos no plano PGBL - Plano de Benefícios Suplementares - de forma individualizada e por competência, informando a metodologia de cálculo dos mesmos. (...)

15. O contribuinte não localizou até o encerramento dos procedimentos de fiscalização as correspondentes memórias de cálculo.

(...)

39. Os valores tributáveis são aqueles pagos pelo Banco Bradesco S/A aos seus diretores e empregados, nas datas dos efetivos pagamentos, ainda que através de aportes nas contas de previdência privada.

40. Os valores recebidos na forma do item anterior estão relacionados individualmente e mensalmente em **planilhas fornecidas pelo contribuinte** e anexadas ao presente TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL.

41. Todos os valores estão mensalmente discriminados na planilha intitulada "BASES DE CÁLCULO - MULTAS ISOLADAS E JUROS ISOLADOS", anexa ao presente TERMO DE VERIFICAÇÃO FISCAL.

(...) (Grifos nossos)

Assim, como o sujeito passivo, embora intimado, não especificou a metodologia de cálculo dos aportes realizados aos seus diretores e superintendentes no plano de previdência, indicados em suas planilhas, e sequer mencionou se naquelas planilhas estariam inseridos valores correspondentes ao percentual de 4% (contribuição básica), não é possível afirmar que houve falha da autoridade fiscal ao considerar todo o valor apontado pelo próprio sujeito passivo.

E mesmo na hipótese da ocorrência de equívoco da fiscalização nesse aspecto, também não se vislumbraria a nulidade da lavratura fiscal, pois o contribuinte dispõe da impugnação para questionar os valores exigidos, o que possibilita a retificação do lançamento, quando comprovada a eventual ocorrência de erro.

Frisa-se que, nos termos do art. 145, do CTN, o lançamento pode ser alterado em virtude de: "I - impugnação do sujeito; II - recurso de ofício; iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149". E sobre essas possibilidades de alteração, assim dispôs o Prof. Luciano Amaro:

(...) *A primeira diz respeito à impugnação do sujeito passivo, vale dizer, se este discordar do lançamento, e impugná-lo, a autoridade competente para apreciar a impugnação apresentada pode alterar o lançamento se concordar, total ou parcialmente, com as razões apresentadas pelo impugnante.*

(...)

Embora não expressamente previsto, é óbvio que o recurso voluntário apresentado pelo sujeito passivo (cuja impugnação não tenha sido acolhida pela autoridade administrativa) também pode propiciar a alteração do lançamento.

Por fim, o lançamento é alterável nas situações previstas no art. 149. (...)

(Direito Tributário Brasileiro, Luciano Amaro, 13ª ed. rev., 2007, p. 349 e 350) (Grifos nossos)

Enfim, como a auditoria fiscal, com fulcro nas planilhas apresentadas pelo contribuinte, especificou mensalmente a base de cálculo do lançamento nas planilhas de fls. 291/296, entende-se que a matéria tributável foi determinada pela fiscalização nos termos do art. 142 do CTN, o que possibilitou ao sujeito passivo conhecer os valores lançados e apresentar suas insurgências na impugnação e no recurso, inclusive quanto à matéria de fato.

Dessa forma, não há que se falar em nulidade do lançamento que foi lavrado por autoridade competente, de acordo com os requisitos legais e que não ocasionou o cerceamento do direito de defesa do interessado. Cabe, portanto, rejeitar a preliminar de nulidade do auto de infração.

Decadência

O Recorrente alega a decadência quanto ao direito de constituir o auto de infração sobre os fatos geradores ocorridos no período de janeiro a novembro de 2005, com fulcro no art. 150, § 4º, do CTN, tendo em vista que a autuação foi lavrada em 10/12/2010.

Discorda da aplicação do art. 173, I, do CTN, que prevaleceu no acórdão da DRJ, pois, embora não tenha havido "lançamento de IRRF" (mas auto de infração de multa e juros isolados pela não retenção do imposto), frisa que houve pagamento antecipado de tal tributo sobre os valores que integram a folha de salários do recorrente durante todo o período autuado. Diz que a prova maior disso é que a autuação exige apenas a diferença entre o valor recolhido e o supostamente devido. Destaca que a contagem decadencial da multa isolada vincula-se à contagem decadencial do tributo a qual se refere e cita jurisprudência do CARF nesse sentido.

Para tratar dessa questão, cumpre mencionar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) está vinculado às decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando submetidas ao regime do art. 543-C do Código de Processo Civil (recurso repetitivo), por força do art. 62, §2º, do Anexo II, do Regimento Interno deste Conselho (RICARF) em vigor, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015, conforme abaixo:

Art. 62. (...)

(...)

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática prevista pelos arts. 543B e 543C da Lei nº 5.869, de 1973 Código de Processo Civil (CPC), deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Por conseguinte, no que se refere à contagem do prazo decadencial, em observância do citado dispositivo do RICARF, deve-se adotar as conclusões exaradas no Recurso Especial nº 973.733/SC (2007/0176994-0), julgado pelo STJ em 12 de agosto de 2009, na sistemática prevista no art. 543-C do Código de Processo Civil, cujo acórdão transitou em julgado em 22/10/2009, contendo a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173, do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp 766.050/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp 216.758/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp 276.142/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 163/210).

3. O dies a quo do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponible, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, págs. 91/104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, págs. 396/400; e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, págs. 183/199).

(...)

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(Grifos no original.)

Como se vê, a regra do art. 150, § 4º, do CTN, só deve ser adotada nos casos em que o sujeito passivo antecipar o pagamento e não for comprovada a existência de dolo, fraude ou simulação; e, nos demais casos, prevalece os ditames do art. 173, I, do CTN. Transcreve-se a seguir esses dispositivos legais:

Art. 150. (...)

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

(...)

Observa-se que o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN, é restrito ao lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.

Entretanto, a multa e os juros lançados isoladamente por falta de retenção do imposto de renda na fonte, não se coadunam com a modalidade de lançamento por homologação, uma vez que sempre decorrem de um lançamento de ofício.

Conforme dispõe o art. 149, VI, do CTN, o lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária.

