



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

Processo nº 16327.720122/2015-68
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2401-004.775 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de maio de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BRADESCO SEGUROS S/A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

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

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

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. TAXA REFERENCIAL DO SISTEMA DE LIQUIDAÇÃO E CUSTÓDIA (SELIC). INCIDÊNCIA.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade, em conhecer do recurso voluntário. No mérito, por voto de qualidade, negar-lhe provimento. Vencidos a relatora e os conselheiros Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira e Luciana Matos Pereira Barbosa, que davam provimento ao recurso. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Cleberson Alex Friess.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Presidente

(assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto - Relatora

(assinado digitalmente)

Cleberson Alex Friess - Redator Designado

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

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto em face da decisão da 8ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (DRJ/BHE), que julgou, por unanimidade de votos, considerar improcedente a impugnação e manter o crédito exigido por meio do AI, conforme ementa do Acórdão nº 02-67.448 (fls. 335/364):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO

Entende-se por salário de contribuição a remuneração auferida, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, inclusive os ganhos habituais sob forma de utilidades.

PREVIDÊNCIA PRIVADA.

Integra o salário-de-contribuição o valor pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, em desacordo com a legislação previdenciária.

INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE.

É vedado ao fisco afastar a aplicação de lei, decreto ou ato normativo por inconstitucionalidade ou ilegalidade.

FISCALIZAÇÃO

A autoridade administrativa fiscalizadora poderá desconsiderar atos ou negócios jurídicos praticados com o fito de dissimular a ocorrência de fato gerador de tributos por seu tal prática inerente a suas atribuições.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

O Presente processo é composto pelos autos de infração (AI), referentes às competências 01/2010 a 12/2010 e de 01/2011 a 12/2011, conforme se segue:

1. AI Debcad nº 51.072.995-9 (fls. 138/155), no valor de R\$ 11.118.777,55, consolidado em 30/1/2015, relativo a contribuições destinadas à previdência social, parte patronal, incidentes sobre a remuneração de contribuintes individuais (diretores) e de segurados empregados.
2. AI Debcad nº 51.072.996-7 (fls. 156/166), no valor de R\$ 195.120,16, consolidado em 30/1/2015, relativo a contribuições destinadas à outras entidades e fundos (terceiros), parte patronal, incidentes sobre a remuneração de segurados empregados.

Demonstrativo Consolidado do Crédito Tributário acima referidos encontra-se à fl. 02.

O Relatório Fiscal do Auto de Infração (fls. 175/186), em síntese, informa que:

- Em cumprimento ao Mandado de Procedimento Fiscal – MPF nº 08.1.66.00-2014-00118-0, foi instaurado o procedimento de fiscalização em 24/06/2014;
- As contribuições lançadas incidem sobre valores custeados pelo contribuinte em planos de benefício suplementar de previdência privada, disponibilizados a diretores e segurados empregados que ocupavam cargos elevados na empresa;
- O contribuinte ao ser intimado apresentou documento, denominado Convênio de Adesão Plano I, de 20/6/1985 onde consta que diversas companhias do Grupo Bradesco aderiram a esse plano de previdência privada em favor de seus empregados e diretores;
- Também apresentou documentos denominados “Contrato Previdenciário – 20.05.99”, “6º Termo Aditivo ao Contrato de Prev-30.07.99” e “Contrato Previdenciário-20.05.2000”, todos instrumentos contratuais referentes a planos de previdência privada em favor de empregados e diretores;
- O Plano Suplementar não atendia determinações legais de ser disponível a todos os empregados, elencadas no § 1º do art. 16 da Lei Complementar 109, de 29/05/2001;
- Os aportes ao plano de benefícios suplementar, feitos pelo empregador/contribuinte, são mensais, e os aportes feitos pelos participantes, diretores e empregados que ocupam cargos elevados na hierarquia funcional da empresa, são semestrais;
- Para os participantes do plano de benefícios suplementar, diretores e empregados que ocupam cargos elevados na hierarquia funcional da empresa, é permitido o resgate, a qualquer tempo, mediante autorização do empregador/contribuinte, tanto dos valores relativos aos aportes que ele fez quanto daqueles efetuados pelo empregador/contribuinte;

-
- Nos planos de previdência disponibilizados aos demais empregados e administradores do empregador/contribuinte, ao contrário dos planos disponibilizados para os diretores e empregados de elevada hierarquia, está definido o montante a ser aportado pelo empregador/contribuinte em favor dos trabalhadores. Os aportes dos participantes e do empregador/contribuinte foram estabelecidos em 4% sobre o salário de contribuição;
 - Apesar da determinação da SUSEP, nas regras relativas ao plano de benefícios suplementar, disponibilizado apenas a diretores e empregados de elevada hierarquia, não consta cláusula sobre a carência para o resgate, consta apenas o direito ao resgate;
 - Em todo plano de previdência, que tem o objetivo de conceder benefícios previdenciários, as contribuições baseiam-se em cálculos matemáticos e atuariais, que levam em conta, por exemplo, o valor dos benefícios, a tabela biométrica da população beneficiária e deficiências financeiras do plano. No caso deste plano, o benefício suplementar oferecido ao grupo de segurados em questão, não prevê nenhum parâmetro ou norma relativamente a esses elementos;
 - A cada dois anos, os beneficiários do plano de benefícios suplementar fizeram resgates dos aportes próprios e dos aportes efetuados pelo empregador/contribuinte, evidenciando o caráter de aplicação financeira de médio prazo, dos valores que lhes são disponibilizados por meio desse plano;
 - A remuneração dos administradores, conforme atas de assembleias, foi definida como formada por honorários e aportes em plano de previdência privada;
 - Os aportes feitos pelo empregador/contribuinte são substanciais em relação às remunerações pagas. Para empregados ocupantes de cargos administrativos de elevada hierarquia, na maioria dos meses, é superior a 15% da remuneração declarada por meio das Guias de recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP. Já para os administradores, tal aporte é superior a 80%, chegando a 600% da remuneração declarada em GFIP.
 - Diante de todas as constatações, considerado o que dispõe a legislação, a fiscalização concluiu que, apesar de como foram formalizadas, as contribuições feitas pelo empregador para o plano de previdência suplementar têm, na verdade, a natureza de remuneração pelos serviços prestados, pela dedicação e permanência dos segurados a disposição do empregador, integrando, portanto, as bases de cálculo das contribuições tratadas no presente processo.

