



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 16327.720218/2013-64
Recurso nº Especial do Contribuinte
Acórdão nº 9202-004.345 – 2ª Turma
Sessão de 24 de agosto de 2016
Matéria Salário Indireto - Previdência Privada - Juros sobre Multa de Ofício
Recorrente BANCO BRADESCO S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

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.

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.

Com 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.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer o Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Patrícia da Silva (relatora), Ana Paula Fernandes e Gerson Macedo Guerra, que lhe deram provimento integral. Votou pelas conclusões a conselheira Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri. Designada para redigir o voto vencedor a

conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira. Solicitou apresentar declaração de voto a conselheira Ana Paula Fernandes.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em Exercício.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva - Relatora.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Redatora Designada.

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em Exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Gerson Macedo Guerra e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Cuida-se de Recurso Especial do Contribuinte contra o Acórdão nº 2402-004.108, que restou assim ementado:

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.

CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. ACRÉSCIMO DE ALÍQUOTA 2,5%.

No caso de bancos comerciais e outras instituições financeiras discriminadas no § 1º do art. 22 da Lei 8.212/1991, além das contribuições referidas nos artigos 22 e 23 da citada lei, é devida a contribuição adicional de 2,5% sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e trabalhadores avulsos.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade e não cabe ao julgador, no âmbito do contencioso administrativo, afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. ARRECADAÇÃO.

A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições

Previdenciárias (art. 3º, § 3º da Lei 11.457/2007).

JUROS/SELIC. MULTA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

O sujeito passivo inadimplente tem que arcar com o ônus de sua mora, ou seja, os juros e a multa legalmente previstos.

Nos termos do enunciado no 4 de Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), é cabível a cobrança de juros de mora com base na taxa SELIC para débitos relativos a tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil.

MULTA DE OFÍCIO. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO GERADOR.

O lançamento reporta-se à data de ocorrência do fato gerador e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE LEGAL.

Ao contrário do que entendeu a Recorrente, a aplicação de juros sobre multa de ofício é aplicável na medida que faz parte do crédito apurado. O art. 161 do Código Tributário Nacional (CTN) autoriza a exigência de juros de mora sobre a multa de ofício, isto porque a multa de ofício integra o crédito tributário a que se refere o caput do artigo.

Recurso Voluntário Negado.

Na origem, trata-se de Autos de Infração – DEBCAD 51.020.573-0 e 51.020.573-9, que têm por objeto contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre verbas pagas a título de Plano de Previdência Privada e multas por descumprimento de obrigações acessórias.

Diante de tais lançamentos, o Contribuinte apresentou Impugnação, que foi julgada totalmente improcedente, motivando a interposição de Recurso Voluntário, ao qual os membros do colegiado acordaram, por voto de qualidade, em negar provimento ao recurso e, por maioria, em manter a incidência de juros SELIC sobre a totalidade do crédito consolidado à época da cobrança.

Contra a referida decisão, o Contribuinte opôs Embargos de Declaração, os quais foram rejeitados por entender a Turma que inexistia obscuridade, omissão ou contradição no acórdão e que os embargos visam apenas rediscutir a matéria.

Por sua vez, o Contribuinte interpôs Recurso Especial requerendo a reforma do acórdão recorrido, apontando as seguintes divergências jurisprudenciais: **1ª) incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de previdência privada complementar aos dirigentes** – acórdãos paradigmas nº 2403-002.310 e 2803-003.710; **2ª) incidência de juros moratórios – taxa SELIC – sobre a multa de ofício** – acórdão paradigma nº 9101.00722.

Requer, ao final, o provimento do acórdão para reconhecer a improcedência do lançamento ou para que seja afastada a exigência de juros sobre a multa de ofício.

Com contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional, subiram os autos para análise e voto.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora.

Na interposição do presente recurso especial, foram observados os pressupostos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço, ressaltando que os paradigmas trazidos à admissibilidade tratam do mesmo plano de previdência complementar aplicável a todas as empresas do Grupo Bradesco, restando inequívocas similitudes fáticas e divergências de entendimento.

a) Primeira divergência – quanto à incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de previdência privada aos dirigentes:

No caso sob julgamento, o acórdão recorrido entendeu pela incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas aos dirigentes a título de previdência privada complementar sob o argumento de que o *“o benefício assume o caráter de gratificação (ou prêmio), vinculada aos atributos profissionais dos trabalhadores, servindo de complemento ao salário”*.