Assim, deve-se aplicar à multa e aos juros isolados a regra do prazo decadencial prevista no art. 173, I, do CTN, de que o direito de constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Corroboram esse entendimento os seguintes acórdãos proferidos no âmbito do CARF:

(...) DECADÊNCIA. MULTA E JUROS ISOLADOS. TERMO DE INÍCIO. As multas e os juros lançados isoladamente

decorrem de lançamento de ofício e, por decorrência, não se submetem, para fins da contagem do prazo da decadência do poder-dever em constituir o crédito tributário, às regras do lançamento por homologação. Assim o prazo decadencial começa a fluir a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento do crédito tributário poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN. (Acórdão nº 2301-004.531, de 08/03/2016)

(...) MULTA ISOLADA. DECADÊNCIA. TERMO DE INÍCIO. As multas lançadas isoladamente decorrem de lançamento de ofício e por coerência não se submetem, para fins da contagem de prazos de decadência, às regras do lançamento por homologação. Assim o prazo decadencial começa a fluir a partir do primeiro dia seguinte àquele que o lançamento do crédito tributário poderia ter sido efetuado, nos termos do art. 173, I, do CTN. (Acórdão 9202-003.562, de 29/01/2015)

JUROS ISOLADOS. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. PRAZO DECADENCIAL. Não se trata de lançamento de tributo sujeito à homologação, mas sim de penalidades impostas para punir a falta de retenção do imposto de renda no momento do recebimento dos rendimentos (juros isolados), e, portanto, a contagem do prazo decadencial submete-se à regra geral estabelecida no art. 173, inciso I, do CTN. O prazo para a Fazenda Pública constituir de ofício o crédito tributário decorrente da exigência de juros isolados decorrentes de valores não retidos e não recolhidos pela fonte pagadora é o previsto no inciso I do art. 173 do CTN, ou seja, cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. No presente caso, todos valores não retidos e não recolhidos objeto do presente lançamento deram-se os entre 31.01.1999 e 31.12.1999. Ou seja, para os fatos geradores mais remotos, o termo inicial para a contagem do prazo decadencial dá-se no dia 01/01/2000 e o termo final no dia 31/12/2004. Considerando que o sujeito passivo foi cientificado do auto de infração, em 29/09/2004, portanto, antes de transcorrido o prazo de cinco contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, não há que se falar em decadência. Recurso especial provido (Acórdão 9202-003.248, de 29/07/2014)

Acrescenta-se, ainda, que na autuação não se está cobrando diferença do tributo que deixou de ser retido e recolhido, mas apenas a multa e os juros exigidos isoladamente pela ausência da retenção oportuna do imposto, conforme previsto no art. 9º da Lei nº 10.426/02 e no art. 61, § 3º, da Lei nº 9.430/96.

Assim, como o lançamento exige multas e juros isolados pela não retenção de IRRF nos períodos de 01/2005 a 12/2009, e sua ciência ao contribuinte foi efetivada em 10/12/2010 (fls. 290), constata-se que não ocorreu a decadência, nos termos do art. 173, I, do CTN.

Portanto, nega-se provimento ao recurso voluntário nessa matéria.

Mérito

Pagamento de previdência privada

A Constituição Federal de 1988, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998, contempla a possibilidade da instituição de regime de previdência privada complementar, conforme seu art. 202, a seguir transcrito:

*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.*

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos.

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

(...) (Grifou-se)

Nesses dispositivos constitucionais, vê-se que o regime de previdência privada tem como base a constituição de reservas que garantam o benefício contratado e que as contribuições do empregador não integram o contrato de trabalho e a remuneração dos participantes, nos termos da lei.

A regulamentação dessa matéria ocorreu por meio da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, cujos dispositivos relacionados à situação em análise a seguir se transcreve:

(...)

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

(...)

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

(...)

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

Parágrafo único. O órgão regulador e fiscalizador normatizará planos de benefícios nas modalidades de benefício definido, contribuição definida e contribuição variável, bem como outras formas de planos de benefícios que reflitam a evolução técnica e possibilitem flexibilidade ao regime de previdência complementar.

(...)

Disposições Comuns

(...)

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

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

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

(...)

Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas

(...)

Art. 14. Os planos de benefícios deverão prever os seguintes institutos, observadas as normas estabelecidas pelo órgão regulador e fiscalizador:

(...)

III - resgate da totalidade das contribuições vertidas ao plano pelo participante, descontadas as parcelas do custeio administrativo, na forma regulamentada; e

(...)

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

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

(...)

*Art. 19. As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como **finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário**, observadas as especificidades previstas nesta Lei Complementar.*

(...)

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas

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

I - individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou

*II - coletivos, **quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários** a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.*

(...)

§ 2º O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

*§ 3º Os grupos de pessoas de que trata o parágrafo anterior poderão ser constituídos por uma ou mais **categorias específicas de empregados de um mesmo empregador**, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos.*

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

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

(...)

DISPOSIÇÕES GERAIS

*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.

(...) (Grifos nossos)

Diante dos dispositivos constitucionais e legais acima transcritos, verifica-se que a previdência privada complementar, quer seja ela instituída por entidades fechadas ou abertas, possui caráter eminentemente previdenciário, visto que o seu objetivo precípua é constituir reservas destinadas a custear os planos de benefícios previdenciários no futuro.

Tal essência previdenciária permeia o texto legal tanto nos aspectos gerais quanto nos específicos; e, assim, prevalece inclusive em relação aos planos instituídos por entidades abertas, como o Plano Gerador de Benefício Livre (PGBL), e também na modalidade de Contribuição Variável (CV), que está contemplada pela norma regulamentar.

Portanto, para que as contribuições feitas pelo empregador ao plano de previdência privada não sejam consideradas remuneração e sobre elas não haja incidência de tributos, é imprescindível a comprovação da natureza previdenciária desses aportes.

Ocorre que, no caso dos autos, a auditoria fiscal demonstrou que os aportes realizados pela empresa ao Plano de Benefícios Suplementares, denominado de PGBL - Empresarial, instituído por meio do 5º Termo Aditivo, de 20/06/1999 (fls. 459-463) e disponibilizado apenas aos seus diretores estatutários e superintendentes executivos, não têm caráter previdenciário, mas sim remuneratório.

Dos elementos identificados pela fiscalização no Termo de Verificação Fiscal de fls. 280/290, que demonstram a natureza remuneratória desses aportes, destacam-se os seguintes:

- A definição dos valores a pagar aos diretores estatutários por meio de previdência privada era feita pelo Comitê de Remuneração da Organização Bradesco, cujo objetivo era "*propor ao Conselho de Administração as políticas e diretrizes de remuneração dos Administradores Estatutários da Organização, tendo por base as metas de desempenho estabelecidas pelo Conselho*", conforme art. 1º de seu regimento. O mesmo regimento prevê no art. 3º, alíneas 'a' e 'c', que o "*Comitê deverá submeter ao Conselho de Administração a política e diretriz de remuneração dos Administradores Estatutários, com base nas metas, objetivos e performance da Sociedade e retorno aos acionistas (...)*"; e fazer "*recomendação de formas alternativas de remuneração para os executivos, assegurando estímulo ao desempenho, motivação e melhoria contínua corporativa*".

O fisco chegou a essa conclusão ao verificar em atas que a reunião do Comitê de Remuneração, definindo os valores da previdência complementar dos diretores, eram feitas sempre antes das Assembléias Gerais, ou seja, os valores eram definidos pela direção da Organização Bradesco e apenas ratificados nas Assembléias.