O contribuinte foi intimado dos Autos de Infração, pessoalmente, 30/01/2015, conforme assinaturas às fls. 138 e 156.

Em 25/02/2015 apresentou, tempestivamente, sua Impugnação (fls. 195/247 e anexos às fls. 248/325), onde, em síntese, aduz:

- Aduz que a fiscalização entendeu que, pelo fato do plano contemplar a concessão de benefícios diferenciados para diretores estatutários e superintendentes executivos ele não teria suporte nas normas legais que disciplinam a matéria e, em razão disso, considerou que o valor das contribuições suplementares e extras que pagou seria, na verdade, remuneração disfarçada;
- Assevera que foram atendidas todas as condições legais exigidas sendo manifestamente improcedentes os autos de infração lavrados.

Encaminhado o processo para apreciação e julgamento pela 8ª Turma da DRJ/BHE, foi julgada improcedente a impugnação mantendo os créditos constituídos pelo Autos de Infração.

O contribuinte teve ciência do Acórdão nº 02-67.448 em 11/03/2016, por meio de sua Caixa Postal (TERMO DE CIÊNCIA DE POR ABERTURA DE MENSAGEM - fl. 368), e apresentou, tempestivamente, em 12/04/2016, seu Recurso Voluntário (fls. 370/429) onde alega:

- A não incidência da Contribuição Previdenciária já que os valores custeados pela contribuinte se enquadram na definição do § 2º, do art. 202, da CF/88, onde estabelece que não são consideradas remunerações as contribuições da empresa destinadas a custear planos de previdência privada em benefício dos empregados e dirigentes, pagas a entidades de previdência privada, regularmente constituídas, cujos planos foram instituídos na forma da lei;
- O 6º Termo Aditivo, firmado pela Recorrente, contemplando a concessão de benefícios diferenciados para determinados funcionários, não viola a legislação que rege a Previdência Privada, pois esta jamais exigiu que os Planos estabelecessem benefícios em valores idênticos a todos os empregados e dirigentes da empresa;
- Que não se aplica ao caso concreto, conforme entendeu a fiscalização, o art. 16 da LC 109/2001, por este só ser aplicável a planos de previdência privada fechado;
- Que o plano de previdência privada aberta coletiva é o aplicado pela empresa e, segundo o art. 26, § 3º, da LC nº 109/01, admite expressamente que apenas uma ou mais categorias de empregados da mesma empresa sejam beneficiários desses planos. Cita diversas jurisprudências administrativas neste sentido;
- Os aportes foram feitos de acordo com a legislação já que se trata de plano de previdência na modalidade de Contribuição Variável, o que possibilita que aporte sejam feitos em qualquer valor e a qualquer tempo, não podendo prosperar o argumento do fiscal de que a natureza remuneratória decorre do fato dos valores aportados serem de elevadas montas, muito superiores às contribuições básicas e efetuadas de forma variável, livres e unilateral;

- O resgate nas condições efetuadas é um direito do participante de planos de previdência aberta, como é o caso, conforme entendimento extraído do *caput* do art. 27 da Lei Complementar 109/01;
- Que, com relação à exigência de juros sobre a multa de ofício, existem vários acórdãos da jurisprudência administrativa reconhecendo o seu não cabimento. Cita inclusive decisão da 1ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais no Acórdão 9101-00.722;

Por fim, requer a reforma da decisão recorrida e a insubsistência dos Autos de Infração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Andréa Viana Arrais Egypto - Relatora

Juízo de admissibilidade

O Recurso Voluntário foi apresentado dentro do prazo legal e atende aos requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Mérito

Conforme se verifica do Relatório Fiscal (fls. 175/186), as contribuições foram lançadas sobre os valores pagos aos empregados e administradores a título de planos de previdência privada por entender a fiscalização que o plano de previdência teria, na verdade, a natureza remuneratória.

Segundo a fiscalização, a regulamentação do plano de previdência privada ocorreu com a edição da Lei Complementar nº 109/2001, que impôs de modo inequívoco, o oferecimento do referido plano a todos os empregados da empresa patrocinadora, quando for o caso do plano de benefícios coletivos; cita o art.16 § 1º da referida Lei Complementar.

A acusação fiscal elegeu como motivos para o lançamento do crédito tributário: (i) o entendimento de que o plano suplementar não atender as determinações legais de ser disponível a todos os empregados, atendendo tão somente as pessoas, equiparadas a empregados, elencadas no § 1º, art. 16 da Lei Complementar 109 de 29/05/2001. (ii) nos planos de previdência disponíveis a todos os empregados e administradores (participantes), os aportes tanto dos participantes quanto do BRADESCO são de 4% sobre a remuneração, motivo porque o aporte acima desse percentual, apenas para alguns participantes, caracteriza complemento de remuneração; diferença nos aportes feitos pela empresa com relação aos ocupantes de cargos administrativos e para os administradores (fls. 182/183).