- Houve a constatação em atas de assembleias de que os montantes destinados à remuneração global anual e a custear planos de previdência complementar dos administradores do Banco Bradesco S/A, são equivalentes, conforme abaixo:

Ano Calendário	Remuneração anual global	Planos de Previdência Complementar
2005	R\$ 150.000.000,00	R\$ 150.000.000,00
2006	R\$ 170.000.000,00	R\$ 170.000.000,00
2007	R\$ 170.000.000,00	R\$ 200.000.000,00
2008	R\$ 170.000.000,00	R\$ 100.000.000,00

- Quando intimado a apresentar os aportes feitos no plano PGBL — Plano de Benefícios Suplementares - de forma individualizada e por competência, bem como a informar a metodologia de cálculo, o contribuinte apresentou resposta que revela o atrelamento dos aportes a condições de resultados, desempenho profissional, fidelidade, competência, dedicação, tempo de casa, conforme trecho a seguir reproduzido:

"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." (Grifos nossos)

- Os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, sendo, portanto, de sua total responsabilidade (vide item 11.2 do 5º Termo Aditivo). Também não há regra geral para as contribuições da instituidora; e não foram apresentadas ao fisco as memórias de cálculo das contribuições.

Tais circunstâncias mostram que o plano não era acessível a todos nem mesmo dentro da mesma categoria (dirigentes) e que os critérios para definição dos aportes eram subjetivos e relacionados a metas de desempenho, dedicação, tempo no Banco, etc., de acordo com a conveniência da empresa.

- Os valores aportados pela empresa na previdência complementar e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários como rendimento do trabalho informados na DIRF (Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte) do Banco Bradesco S/A, nos mesmos períodos, mostraram que os montantes direcionados à previdência complementar são substanciais, chegando, em muitos casos, a superar o próprio rendimento do trabalho anual, conforme exemplo a seguir:

Exercício	Ademir Cossello	Aurélio Conrado Boni	Arnaldo Alves Vieira
	P.C./DIRF 0561	P.C./DIRF 0561	P.C./DIRF 0561
2005	139%	158%	149%
2006	174%	175%	167%
2007	198%	195%	192%

- Foi verificado nos sistemas internos da Secretaria da Receita Federal da Brasil a ocorrência de resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL - Empresarial, via de regra, em janeiro de cada ano, com coincidência de valores resgatados entre os participantes. Os valores resgatados são próximos aos dos aportes do ano anterior, conforme comparado na planilha feita pela fiscalização e que a seguir se reproduz:

Ano	2005	2006	2007
Valores Aportados	126.674.819,71	202.887.179,58	198.762.715,55
Ano	2006	2007	2008
Valores Resgatados no Ano seguinte	123.226.578,95	169.673.145,65	201.963.011,65
Relação entre valores resgatados e aportes	0,972778799	0,836293087	1,016101089
Relação % entre valores resgatados e aportes	97,27%	83,62%	101,61%

Neste aspecto, cumpre mencionar que, embora os resgates não sejam proibidos, e mesmo na hipótese, trazida pelo contribuinte, de que os resgates seriam referentes a dois anos anteriores e estariam acrescidos dos rendimentos do fundo de investimento, ainda assim, a proporção entre os valores resgatados e aportados permanece bastante alta e expressiva, o que reforça a posição de que a finalidade desses aportes é aumentar a remuneração aos seus dirigentes.

Da análise desse conjunto de situações, entre outras, apontadas pela autoridade fiscal, fica evidenciado que o sujeito passivo se utilizou do plano de previdência privada complementar - Plano de Benefícios Suplementares (PGBL - Empresarial), destinado apenas aos seus dirigentes, com o objetivo claro de lhes propiciar uma melhor remuneração em face dos resultados, do desempenho, da dedicação e do tempo de serviço no Banco.

Constata-se assim que, embora esses aportes estejam direcionados ao plano de previdência complementar, na realidade, não se revestem da natureza previdenciária que é inerente aos comandos constitucionais e legais que regem a matéria, mas possuem caráter remuneratório. Trata-se, portanto, de retribuição econômica em decorrência do contrato de trabalho.

De se frisar, que a aquisição econômica ou jurídica de renda oriunda do trabalho é fato gerador do imposto sobre a renda da pessoa física (IRPF), não importando a denominação do rendimento e a forma de sua percepção, conforme preceitua o art. 43, do Código Tributário Nacional (CTN), Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, conforme abaixo:

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica:

I - de renda, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;

(...)

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção. (Incluído pela Lcp nº 104, de 2001)

Dessa forma, como restou demonstrado pelo fisco que os aportes em análise são substancialmente remuneratórios, ou seja, produto do trabalho, o título dado à operação e a

forma como as quantias envolvidas foram disponibilizadas aos dirigentes, não afastam a incidência do imposto sobre essas verbas.

Quanto aos argumentos do sujeito passivo, esses não refutam a constatação de que os aportes ao plano de benefício suplementar tinham como objetivo remunerar seus dirigentes.

Observa-se que o contribuinte alegou que o art. 16, da LC nº 109/01 (apontado pela fiscalização como descumprido e que trata da obrigatoriedade do plano ser oferecido a todos os empregados) não se aplica ao plano em questão por estar no tópico relativo às entidades fechadas. Diz que o plano em questão é regido pelo art. 26, § 3º, inserido na parte das entidades abertas e que possibilita o seu oferecimento a uma ou mais categorias específicas de empregados.

Ad argumentandum, há posicionamento no âmbito do CARF de que o citado art. 16, é aplicável tanto para as planos de entidades abertas quanto fechadas, uma vez que o requisito de ser disponível à totalidade dos empregados e dirigentes está de acordo com a desvinculação da natureza salarial, conforme exemplos de acórdãos a seguir:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/01/1998 a 13/12/2001

SALÁRIO INDIRETO. PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA. BENEFÍCIO NÃO EXTENSIVO À TOTALIDADE DOS SEGURADOS. INCIDÊNCIA.

O requisito ser disponível à totalidade dos empregados e dirigentes é compatível com a desvinculação do salário. O fato de poder selecionar os beneficiários do programa de previdência complementar caracteriza gratificação e, portanto, a parcela integra a remuneração do empregado. Recurso Voluntário Provido em Parte (Acórdão nº 205-00.762, de 03/07/2008) (Grifou-se)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

(...) CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PAGO EM DESACORDO COM A LEI. SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. O valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, quando não comprovadamente disponível à totalidade dos empregados e dirigentes da empresa, se subsume no conceito legal de Salário de Contribuição para fins de incidência de contribuições previdenciárias

(...) (Acórdão nº 2401004.194, de 08/03/2016)

Também há outro entendimento no CARF de que, após a LC 109/01, os planos de previdência em regime aberto podem ser oferecidos a grupos de determinadas categorias, desde que não se caracterize como instrumento de incentivo ao trabalho nem como gratificação, prêmio ou complementação de salário, isto é, desde que não tenham fins

remuneratórios. Nesse sentido, cita-se o acórdão a seguir, proferido em relação ao próprio Banco Bradesco S/A, em outro processo administrativo:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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

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

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

(...)

Recurso Voluntário Negado.

(Acórdão nº 2402-004.108, de 14/05/2014, processo 16327.720218/201364) (Grifos nossos)

Embora tais decisões se refiram à contribuição devida à previdência social, o conceito de que os aportes aos planos privados devem se revestir de natureza previdenciária e não remuneratória também se aplica ao imposto sobre a renda da pessoa física, pois, como se tratou acima, os rendimentos do trabalho se constituem em fato gerador desse imposto.

Dessa forma, mesmo que se considere a possibilidade de oferecer, no regime aberto, um plano diferenciado para determinada categoria, ainda assim, seria necessário que os aportes feitos em relação aos integrantes dessa categoria estivessem desvinculados do desempenho profissional, sob pena de restar caracterizada a ocorrência de pagamento em retribuição individual pelo trabalho, quer seja como incentivo, prêmio, gratificação ou complementação do salário.

Porém, no caso em pauta, verificou-se que os critérios de elegibilidade dos participantes ao plano suplementar e dos valores dos aportes eram definidos unilateralmente pela instituidora, sem uma regra geral, o que demonstra que o plano não estava acessível a todos e em iguais condições (nem mesmo dentro da mesma categoria) e que a forma de definição dos aportes era subjetiva e relacionada ao desempenho profissional dos participantes. Tampouco foram trazidas as memórias de cálculos que pudessem, talvez, comprovar se os critérios adotados se coadunariam com a natureza previdenciária que deve ter o plano coletivo, ainda que no regime aberto, conforme também consta no art. 26, da LC nº 109/01, aventado pelo próprio contribuinte como aplicável ao seu caso:

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

(...)

II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

(...) (Grifos nossos)

Note-se ainda que os requisitos de elegibilidade e a forma de cálculo dos benefícios são condições exigidas no art. 10, apontado no Termo de Verificação Fiscal e situado nas Disposições Comuns da LC nº 109/01, como se repete a seguir:

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

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

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

(...) (Grifos nossos)

Quanto aos padrões mínimos a serem fixados pelo órgão regulador, cabe mencionar o que dispõe o art. 7º da referida Lei Complementar:

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

(...) (Grifou-se)

Sobre essas questões, destaca-se ainda os seguintes trechos do Termo de Verificação Fiscal, com os quais também se concorda neste voto:

(...)

10. Da análise dos planos e seus aditivos conclui-se que:

(...)

ii. Os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, sendo, portanto, de sua total responsabilidade, podendo inclusive recusar a proposta de inscrição do participante (vide itens 2.2 e 11.2 do 5o Termo Aditivo);

iii. Não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora;

(...)

12. (...) Portanto, a Lei Complementar nº 109/2001 regulou o assunto de maneira inequívoca, ou seja, a finalidade dos planos empresariais de previdência complementar é o pagamento de benefícios previdenciários e naturalmente as contribuições ao plano devem ser baseadas em cálculos matemáticos e atuariais, levando-se em conta, por exemplo, o valor dos benefícios, a tábua biométrica da população beneficiária, déficits financeiros do plano, o valor total das contribuições, etc., (...)

34. (...)

(...)

e. Apesar do contribuinte declarar que as contribuições efetuadas na previdência privada obedeceram aos critérios estabelecidos em lei e que o plano levou em conta variáveis atuariais, o mesmo não comprovou estas afirmações, visto que não apresentou as memórias de cálculo das contribuições;

f. O fato supracitado somado aos aportes serem realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes, em valores próximos para cada nível hierárquico e ainda os resgates dos participantes serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes, via de regra no mesmo mês, novamente em valores próximos para cada nível hierárquico (...), dão robustez probatória à caracterização destes pagamentos como verbas remuneratórias;

g. Por todo o conjunto de argumentos e provas, os valores pagos a este título devem ser considerados como rendimento do trabalho assalariado.

(...)

O recorrente ainda alegou que, por estar inserido na parte referente às entidades fechadas, não se aplica ao caso o art. 19 da LC nº 109/01, que diz: "*As contribuições destinadas à constituição de reservas terão como finalidade prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário*". Ocorre que essa finalidade de cunho previdenciário, como se tratou anteriormente, está pulverizada por vários dispositivos da LC nº 109/01, que são comuns a qualquer regime, como por exemplo nos artigos 2º, 7º, 10, 69, e inclusive no art. 26, reconhecido pelo contribuinte como sendo aplicável ao seu plano de benefício: "*Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser: (...) II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários*".

No que diz respeito à alegação de que o plano complementar está aprovado pela SUSEP, esse fato não pode ser oposto ao fisco quando identificadas circunstâncias que demonstram que as contribuições não têm natureza previdenciária, mas sim remuneratória, como ocorreu neste caso.

Já o argumento de que as contribuições ao plano complementar visam manter o padrão de vida de seus altos funcionários na aposentadoria, este não se sustenta mediante os resgates realizados, que, apesar de não serem proibidos pelo plano, a forma como foram feitos, rotineiramente e em valores próximos aos dos aportes, frustrou as finalidades previdenciárias, como aposentadoria, pensão ou benefícios acidentários, revelando ainda o descumprimento da,

regra geral do art. 102, da Constituição Federal, que diz que o regime de previdência complementar deve ser baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado.

Em relação ao argumento de que a aposentadoria não rompe o vínculo empregatício e não impede a manutenção do empregado na previdência oficial ou complementar, mesmo que assim se considere, esse fato em nada altera a constatação de que os aportes têm caráter remuneratório, em face dos demais elementos já tratados acima.

Quanto ao argumento do contribuinte de que a decisão recorrida não teceu considerações a determinados aspectos, cumpre enfatizar que o julgador não estava obrigado a se manifestar sobre todas as alegações das partes, se encontrou motivo suficiente para fundamentar a decisão, o que de fato ocorreu no caso presente.

As demais alegações e documentos trazidos pelo contribuinte também não são suficientes para comprovar o caráter previdenciário das contribuições e macular o conjunto de elementos probatórios trazidos pela fiscalização, que demonstraram a finalidade remuneratória dos aportes da empresa ao plano de benefícios suplementares, PGBL - Empresarial.

Assim, por se consubstanciarem, os referidos aportes, em retribuição econômica pelo trabalho, sobre eles incide o imposto de renda nos termos do art. 43, I, § 1º, do CTN, citado anteriormente.