Ao julgar improcedente a impugnação apresentada pela empresa, entendeu a DRJ que para que a previdência de segurados não integre as bases de cálculo das contribuições previdenciárias, deve ser cumprida a norma existente na Lei que instituiu e que regula o tributo em comento, qual seja, aquela contida na Lei nº 8.212/1991, artigo 28, § 9º, alínea “p”.

Em seu Recurso Voluntário destaca o contribuinte que a fiscalização concluiu que há incidência da contribuição previdenciária com base no art. 16 da LC 109/2001, sendo que referido dispositivo trata dos planos de benefícios de entidades fechadas, o que não é o caso dos autos, por se tratar de plano de previdência aberta, regulado no art. 26 da Lei Complementar.

Aduz que mantém disponível a todos os seus empregados Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II – do tipo Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL, Renda Fixa, com benefícios diferenciados para os diretores estatutários e superintendentes executivos conforme art. 6º Termo Aditivo – Plano Benefícios Suplementares, o qual foi aprovado pela SUSEP conforme Processo 10.003048/01-23 (fls. 273/325).

Da Previdência Privada

A previdência social é organizada sob a forma do regime geral, de caráter contributivo e filiação obrigatória (art. 201 da Constituição Federal), ou sob o regime de previdência privada, de caráter complementar, facultativo e organizado de forma autônoma.

Destarte, o regime de previdência complementar funciona basicamente como instrumento de poupança de longo prazo, o que é socialmente mais desejável, do ponto de vista da promoção do desenvolvimento econômico, do que a poupança de curto prazo.

De acordo com o que foi positivado no art. 202, da Lei Maior:

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, será facultativo, baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado, e regulado por lei complementar. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

Estabeleceu ainda em seu parágrafo 2º, que 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 dos planos, encontrando-se assim desvinculada da remuneração, trazendo uma regra imunizante com relação à incidência da contribuição previdenciária, desde que não restem caracterizados como benefício em razão do trabalho, senão vejamos:

§ 2º As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstas nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das entidades de previdência privada não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei. [\(Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998\)](#)

Dentro desse contexto constitucional, foi editada a Lei Complementar 109/2001 que assim disciplinou as normas sobre os planos de previdência privada:

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

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

Art. 12. Os planos de benefícios de entidades fechadas poderão ser instituídos por patrocinadores e instituidores, observado o disposto no art. 31 desta Lei Complementar.

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

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

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

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.

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

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

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

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

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

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

Com o advento da LC nº 109/2001, restou clara a diferenciação entre o regime fechado de planos, inseridos na Seção II da Lei Complementar 109/2001, através de seu artigo 16, no qual há a exigência de disponibilidade do plano para todos os empregados, e o regime aberto, em que poderão ser oferecidos para grupos de pessoas constituídos de uma ou mais categorias de empregados, conforme disposto no art. 26, inserido na Seção III do diploma legal.

Dessa forma, por força da norma imunizante estabelecida no § 2º, art. 202 da CF, e, restando cumpridas as determinações contidas na referida Lei Complementar, as contribuições do empregador encontram-se desvinculadas da remuneração dos participantes (art. 68), não incidindo tributação e contribuições de qualquer natureza sobre as contribuições vertidas para as entidades de previdência complementar, destinadas ao custeio dos planos de benefícios de natureza previdenciária (§ 1º do art. 69 da Lei Complementar nº 109/2001).

Assim, conquanto a Lei 8.212/1991 determine que o programa de previdência complementar, aberto ou fechado, deve ser disponibilizado à totalidade dos empregados e dirigentes da pessoa jurídica, para que não integrem o salário de contribuição (alínea *p* do § 9º do art. 28), a aparente antinomia encontra solução na aplicação integrada com a Lei Complementar nº 109/2001, conforme analisado anteriormente.

Vale ainda observar que no item 7 do Relatório Fiscal (fl. 182), a fiscalização elegeu o art. 16 da Lei Complementar nº 109 de 29/05/2001 para justificar a incidência da contribuição previdenciária, sob o argumento de que o plano suplementar não era disponível a todos os empregados, atendendo tão somente as pessoas equiparadas a empregados e que nos planos de previdência disponíveis a todos os empregados e administradores (participantes), deveria ocorrer a igualdade do plano para todos, vez que o aporte acima de 4% (quatro por cento), apenas para alguns participantes, caracterizaria complemento de remuneração.

Ocorre que o regime de previdência aberta não se encontra albergado pela regra do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 que diz respeito ao regime fechado e que poderia ser exigida a disponibilidade para todos, o que não se refere ao presente caso que trata de regime aberto com incidência disposto no art. 26 da Lei Complementar, o que invalida a acusação fiscal concernente a aplicação do art. 16.

Nesse contexto, ainda que o plano não fosse extensivo a todos os funcionários, no caso da entidade aberta, não caberia a incidência da contribuição previdenciária em virtude do que determina o art. 26 da legislação de regência.

Outro não é o entendimento proferido no Acórdão nº 2402003.661 (4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária), *verbis*:

Vê-se que para o regime fechado, considerando a unidade da lei, não há incompatibilidade com a Lei nº 8.212/1991, apenas que nesta as regras de incidência e abrangência estão em um mesmo dispositivo legal.

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

Mas, sem precipitações, a interpretação será mais segura quando considerado o todo da lei. No caso dos programas em regime aberto, embora não seja necessário estendê-lo à totalidade dos empregados e dirigentes, os grupos selecionados são de categorias de empregados, sem discriminações dentro de um mesmo grupo. (...).