Por conseguinte, permanece a obrigação a cargo da fonte pagadora de reter o tributo devido por ocasião do pagamento, prevista no art. 7º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, a seguir:

Art. 7º Ficam sujeito à incidência do imposto de renda na fonte, calculado de acordo com o disposto no art. 25 desta Lei:

I - os rendimentos do trabalho assalariado, pagos ou creditados por pessoas físicas ou jurídicas;

(...)

§ 1º O imposto a que se refere este artigo será retido por ocasião de cada pagamento ou crédito e, se houver mais de um pagamento ou crédito, pela mesma fonte pagadora, aplicar-se-á a alíquota correspondente à soma dos rendimentos pagos ou creditados à pessoa física no mês, a qualquer título.

(...)

E a falta dessa retenção oportuna, como ocorreu neste caso, sujeita a empresa pagadora à multa e aos juros, aplicados isoladamente, conforme no art. 9º da Lei 10.426, de 24 de abril de 2002, e art. 61, da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, abaixo transcritos:

Lei nº 10.426/02:

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei no 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1o, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou

recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Lei nº 9.430/96:

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.

(...)

Diante do exposto, necessário negar provimento ao recurso do contribuinte no que diz respeito a esta matéria.

Juros de mora - Taxa Selic

Os créditos tributários são cobrados e pagos com a aplicação de juros de mora, com base na taxa Selic, conforme estabelecido em Súmula nº 4 do CARF, a seguir reproduzida, que é de observância obrigatória pelos membros do CARF (art. 72, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF/2015):

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 de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Logo, também não se pode acolher o recurso voluntário neste aspecto.

Conhecimento de provas supervenientes

Em 22/12/2016, o contribuinte trouxe aos autos a petição de fls. 898/900, juntada pela Secretaria da 2ª Câmara da 2ª Seção, em 19/01/2017, na qual explica que posteriormente à interposição do presente recurso voluntário, ocorrida em 29/06/2011, saiu o resultado da diligência, datado de 05/09/2011, no processo 16327.001557/2010-03, relativo à autuação de contribuição previdenciária sobre os mesmos fatos geradores deste lançamento e constituídos na mesma ação fiscal. Diz que essa perícia feita pela fiscalização confirmou os

fatos expostos pela recorrente quanto à inclusão de contribuições básicas (4% da remuneração) no lançamento efetuado; e também foi integralmente acolhida na decisão da DRJ de 06/03/2012. Ressalta ainda que tal decisão se tornou definitiva nesse ponto, em face do não provimento do recurso de ofício. Assim, reitera o pedido de que o resultado dessa perícia produza os mesmos efeitos neste processo. Os documentos comprobatórios foram apresentados às fls. 902/977.

Observa-se nos documentos apresentados que o processo 16327.001557/2010-03, relativo à contribuição previdenciária, tratou de autuação sobre os mesmos fatos geradores deste lançamento; e que o resultado da diligência naquele processo foi proferido em data posterior ao recurso (recurso em 29/06/2011 - fls. 789; e resultado da diligência no outro processo em 05/09/2011 - fls. 917).

O Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal, possibilita a apresentação de provas quando ocorre fato ou direito superveniente, conforme art. 16, § 4º, "b", a seguir:

16. (...)

(...)

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

(...)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

(...)

Assim, tendo em vista a ocorrência de fato superveniente que pode, a depender da análise mais detalhada, vir a ter influência no lançamento em questão, cabe o conhecimento dessas provas apresentadas após recurso voluntário.

Pedido de diligência e de aproveitamento de prova pericial produzida no processo 16327.001557/2010-03

O recorrente se insurge contra a negativa de diligência na decisão recorrida. Diz que na base de cálculo utilizada pela fiscalização estavam inseridas as contribuições básicas (4%) feitas em relação aos dirigentes no âmbito do plano de previdência, o que seria comprovado com a perícia requerida.

Também noticiou que no processo 16327.001557/2010-03, relativo ao lançamento da contribuição previdenciária sobre o mesmo fato gerador e efetuado no mesmo procedimento fiscal que ocasionou esta lavratura, a autoridade julgadora de primeira instância entendeu pela necessidade da realização de perícia, com a finalidade de averiguar se houve a inclusão das contribuições básicas na base de cálculo da autuação, conforme Termo de Início de Diligência e Intimação Fiscal (fls. 861/862). Assim, pede ainda que seja considerada a prova pericial a ser produzida naquele processo.

Em petição trazida aos autos em 22/12/2016 (fls. 898/900), explica que posteriormente à interposição do recurso voluntário, ocorrida em 29/06/2011, o resultado da diligência, datado de 05/09/2011, confirmou os fatos expostos pela recorrente e foi integralmente acolhida na decisão da DRJ de 06/03/2012. Ressalta ainda que tal decisão se tornou definitiva nesse ponto, em face do não provimento do recurso de ofício. Assim, reitera o pedido de que o resultado desse perícia produza os mesmos efeitos neste processo. Os documentos mencionados foram apresentados às fls. 902/977.

De fato, observa-se que o Termo de Verificação Fiscal relativo ao presente lançamento, assim dispõe às fls. 280:

(...)

1. O presente lançamento fiscal teve origem na ação fiscal referente às contribuições previdenciárias cujo início deu-se em 22/04/2009 conforme Termo de Início de Procedimento Fiscal, referente ao Mandado de Procedimento Fiscal - MPF - nº 0816600.2008.00119, cabendo ressaltar que o presente Auto de Infração foi lavrado objetivando os lançamentos de fatos geradores para o período de 01/2005 a 12/2008.

(...)

Confirmou-se ainda que as bases de cálculo desta autuação são as mesmas do lançamento previdenciário mediante a comparação das planilhas de fls. 291/296 deste processo e as planilhas de fls. 913/914 a que remete o Relatório Fiscal Complementar de fls. 915/916 (correspondentes às fls. 831/832 e 846/848 do processo de contribuição previdenciária nº 16327.001557/2010-03 - documentos trazidos pelo contribuinte), no qual, o fisco também constatou a necessidade de se excluir os valores destinados à contribuição básica nos moldes dessas planilhas.

E o Acórdão nº 16-36.467, da DRJ/SP1, de 06/03/2012, proferido no processo referente à contribuição previdenciária (trazido às fls. 918/973), efetivou a exclusão da base de cálculo das quantias referentes à contribuição básica de 4% e demais valores duplicados, conforme abaixo:

(...)

Cabe, aqui, observar que, de fato, como apontou a empresa, em sua defesa, houve o lançamento indevido de alguns valores neste AI – inclusão, por equívoco, na base de cálculo das exações, das contribuições básicas de 4%, feitas no âmbito de plano de previdência privada disponível a todos, em competências de 01/2005 a 12/2008, e de montantes em duplicidade, nas competências de 12/2006 e 12/2007 – no que tange aos levantamentos relativos à previdência privada, devendo haver a retificação dos valores lançados neste AI conforme quadros demonstrativos a seguir, tendo em vista o Relatório Fiscal Complementar de fls. 846 a 848, que remete aos Anexos I e II, de fls. 831 e 832.