Em síntese, temos que para a não incidência de contribuições previdenciárias:

a) até o advento da LC nº 109/2001, em quaisquer casos, a empresa tinha que oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados e dirigentes;

b) a partir da LC nº 109/2001, somente no regime fechado, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores.

No presente caso sob exame, os fatos geradores ocorreram posteriormente à LC nº 109/2001. Tratando-se da modalidade de previdência complementar em regime aberto, de acordo com a tese aqui desenvolvida, não haveria necessidade de disponibilização dos planos de previdência complementar à totalidade dos dirigentes e empregados, desde que a restrição ao benefício seja de forma genérica e impessoal, que é o caso; portanto, os valores lançados são insubsistentes.

Cabe ainda trazer a colação decisão proferida no Acórdão nº 9202-004.346 – 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, em face do recurso especial interposto pelo Procurador da Fazenda Nacional, que manteve a decisão exarada no Acórdão nº 2403-002.310, em que foram analisados os mesmos planos de previdência privada da ora Recorrente:

Ao cuidar dos Planos de Previdência Aberta Coletivos, categoria em que se enquadra o PLANO ÚNICO mantido pela Recorrente, prevê a Lei Complementar nº 109/01, em seu artigo 26, parágrafo 3º, a possibilidade de haver “uma ou mais categorias específicas” de beneficiados vinculados a um mesmo empregador, literis:

[...]

Da leitura deste artigo 26, particularmente de seu §3º, evidencia que a própria Lei Complementar 109/01 reconhece a possibilidade de celebração de plano previdenciário coletivo na modalidade aberta, como aquele mantido pela Recorrente, que não abranja todos os empregados e diretores de uma pessoa jurídica já que pode ser contratado para “grupos de pessoas” que poderão ser constituídos por “uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador.”

Em sendo assim, ao caso concreto não se aplica o artigo 16 da Lei Complementar 109/01, voltado apenas e tão somente aos planos de previdência privada fechada, mas o citado artigo 26, inserido na Seção III da Lei Complementar 109/01, e que disciplina os planos de previdência privada aberta, exatamente o caso do PLANO ÚNICO mantido pelo contribuinte ao qual se agrega o Termo Aditivo.

E, como já dito, ainda que o Termo Aditivo pudesse ser considerado um plano autônomo como pretende a fiscalização e a r. decisão recorrida, o que se admite para argumentar, não padeceria ele de nenhuma ilegalidade porque nos termos da legislação em comento poderia ele abranger “uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador” (art. 26, par. 3º da LC 109/2001).”

Ora, tendo o Recorrido alegado em seu recurso voluntário que a cláusula da “disponibilidade a todos” não se aplicaria ao caso concreto (plano mantido junto a Entidade Aberta de Previdência Privada) por força do artigo 26 da Lei Complementar nº 109/91 e tendo tal alegação sido acolhida pelo v. acórdão recorrido, é evidente que, tratando-se de causa autônoma para o cancelamento dos autos de infração, deveria a mesma ter sido enfrentada no recurso especial manejado pela Fazenda Nacional, o que, não tendo ocorrido, enseja seu não conhecimento nos termos da jurisprudência pacífica das Turmas da CSRF acima colacionada o motivo acima exposto não fosse suficiente para obstar o conhecimento do recurso especial interposto pela Fazenda, de qualquer forma o acórdão indicado pela Recorrente como paradigma (acórdão nº 2401-003.021) não se presta para tal, já que nele foi examinada situação fática absolutamente distinta daquela tratada no acórdão recorrido.

[...]

No caso concreto, é fato incontestável que o v. acórdão recorrido reconheceu que no caso concreto existe um único plano mantido pelo Recorrido, sendo clara a explicação constante do voto do seu I. Relator, “verbis”:

“No caso concreto, percebe-se que não existem, concretamente, dois planos benefícios, mas apenas um único, com um aditivo ampliando os benefícios a outras pessoas de escalão gerencial na hierarquia da empresa.

Existe na verdade o Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II – do tipo Plano Gerador de Benefícios Livros – PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável que é o que substituiu o Plano I.

O referido plano foi aprovado pela SUSEP, com número de processo citado pelo recorrente, qual seja, Processo 10.003048/01/23, o qual contempla contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa além de benefícios suplementares diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos (6º e 6º-A Termo Aditivo), fls. 101 a 113.”

*Por sua vez o acórdão indicado pela Recorrente como paradigma, já no relatório, revela que no caso em questão o contribuinte instituiu **dois planos**, que eram até mesmo **mantidos junto a entidades de previdência distintas**, “*verbis*”:*

[...]

*De fato, enquanto no caso concreto a existência de um plano disponível a todos os empregados e dirigentes, mas não igual para todos, leva o julgador a perguntar se “disponível a todos significa igual para todos?” para então decidir caso responda “sim” pela manutenção do lançamento e caso responda “não” pelo seu cancelamento, na situação examinada no acórdão apontado como paradigma o julgador não é levado a responder pergunta alguma, mas meramente a constatar que o plano autuado não estava disponível para todos e consequentemente concluir pela manifesta violação à letra da alínea “p” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, tendo sido exatamente isto o que fez a I. Relatora do acórdão apontado como paradigma, Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que assim entendeu, “*verbis*”:*

[...]

Como se pode ver, tendo o acórdão apontado como paradigma constatado que havia dois planos distintos e que um deles não era destinado a todos, tal constatação foi suficiente para se concluir pela manutenção do lançamento, não tendo sido feita em momento algum, por prejudicada e desnecessária naquele caso, a pergunta “disponível a todos significa igual para todos?”, que é o que foi discutido no v. acórdão recorrido.