(...)

Confirmou-se no sítio do CARF na Internet que o Acórdão nº 2301-003.494, proferido em 14/05/2013 pela 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da 2ª Seção do CARF, ao negar provimento ao recurso de ofício, concordou com a retificação da base de cálculo efetuada pela decisão de primeira instância no processo previdenciário, conforme ementa e trechos do relatório, abaixo colacionados:

*ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**Data do fato gerador: 01/01/2005, 31/12/2008**Quando as peças dos autos demonstram a existência de lançamento indevido de alguns valores, conforme muito bem pormenorizado na decisão singular, não elementos suficientes para determinar a alteração da decisão de piso.**No caso em tela houve o Recurso de Ofício para cumprir determinação legal, mas não há reforma a ser realizada, dada a perfeição da decisão singular, eis que de fato houve lançamentos imperfeitos no Auto de Infração, corrigido por ela.**(...)**Relatório**(...)**A Recorrente tempestivamente impugnou, sendo que a DRJ reformou em parte o Auto de Infração, reconhecendo que houve o lançamento indevido de alguns valores no AI – inclusão, por equívoco, na base de cálculo das exações, das contribuições básicas de 4%, feitas no âmbito de plano de previdência privada disponível a todos, em competências de 01/2005 a 12/2008, e de montantes em duplicidade, nas competências de 12/2006 e 12/2007 – no que tange aos levantamentos relativos à previdência privada, devendo haver a retificação dos valores lançados.**Devidamente certificada da decisão não aviou Recurso Voluntário.**(...)*

No sítio do CARF na Internet não consta recurso contra esse julgado. Portanto, essa matéria, no referido processo, está definida no âmbito administrativo.

Cumprе mencionar que, embora não se discorde dos fundamentos da decisão de primeira instância que negou o pedido de diligência/perícia do contribuinte, a situação superveniente trazida aos autos pelo interessado há que ser considerada.

Restou confirmado que a presente autuação (relativa à multa e aos juros isolados por não retenção de IRRF) e o referido lançamento da contribuição previdenciária foram lavrados sobre a mesma base impositiva e competências.

Houve o reconhecimento das autoridades lançadoras e julgadoras (no processo que exige a contribuição previdenciária) de que a base de cálculo original também continha as contribuições básicas no percentual de 4% da remuneração (feitas ao plano de previdência privada disponível a todos os empregados e dirigentes), que não eram objeto do lançamento.

Assim, como a fiscalização analisou os documentos apresentados pela empresa e reconheceu a necessidade de se excluir das bases de cálculo os montantes relativos

às contribuições básicas naquele processo, entende-se que tal providência também se aplica ao presente auto de infração que foi lavrado sobre a mesma situação fática e base de cálculo.

Portanto, cabível a retificação desta autuação, excluindo-se da coluna "Valor do Pagamento" contida na planilha da fiscalização de fls. 291/296, os valores informados na coluna " CONTRIB.BÁSICAS ", das planilhas de fls. fls. 913/914 (correspondentes às planilhas de fls. 831/832 do processo relativo à contribuição previdenciária nº 16327.001557/2010-03).

Conclusão

Por fim, em face do que se expôs, voto por:

- conhecer do recurso de ofício e NEGAR-LHE PROVIMENTO;
- conhecer do recurso voluntário, rejeitar a preliminar de nulidade e decadência; no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para excluir da base de cálculo do tributo os valores correspondentes às contribuições básicas.

(assinado digitalmente)

Marcio Henrique Sales Parada - Redator *ad hoc*.

Declaração de Voto

Conselheira Junia Roberta Gouveia Sampaio.

Em que pese o bem fundamentado voto da ilustre Conselheira Relatora Rosemary Figueiroa Augusto (reproduzido pelo Conselheiro Redator *ad hoc* Marcio Henrique Sales Parada), peço vênia para divergir pelos argumentos que serão expostos a seguir.

1) RESUMO DA LIDE

Trata-se de lançamento de multa isolada e juros em razão da falta de retenção de Imposto de Renda Retido na Fonte (IRRF) sobre os valores pagos pelo Recorrente à título de contribuições para Plano de Previdência Privada no período de 01/2005 a 12/2008.

De acordo com o relatório fiscal foram identificados os seguintes problemas no plano de previdência do Recorrente:

- a) O plano de Benefícios Suplementares previsto no 5º Termo Aditivo é disponível apenas aos diretores estatutários e superintendentes executivos, o que representaria afronta ao artigo 16 da Lei Complementar 109/01.

b) os requisitos de elegibilidade e a forma de cálculo dos benefícios não são claros e não constariam do regulamento, sendo definidos por meio de critério unilateral, sem terem sido apresentados cálculos atuariais, o que ofenderia o artigo 10 da Lei Complementar nº 109/2001;

c) os aportes seriam realizados de forma habitual, mensalmente, com valores constantes e, ainda, os resgates dos participantes seriam realizados no mesmo mês, em valores próximos ou superiores aos aportes, frustrando o objetivo dos planos de previdência que é a complementação de aposentadorias.

Diante de todo o exposto no Relatório Fiscal, no Recurso Voluntário do Contribuinte e do voto da Conselheira Relatora, verifica-se que a lide centra-se em duas discussões básicas.

A primeira delas, de cunho jurídico, consiste em analisar se o artigo 16 da Lei Complementar nº 109/01 (utilizado como fundamento presente lançamento) aplica-se também às entidades abertas de previdência social.

A segunda, de natureza fática, consiste em verificar se os planos efetivamente implantados pelo Recorrente poderiam ser caracterizados como remuneração, diante das objeções expostas no trabalho fiscal.

Antes de abordarmos individualmente as mencionadas discussões, entendo fundamental analisarmos os instrumentos contratuais básicos que versam sobre o Plano de Previdência Privada do Recorrente.

2) DOS INSTRUMENTOS CONTRATUAIS QUE VERSAM SOBRE O PLANO DE PREVIDÊNCIA DA RECORRENTE.

Conforme exposto pelo Recorrente, seu Plano de Previdência Complementar foi, originalmente, previsto em dois instrumentos contratuais:

A) CONVÊNIO DE ADESÃO - PLANO I

a.1) Abrangência - todos os empregados e dirigentes da empresa;

a.2) Data: 20/06/1985;

a.3) Modalidade: Benefício definido e fechado a novos participantes a partir de 30/04/1994;

B) CONTRATO PREVIDENCIÁRIO - PLANO II

b.1) Abrangência - todos os empregados e dirigentes da empresa;

b.2) Data: 20/05/1999;

b.3) Modalidade: Contribuição (FGB) e benefício definidos (PBD) e fechado a novos participantes;

C) TERMO ADITIVO AO PLANO I

c.1) Abrangência: Presidente do Conselho, Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e aos investidos em cargos de assessor da Diretoria desde que participantes dos Planos I e II;

c.2) Data: 30/07/1999

c.3) Modalidade: Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL (benefícios suplementares)

D) CONTRATO PREVIDENCIÁRIO - PROGRAMA DE MIGRAÇÃO DE PLANO

d.1) Abrangência: Todos os empregados e dirigentes da empresa

d.2) Data: 20/05/2000

d.3) Modalidade: Programa Gerador de Benefício Livre - PGBL e de Benefício Definido - PBL - contribuições básicas, com benefício por morte e invalidez.