Restando comprovada a ausência de similitude fática entre as situações examinadas no v. acórdão recorrido e o acórdão apontado pela Fazenda como paradigma, não merece ser conhecido o recurso especial.

Ante o exposto, deve ser afastada no caso concreto a restrição constante da alínea “p” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, não podendo por tal motivo ser mantido o lançamento de contribuições previdenciárias sobre as verbas pagas a título de previdência privada aos dirigentes.

*Pelo exposto, **não conheço** o Recurso Especial do Procurador, mantendo a decisão recorrida por seus próprios fundamentos.*

No caso concreto, inobstante não haver necessidade de disponibilização dos planos de previdência complementar à totalidade dos dirigentes e empregados, conforme ditames da LC nº 109/2001, ainda assim, verifico que há disponibilidade a todos os empregados e dirigentes da empresa, conforme se constata dos planos adunados aos autos.

Nessa toada, passa-se a análise do programa de previdência complementar objeto do presente processo administrativo (fls. 14/75).

O 6º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada firmado em 20 de junho de 1985, que ampliou os benefícios a outras pessoas de escalão gerencial na hierarquia da empresa estabeleceu as seguintes cláusulas:

Cláusula Primeira – Do Plano de Benefícios Suplementares

1.1 A Instituidora, vem através do presente instituir Plano de Benefícios Suplementares na Companhia, na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, doravante denominado simplesmente PGBL, que se regerá pelas condições estabelecidas no Regulamento do Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL – Empresarial, aprovado pela SUSEP, denominado simplesmente Regulamento, pelo disposto, em especial, neste Instrumento, e na omissão, pela legislação em vigor, observado o disposto na Cláusula Terceira do presente Instrumento.

Cláusula Segunda - Dos Participantes

2.1 Serão considerados Participantes do PGBL, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargo de Assessor da Diretoria, da Instituidora, participantes dos Planos I e II mantidos pela mesma.

Percebe-se que existe o Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II – do tipo Plano Gerador de Benefícios Livre – PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável que é o que substituiu o Plano I. O referido plano foi aprovado pela SUSEP, com número de Processo 10.003048/01/23(fl. 273/325), e contempla contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa além de benefícios suplementares diferenciados para Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos.

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

Sendo assim, ainda que sob a ótica da Lei nº 8.212/1991, em especial o seu artigo 28, § 9º, alínea “p”, estaria atendida a exigência de disponibilidade do plano à totalidade dos empregados e dirigentes, posto que se encontrava disponível a todos os segurados, empregados e dirigentes (participantes do plano I e II); a diferença existente se dava na forma de operação do plano para cada categoria, razão porque a conclusão da acusação fiscal, também nesse aspecto, está equivocada.

Observe-se que o art. 26 da LC 109/2001 não determina a igualdade dos planos para todos os segurados, razão porque não poderia ter o fiscal exigido o cumprimento de requisito que não estivesse estabelecido na lei. Isso porque 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, sendo os benefícios considerados direito adquirido do participante quando implementadas todas as condições estabelecidas para elegibilidade consignadas no regulamento do respectivo plano (art. 68 da LC 109/2001).

O sistema de previdência complementar visa garantir a continuidade do padrão de bem estar correspondente a fase de atividade laboral, razão porque, nada mais natural a diferenciação para pessoas de escalão gerencial na hierarquia da empresa. Assim, os aportes suplementares não violam a lei, mas corroboram com os objetivos dos planos de previdência.

Nesta seara, importante ainda trazer à colação que na previdência privada aberta sob a modalidade Plano Gerador de Benefício Livre, compete ao órgão regulador as normas gerais de contabilidade, auditoria, atuária e estatística a serem observadas pelas entidades abertas, consoante determina o art. 37 da Lei Complementar 109/2001:

Art. 37. Compete ao órgão regulador, entre outras atribuições que lhe forem conferidas por lei, estabelecer:

II - as normas gerais de contabilidade, auditoria, atuária e estatística a serem observadas pelas entidades abertas, inclusive quanto à padronização dos planos de contas, balanços gerais, balancetes e outras demonstrações financeiras, critérios sobre sua periodicidade, sobre a publicação desses documentos e sua remessa ao órgão fiscalizador;

Cumpra ainda destacar que, conquanto a fiscalização afirme que os Estatutos, Atas de Assembléias Gerais, Demonstrações Financeiras publicadas, Regimento do Comitê de Remuneração da empresa, Formulário de Referência informem os valores dos aportes suplementares do plano PGBL Empresarial, sendo estas propostas submetidas às Assembléias Gerais, o que demonstra não ter essas verbas relação com o objetivo da previdência complementar, é cediço que o procedimento de informação da verba destinada a custear o plano no formulário de referência juntamente com a remuneração não a caracteriza como remuneração a dirigentes e administradores, mas se configura no dever de informação ao mercado investidor por determinação da CVM e da Lei nº 6.404/1976:

Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. [\(Vide Lei nº 12.838, de 2013\)](#)

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembléia-geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

Ao mais, as verbas destinadas à previdência privada devem ser aprovadas pelo Comitê de Remuneração, Conselho de Administração e Assembleia Geral, conforme determina a Lei nº 6.404/1976:

*Art. 152. A assembleia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, **inclusive benefícios de qualquer natureza** e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. [\(Redação dada pela Lei nº 9.457, de 1997\)](#)*

Por óbvio que as contribuições suplementares ao plano de previdência privada levam em conta critérios ligados à idade, cargo ocupado, salário, na medida em que, conforme já explanado acima, visa preservar o beneficiário na inatividade, sendo que a legislação não estabelece limites para as contribuições do empregador. Os aportes diferentes para dirigentes com salários elevados de forma alguma tem o condão de descaracterizar a natureza do benefício.