Pela análise da seqüência de instrumentos acima descrita, verifica-se que, atualmente, o Recorrente possui um único plano o qual, em razão do Termo Aditivo nº 5, possui contribuições diferenciadas para as pessoas nele mencionadas (Presidentes, Diretores, Conselheiros, etc). Trata-se de Plano de Previdência Privada Aberto, aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/01-23:

*Um plano de previdência privada extensivo a todos os funcionários e dirigentes (inclusive diretores e superintendentes executivos) denominado **Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo - Plano II - do tipo Plano Gerador de Benefícios Livres - PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regulamento e Contrato - Contribuições Básicas, com previsão de benefícios diferenciados para os diretores estatutários e superintendentes executivos conforme 5º Termo Aditivo - Plano de Benefícios Suplementares (Contrato - Contribuições Suplementares)** (grifamos)*

A descrição do Plano é importante para a análise da discussão jurídica dos autos, uma vez que, conforme demonstrado, trata-se de Plano de Previdência Privada Aberta.

3) DA ABRANGÊNCIA DOS PLANOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA ABERTA

Como já exposto, uma das ilegalidades apontadas pelo trabalho fiscal foi o fato do plano de previdência do Recorrente não ser disponível a todos os empregados, nos termos do artigo 16 da Lei Complementar nº 109/01.

É importante observar que o mencionado artigo aplica-se às entidades fechadas de previdência complementar. Além disso, não é correto dizer que o Plano da Recorrente não foi oferecido à totalidade dos empregados, uma vez que trata-se de um único plano. Tal plano, todavia, contempla contribuições suplementares e diferenciadas para os Presidentes, diretores e conselheiros.

Dessa forma, a discussão jurídica trazida aos autos consiste em saber se é possível, nos planos abertos de previdência privada, instituir contribuições diferenciadas para seus participantes.

A Lei Complementar nº 109/2001, ao regulamentar de previdência complementar, fez clara separação entre as norma aplicáveis aos regimes de previdência aberto e fechados.

Isso porque, em seu Capítulo II, ao tratar dos Planos de Benefícios, reserva a Seção I para as Disposições Comuns, previstas nos artigos 6º ao 11º. A Seção II, que compreende os artigos 12º ao 25º, trata dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas e, por fim, a Seção III (arts. 26 ao 30), cuida dos Planos de Benefícios das Entidades Abertas.

Dessa forma, cumpre verificar se, ao tratar dos Planos de Benefícios das Entidades Abertas, a mencionada lei, utilizada como fundamento do trabalho fiscal, contempla a possibilidade de benefícios diferenciados para determinada categoria de empregados. A resposta dada pelo artigo 26, §3º, abaixo transcrito, é afirmativa:

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

I - individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou

II - coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

§ 1º O plano coletivo poderá ser contratado por uma ou várias pessoas jurídicas.

§ 2º O vínculo indireto de que trata o inciso II deste artigo refere-se aos casos em que uma entidade representativa de pessoas jurídicas contrate plano previdenciário coletivo para grupos de pessoas físicas vinculadas a suas filiadas.

*§ 3º **Os grupos de pessoas** de que trata o parágrafo anterior **poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador**, podendo abranger empresas coligadas, controladas ou subsidiárias, e por membros de associações legalmente constituídas, de caráter profissional ou classista, e seus cônjuges ou companheiros e dependentes econômicos.*

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

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

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

Pela leitura na norma acima transcrita, fica clara a possibilidade de celebração de plano previdenciário coletivo na modalidade aberta que não abranja todos os empregados e diretores da Pessoa Jurídica, uma vez que pode ser contratado para "*grupos de pessoas*" que poderão ser constituídos por *uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador*".

Além disso, o artigo 16. da LC 109/2001, que estabelece a obrigatoriedade de oferecimento do plano a todos os empregados, trata dos Planos de Benefícios de Entidade **Fechadas** de Previdência Social.

De acordo com o voto da Relatora, "*há posicionamento do CARF de que o citado art. 16, é aplicável tanto para os planos de entidades abertas quanto fechadas, uma vez que o requisito de ser disponível à totalidade dos empregados e dirigentes está de acordo com a desvinculação da natureza salarial.*" Logo em seguida, a Relatora transcreve a ementa dos Acórdãos n.ºs 205-00.762, de 03/07/2008 e 24.01004.194 de 08/03/2016).

Entendo, data vênia, que tais decisões não podem servir como fundamentação de que o artigo 16 da LC 109/01 é extensível às entidades abertas de previdência complementar. Isso porque, ao analisar o inteiro teor dos votos, verifica-se que o fundamento utilizado nos lançamentos foi o artigo, 28, §9º, alínea "p" da Lei nº 8.212/91. Todavia, tal norma não foi sequer mencionada no Auto de Infração ou no Termo de Verificação Fiscal.

No entanto, mesmo que o artigo 28, §9º, alínea "p" da Lei nº 8.212/91 tivesse sido utilizado como fundamento da autuação (o que, como já dito, não ocorreu) entendo improcedente sua aplicação.

Isso porque, o que temos aqui são duas normas aparentemente antinômicas. A norma do 28, §9º, alínea "p" da Lei nº 8.212/91 que determina que os o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, não integra o salário de contribuição, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes e a norma do artigo 26, da Lei Complementar 109/01 que prevê a possibilidade do plano de previdência complementar aberta contemplar, de forma diferenciada, grupo de pessoas.

Os critérios fundamentais de solução de antinomias, são cronológico, hierárquico e da especialidade. No caso em questão, se adotados os critérios cronológico e hierárquico, não restam dúvidas de que a norma a prevalecer deveria ser o artigo 26, §3º da Lei Complementar nº 109/01, uma vez que esta é posterior a Lei nº 8.212/91 e, além disso, hierarquicamente superior, tendo em vista que a Lei nº 8.212/91 é lei ordinária. Resta analisar, assim, se a Lei nº 8.212/91 poderia ser considerada norma especial em relação à Lei Complementar nº 8.212/91.

Embora as decisões não explicitem tal fundamento parece ser ele a razão de decidir. Em outras palavras, a Lei nº 8.212/91, como norma de custeio de Seguridade Social, seria específica em relação à Lei Complementar nº 109/01. Tal raciocínio, a meu ver, não procede.