Com relação ao resgate do plano, de forma expressa, o art. 27 da Lei Complementar 109/2001 assegura aos participantes essa possibilidade, o que é corroborado pela Circular SUSEP 338/2007:

Lei Complementar 109/2001

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

Circular SUSEP 338/2007

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

Indubitavelmente o resgate é um direito que, uma vez previsto no plano pode ser efetuado, não cabendo a instituidora do plano impedir, obstar ou retardar o exercício desse direito por parte do participante, não ocorrendo a desvinculação da natureza do plano regime da previdência complementar em virtude de resgates efetuados.

Logo, entendo insubsistente a acusação fiscal, devendo ser exonerado o crédito tributário.

Conclusão

Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso Voluntário, para, no mérito, dar-lhe PROVIMENTO, exonerando o crédito tributário.

(assinado digitalmente)

Andréa Viana Arrais Egypto

Voto Vencedor

Conselheiro Cleberson Alex Friess - Redator Designado

Peço vênica à I. Relatora para divergir do seu ponto de vista quanto à improcedência do lançamento tributário.

Previdência Privada Aberta

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

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

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

Por outro lado, quanto aos planos coletivos de previdência aberta, as contribuições a eles vertidas escapam à tributação previdenciária ainda que o empregador contrate previdência complementar diferenciada apenas para determinado grupo ou categoria específica dos seus trabalhadores (art. 26, §§ 2º e 3º, da LC nº 109, de 2001).

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

Constituição da República de 1988

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

(...)

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

(...)

LC nº 109, de 2001

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

(...)

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

(...)

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

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

(...)

(GRIFEI)

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

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

Não é porque o plano de previdência privada aberta coletivo foi autorizado pelo órgão competente e foi celebrado contrato com entidade de previdência complementar regularmente constituída que a autoridade tributária está impedida de desqualificá-lo, para fins fiscais (fls. 268/274).

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

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

Fixadas as premissas básicas acima, ao avaliar o conjunto fático-probatório dos autos estou convencido de que os aportes suplementares em contas de previdência complementar relacionados ao 6º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada, vinculados a diretores estatutários e superintendentes executivos não foram destinados à formação de reserva previdenciária, caracterizando-se como parcelas de natureza remuneratória, sujeitas à incidência da contribuição previdenciária, bem como às contribuições reflexas devidas a terceiros.

A autoridade lançadora descreve no Relatório Fiscal que acompanha o Autos de Infração uma série de evidências fáticas com o fim de demonstrar o uso com viés remuneratório dos aportes suplementares em contas de previdência privada (Item 7, às fls. 182/185). Entendo que a acusação fiscal trás elementos contundentes dotados de seriedade e convergência, os quais, ao final, ganham força probante da natureza remuneratória dos pagamentos efetuados. Explico na sequência.

Expõe o Recurso Voluntário que à época dos fatos geradores mantinha-se um único plano de previdência privada extensivo aos funcionários e dirigentes da empresa, 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 (fls. 275/325).

O Plano II contempla contribuições e benefícios básicos aplicáveis a todos os empregados e dirigentes da empresa (Contrato Previdenciário, de 20/05/2000, às fls. 41/60) e contribuições e benefícios suplementares diferenciados para executivos do alto escalão (6º Termo Aditivo ao Contrato, de 20/06/1985, às fls. 14/20).

No caso dos planos coletivos, como ora se examina, assume particular importância o contrato celebrado entre instituidora e entidade aberta de previdência privada, porquanto necessário à sua implantação (art. 26, § 5º, da LC nº 109, de 2001).

Nesse sentido, transcrevo o que diz o Regulamento do Plano II (fls. 277):

*7. **Contrato:** é o instrumento particular, elaborado de acordo com a legislação e regulamentação em vigor e com observância do disposto neste Regulamento, assinado entre a Instituidora e a EAPP, estabelecendo os direitos e obrigações das partes, inclusive o tratamento a ser emprestado, no caso de perda de vínculo do Participante, à parcela da provisão matemática de benefícios a conceder constituída com contribuições da Instituidora.*

Quando se analisa os contratos assinados, há disposições contratuais significativamente distintas entre os planos básicos e suplementares, que afetam a natureza dos aportes realizados (item 5, às fls. 178/182).

No contrato previdenciário básico extensivo aos empregados e dirigentes, as contribuições do patrocinador e do participante equivalem a 4% do salário do trabalhador, satisfatoriamente compatível com a experiência deste julgador, em outros casos, quanto à delimitação e ao nível financeiro de contribuições em planos de previdência coletivos para fins de concessão de benefícios futuros (Cláusula Terceira, às fls. 43/45).

Já no que tange ao contrato de benefícios suplementares, as contribuições do plano são igualmente suportadas pela instituidora e pelo participante. Porém, a instituidora faz contribuições mensais, individualizadas a cada participante, sem qualquer critério geral ou limite previamente estabelecido em contrato. Por sua vez, as contribuições do participante são por semestre no percentual de 10% do valor da gratificação semestral que lhe for atribuída pela instituidora (Cláusula Terceira, às fls. 15/17).

Segundo apurou a fiscalização, os aportes da instituidora eram substanciais e invariavelmente muito superiores às respectivas contrapartidas do participante (item 7.11 do Relatório Fiscal). A fixação dos valores das contribuições a cargo da instituidora ocorria no contexto da política remuneratória da empresa, conforme atas de assembleias, cujos aportes são definidos e alterados pelo Assembleia Geral Ordinária aprovada pelos acionistas, tomando-se como parâmetros os resultados apurados nos segmentos de negócios.

A recorrente deixou de apresentar memória de cálculo com a demonstração que os aportes efetuados estavam baseados, concretamente, na formação de reservas mediante a adoção de critérios de caráter previdenciário.

A explicação de que quanto maior for a remuneração do trabalhador mais próximo a tal valor devem ocorrer os aportes relativos à previdência complementar é frágil do ponto de vista previdenciário, não estando acompanhada dos dados matemáticos aplicados ao caso concreto. Foge ao senso comum da realidade do sistema previdenciário brasileiro, um regime de contribuição previdenciária em que a empresa aporta até 600 % do salário do participante declarado, sem prejuízo das contribuições da pessoa física (fls. 184).

Minha convicção sobre a natureza remuneratória dos aportes, afastando-se, portanto, do caráter previdenciário, é reforçada de maneira contundente quando verifico as condições estabelecidas em contrato para o resgate do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder.

Defende a recorrente que, tratando-se de plano de previdência complementar aberta, o resgate total das contribuições vertidas ao plano é um direito do participante, que poderá ser exercido durante o prazo de diferimento após cumprida a carência. Por consequência, a recorrente não teria controle algum sobre os resgates efetuados pelos beneficiários.

Não é bem assim. Os atos normativos fazem clara distinção de tratamento e destinação entre os aportes feitos pelos participantes e aqueles efetuados pela instituidora do plano.

O art. 27 da LC nº 109, de 2001, prevê o direito do participante ao resgate dos recursos das reservas técnicas, porém observados os conceitos, a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador:

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

(...)

(GRIFEI)

As normas emitidas pela Superintendência de Seguros Privados (Susep), órgão responsável pelo controle e fiscalização das entidades de previdência privada aberta, estabeleceram regras e critérios complementares em relação aos planos de previdência. A título de exemplo, reproduzo dispositivos da Circular Susep nº 338, de 30 de janeiro de 2007, mencionada pela recorrente:

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

(...)

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

(...)

§ 2º Deverá ser mantido, com base em informações prestadas pela entidade fechada de previdência complementar, controle analítico do referido montante, identificando os recursos constituídos com contribuições do participante do plano e da patrocinadora.

(...)

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

(...)

Art. 16. Além do disposto nos arts. 13 e 14 desta Circular, a EAPC deverá manter controle analítico do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora,

segregando os valores referentes a participantes que tenham descumprido as cláusulas de vesting.

(...)

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

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

(...)

§ 3º Nos planos coletivos instituídos, respeitado o disposto no caput deste artigo, deverão ser observados, também, os dispositivos do respectivo contrato.

(...)

(GRIFEI)

Percebe-se, de modo claro, que o resgate pelo participante do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, quando constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora, não se restringe simplesmente, como quer a recorrente, à observância de prazos de carência mínimos e entre os resgates.

De acordo com a legislação infralegal, antes reproduzida, o resgate dos recursos das provisões decorrentes das contribuições pagas pela instituidora está submetido ao cumprimento de cláusulas do respectivo contrato ("vesting"), firmado entre instituidora e entidade aberta de previdência privada.

Nesse contrato, a instituidora, quanto à parcela da provisão matemática de benefícios a conceder constituída com seus recursos, possui liberdade de estabelecer o regramento aplicável, mantendo, naturalmente, o imprescindível caráter previdenciário do plano.

O Regulamento do Plano II contém cláusula específica a respeito dessa matéria (fls. 286):

Do Resgate

Art. 29 - DURANTE O PERÍODO DE DIFERIMENTO, É PERMITIDO AO PARTICIPANTE, APÓS O CUMPRIMENTO DE PRAZO DE CARÊNCIA NÃO INFERIOR A 60 (SESENTA) DIAS E NÃO SUPERIOR A 24 (VINTE E QUATRO) MESES, A CONTAR DA DATA DE INSCRIÇÃO, SOLICITAR RESGATE DA PARCELA DA PROVISÃO MATEMÁTICA DE BENEFÍCIOS, A CONCEDER CONSTITUÍDA COM SEUS PRÓPRIOS APORTES. OBSERVADO O DISPOSTO NO CONTRATO A RESPEITO DA UTILIZAÇÃO DA PARCELA DA PROVISÃO

MATEMÁTICA DE BENEFÍCIOS A CONCEDER
CONSTITUÍDA COM RECURSOS DA INSTITUIDORA.

(...)

(GRIFEI)

Evidentemente, uma vez revestidas de elementos de vontade entre particulares, as cláusulas contratuais ("vesting") possuem variação de plano para plano e por instituidora, a qual subscreve o contrato do plano de previdência. Todavia, é usual que, no tocante à parte do saldo constituído pelos aportes da instituidora, os planos coletivos estabeleçam cláusulas restritivas nas hipóteses de resgate total ou parcial, sem desligamento da empresa, ou da saída prematura do participante do plano de benefícios, com vedação à retirada desses valores pelos participantes. Tais restrições são razoáveis, dado o propósito previdenciário do plano.

E assim aconteceu no contrato previdenciário destinado ao plano básico, extensível a todos os empregados e dirigentes da empresa (fls. 41/60). Foi permitido exclusivamente o resgate das contribuições vertidas ao plano de previdência pelo participante, enquanto a parte do saldo formado pelas contribuições da instituidora seria revertida ao plano (Cláusula Sexta, às fls. 50). Na saída prematura do participante inscrito no plano, pelo desligamento da empresa, o resgate é autorizado para os aportes feitos às suas expensas, sendo que o saldo formado pelas contribuições da instituidora poderia ser convertido em renda diferida ou abatimento de contribuições futuras (Cláusula Oitava, às fls. 51/52).