Se a Lei Complementar nº 109/01 não contivesse norma sobre a tributação dos Planos de Previdência entendendo prevaleceria a condição estabelecida pela Lei nº 8.212/91. Todavia, a referida Lei Complementar tem normas expressas sobre a tributação dos planos nela mencionados, conforme se verifica pelos artigos 68 e 69, §1º abaixo transcritos:

*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** (grifamos)*

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.** (grifamos)*

Nesse mesmo sentido já se manifestou a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se verifica pela decisão proferida no Acórdão nº 9202-003.193, cuja ementa é a seguinte:

*Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias
Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004
PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO
DE REMUNERAÇÃO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DE
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.*

***A LC nº 109/2001 alterou a regulamentação da matéria antes adstrita à Lei n. 8.212/1991, passando a admitir que no caso de plano de previdência complementar em regime aberto a concessão pela empresa a grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria não caracteriza salário-de-contribuição sujeito à incidência de contribuições previdenciárias.** (grifamos)*

É importante registrar que a Câmara Superior de Recursos fiscais, em sua nova composição, ratificou, por unanimidade de votos, o posicionamento acima mencionado, no julgamento do Processo nº 1404.001392/2007-37, relatado pela Conselheiro Luiz Eduardo de Oliveira Santos. A referida decisão ainda não foi publicada.

Em face do exposto, entendo que, a isenção da tributação dos planos de previdência complementar deve obedecer os critérios estabelecidos na Lei Complementar n 109/01, dentre os quais, como visto, não está prevista a exigência dos planos serem igualmente aplicável a todos os empregados e diretores.

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

Antes de analisarmos as objeções apontadas pelo trabalho fiscal quanto os requisitos de elegibilidade, a forma de cálculo dos benefícios, habitualidade dos aportes e a

periodicidade dos resgates, é importante analisar a competência da autoridade fiscal descaracterizar a natureza previdenciária de plano de previdência aprovado pela SUSEP.

Isso porque, compete a SUSEP verificar se os contratos firmados estão de acordo com o que determina a Lei Complementar nº 109/01. Nesse sentido, já se manifestou a 6ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento nos autos do Processo nº 16327.720335/2013-28, nos seguintes termos:

Pelas disposições gerais da Lei Complementar nº 109/01, especificamente em seu artigo 74, as funções de regular e fiscalizar os planos de previdência privada complementar enquanto não publicada lei definindo órgão competente foram exercidas pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, por intermédio, respectivamente, do Conselho de Gestão da Previdência Complementar (CGPC) e da Secretaria de Previdência Complementar (SPC), relativamente às entidades fechadas, e pelo Ministério da Fazenda por meio do Conselho Nacional de Seguros Privados (SUSEP) respectivamente, à regulação e fiscalização das entidades abertas.

Cabe, portanto, aos órgãos citados, dentro do âmbito de suas competências, apreciarem se os contratos firmados pela autuada estão em conformidade com o que determina a Lei Complementar nº 109/2001 e a legislação legal que rege a previdência complementar. Para o exercício da atividade de previdência complementar previamente há a necessidade de obtenção de autorização do órgão regulador/fiscalizador sob pena de o responsável incorrer em penalidades (artigos 65 e 67 da LC nº 109/2001)

No 5º Termo Aditivo ao contrato de previdência privada firmado em 20/06/1985 (fls. 70/74) consta na cláusula primeira que o plano (PGBL) se regerá pelas condições estabelecidas no Regulamento do Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL - Empresarial, aprovado pela SUSEP.

O Chefe do departamento técnico atuarial da SUSEP comunica a aprovação de um Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo - PGBL II (PGBL com Benefício por morte ou invalidez)(fls. 207)

(...)

Mas seja qual for entidade de previdência complementar ela somente poderá instituir e operar planos de benefícios para os quais tenha autorização específica de acordo as normas aprovadas pelo órgão fiscalizador e regulador (art. 6º).

O Fisco Fazendário Federal ao se deparar com possíveis irregularidades tem competência para notificar o órgão regulador, no caso a SUSEP, e solicitar sua manifestação a respeito conforme autoriza o artigo 936 do RIR/99. Também, se há convicção do Auditor Fiscal da Receita Federal da prática de irregularidades em entidade de previdência complementar ou indícios de crime pode noticiar o Ministério Público (art. 64 LC

109/2001). Mas tanto o regulamento do Plano como a Nota Técnica Atuarial foram aprovados pela SUSEP. À fiscalização fazendária carece competência dada legalmente para descaracterizar a natureza previdenciária dos aportes feitos pela instituidora a título de contribuição previdenciária dos aportes feitos pela instituidora a título de contribuição previdenciária complementar, tendo por base cláusulas ou disposições de um plano e regulamento aprovados pelo órgão regulador. (grifamos)

Dessa forma, antes mesmo de analisar os problemas apontados pela autoridade lançadora, entendo que esta carece de competência para negar a natureza previdenciária do plano de previdência complementar, devidamente autorizado pelos órgãos competentes.

De todo modo, como será demonstrado a seguir, as mencionadas objeções não merecem prosperar.

De acordo com o voto da Conselheira Relatora *"para que as contribuições feitas pelo empregador ao plano de previdência privada não sejam consideradas remuneração e sobre elas não haja incidência de tributos, é imprescindível a comprovação da natureza previdenciária desses aportes."*

Para identificar a natureza previdenciária dos aportes a Relatora começa por mencionar o art. 202 da Constituição Federal o qual dispõe que *"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."*

Diante da premissa de que tais planos visam constituir reservas para garantir um benefício futuro, a Relatora corroborou as conclusões do trabalho fiscal de que os aportes realizados pelo Recorrente teriam o caráter remuneratório, uma vez que:

- a) não foram apresentadas memórias de cálculo das contribuições;
- b) os aportes eram realizados de forma habitual;
- c) os valores dos aportes eram constantes;
- d) os resgates dos participantes eram realizados em valores próximos ou superiores aos aportes;

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

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

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

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

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

O direito ao resgate é regulamentado pela Circular SUSEP nº 338/07 nos seguintes termos:

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

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

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

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

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

O questionamento se o legislador extrapolou e, ao estabelecer as mencionadas normas, retirou a natureza previdenciária dos mencionados planos, deveria ser feito perante o poder judiciário, por meio de uma ação direta de inconstitucionalidade. Não

Processo nº 16327.001612/2010-57
Acórdão n.º **2202-004.014**

S2-C2T2
Fl. 1025

cabe à fiscalização ou a este Conselho estabelecer restrições que o legislador não se preocupou em estabelecer.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, dou provimento ao Recurso Voluntário.

(assinado digitalmente)

Junia Roberta Gouveia Sampaio.