Ao 6º Termo Aditivo, contudo, destinado aos aportes suplementares aos dirigentes de alto escalão, foi dado regramento totalmente distinto, como se observa da Cláusula Quarta (fls. 17):

Cláusula Quarta - Do Resgate

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

*4.2 Durante o período de diferimento, mediante expressa autorização da INSTITUIDORA, o Participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da **Conta de Reserva do Participante - Parte Participante**, observada a legislação pertinente em vigor.*

*4.3 O Participante poderá, por ocasião de seu desligamento da INSTITUIDORA, resgatar o saldo da **Conta de Reserva do Participante - Parte Participante e Parte INSTITUIDORA**.*

(...)

Por ocasião do desligamento ou não do trabalhador da empresa, foi permitido o resgate parcial ou total do saldo da conta da provisão matemática de benefícios a conceder, tanto da parte vertida ao plano às expensas do participante quanto aquela constituída com

recursos da pessoa jurídica instituidora. A previsão de autorização da instituidora é apenas formal, não havendo efetivamente qualquer trava adicional.

Conforme a fiscalização apurou, diversos segurados realizaram resgate parcial dos aportes, constituídos principalmente da parte da instituidora, respeitado tão somente o prazo de carência mínimo (item 7.9, às fls. 184).

A toda a evidência, cuida-se de tratamento diferenciado e privilegiado, que destoa do caráter previdenciário, em que o plano deve ser concebido para a constituição de reservas que garantam os benefícios contratados, representando, ao fim e ao cabo, um mecanismo engendrado pela empresa atuada para pagamento de valores com natureza remuneratória.

Juros sobre Multa de Ofício

Por derradeiro, quanto à incidência dos juros de mora com relação à multa de ofício, também não assiste razão à recorrente.

Ressalvo minha posição particular no sentido de que a cobrança de juros de mora sobre multa de ofício não é matéria que compõe o lançamento de ofício, o que resultaria, a rigor, na impossibilidade de apreciá-la no âmbito restrito ao litígio instaurado com a impugnação da exigência fiscal.

Todavia, é sabido que a maioria dos conselheiros da Turma é adepta do conhecimento da matéria. Portanto, por economia processual, passo diretamente a análise do mérito.

A incidência de juros de mora sobre multa encontra suporte no art. 161 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, que veicula o Código Tributário Nacional (CTN), a seguir reproduzido:

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

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

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

(GRIFEI)

O art. 161 está inserido no Capítulo IV do Título III do Livro Segundo do CTN, que versa sobre extinção do crédito tributário, especificamente na Seção II, a qual trata do pagamento, uma das formas de extinção do crédito tributário. A análise sistêmica não pode levar a outra conclusão senão que a expressão "crédito não integralmente pago no vencimento" refere-se ao crédito tributário em atraso, composto por tributo e multa, ou tão somente pela penalidade pecuniária.

É certo que multa não é tributo. Porém, a obrigação de pagar a multa tem natureza tributária, tendo recebido do legislador o mesmo regime jurídico, isto é, aplicando-se

os mesmo procedimentos e critérios da cobrança do tributo, a teor do previsto no § 1º do art. 113 do CTN:

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

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

(...)

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

Completo a avaliação inicial destacando que o crédito tributário possui a mesma natureza da obrigação tributária principal, na dicção do art. 139 do CTN:

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

Por seu turno, o § 1º do art. 161 do CTN estabelece que os juros de mora serão calculados à taxa de um por cento ao mês, salvo se a lei dispuser de modo diverso.

Em nível de lei ordinária, o art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, está assim redigido:

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

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

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

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se 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.

(GRIFEI)

Já o § 3º do art. 5º da Lei nº 9.430, de 1996, citado no § 3º do seu art. 61, acima reproduzido, contém a seguinte redação:

Art. 5º (...)

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

A expressão "débitos (...) decorrentes de tributos e contribuições", contida no "caput" do art. 61 da Lei nº 9.430, de 1996, tem sido alvo de interpretações distintas. Acredito inapropriada, com a devida vênia, uma simples exegese literal e isolada desse dispositivo, devendo-se compreender o conteúdo e o alcance da norma jurídica nele contido como parte de um conjunto normativo mais amplo.

Como visto, o débito, ou o crédito tributário, não é composto apenas pelo tributo. Constatado o inadimplemento do tributo pelo sujeito passivo, no prazo concedido pela legislação, há a aplicação da multa punitiva, a qual passa a integrar o crédito fiscal. O atraso na quitação da dívida atinge não só o tributo como a multa de ofício.

Logo, tendo em conta que a finalidade dos juros de mora é compensar o credor pela demora no pagamento, tais acréscimos devem incidir sobre a totalidade do crédito tributário.

Ademais, o raciocínio exposto não implica a incidência da multa de mora sobre a multa de ofício, como parece dizer o art. 61. Ambas com viés punitivo, multa de mora e de ofício se excluem mutuamente, de maneira tal que a aplicação de uma afasta, necessariamente, a incidência da outra.

Portanto, devida e permitida por lei a cobrança de juros de mora sobre a multa de ofício lançada, calculados com base na Taxa Referencial do Sistema de Liquidação e Custódia (Selic), quando não recolhida dentro do prazo.

Conclusão

Ante o exposto, NEGOU PROVIMENTO ao recurso voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Cleber Alex Friess