Com todo o respeito, não coaduno com os fundamentos da decisão recorrida, pois não há como se conceber que tais verbas tenham natureza de gratificação.

Veja, os planos de previdência privada visam proporcionar aos beneficiários a possibilidade de obter na inatividade vencimentos em valor próximo aos da época em que estavam na ativa, o que faz com que, para que seja atingida tal finalidade, quanto maior for a remuneração (portanto mais longe – para cima – do “teto” da previdência oficial), mais próximos a tal remuneração devem ser os aportes relativos à previdência complementar.

Cabe observar que por se tratar a previdência privada aberta sob a modalidade PGBL essencialmente de aplicação em fundos de investimento, sempre sujeitos às naturais oscilações de mercado e que não geram um benefício previamente definido (PGBL significa Plano Gerador de Benefício Livre) como ocorre na previdência oficial, “data venia” não há cabimento que se exija no caso concreto a existência dos mesmos cálculos atuariais que são imprescindíveis para o regime de previdência oficial em que, por serem previamente definidos os benefícios, torna-se necessário o denominado equilíbrio atuarial, definido pelo MPS como sendo “a garantia de equivalência, a valor presente, entre o fluxo das receitas estimadas e das obrigações projetadas, apuradas atuariamente, a longo prazo” (http://www.previdencia.gov.br/arquivos/office/4_120423-164628-421.pdf). Não obstante tais fatos, todas as memórias de cálculo foram apresentadas quando solicitadas (fls. 54/57 dos autos).

Nesse sentido, corroboro com o entendimento do acórdão apontado como paradigma pelo Contribuinte (2403-002.310) que, inclusive, trata de matéria idêntica, com o mesmo plano de previdência, tendo como sujeito passivo empresa do mesmo grupo econômico do ora contribuinte. Vejamos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/06/2006 a 31/12/2008

PREVIDENCIÁRIO. DECADÊNCIA

(...)

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR PRIVADA. ABRANGÊNCIA A TODOS EMPREGADOS E DIRIGENTES.

O sistema de previdência complementar, de caráter privado, facultativo e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, objetiva garantir a continuidade do padrão de bem estar correspondente a fase em que o indivíduo laborava.

Não há violação ao art. 28, § 9º, “p” da Lei n º 8.212/1991, o fato de haver aportes suplementares por parte do empregador, à fim de manter o padrão de vida ostentado pelo beneficiário quando da época em que laborava.

A legislação de regência não exige que o plano de previdência seja exatamente igual a todos os segurados, mas tão somente que seja extensível a todos. Interpretar de outra forma seria o mesmo que criar um novo requisito ao dispositivo, sem que a própria lei o tivesse criado. (Grifei)

Seguem os principais fundamentos do voto exarado:

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 6ª Termo Aditivo)**, fls. 101 a 113.*

Nele consta que: as contribuições ao PGBL serão suportadas pela Instituidora e pelo participante (clausula 3.3.); a instituidora fará contribuições mensais ao PGBL, individualizadas a cada participante (clausula 3.3.1.); O participante fará contribuições ao PGBL semestralmente, no percentual de 10% do valor da gratificação semestral que lhe for atribuída pela instituidora (clausula 3.3.2);

Durante o período de diferimento, o participante poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da Conta de Reserva do Participante (Cláusula Quarta Do Resgate).

O 'Convênio de Adesão ao Plano I DE PREVIDÊNCIA PRIVADA PARA EMPREGADOS E DIRIGENTES DE EMPRESA', documento inicial de instituição do plano Encontra-se nas fls. 673/684, e é extensivo a todos os empregados e dirigentes da empresa (não sendo o objeto da autuação) sem qualquer ressalva, conforme se percebe do Art. 2º do convênio.

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

Delimitar-se os planos mantidos por entidades abertas de previdência privadas segundo as condições constantes da parte final da alínea “p” do § 9 do art. 28 da Lei 8.212/91, é fundamentar autuação contrariamente ao que já decidiu a antiga composição da 2ª Turma da CSRF no acórdão 9202.003.193, *literis*:

“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.

Recurso especial conhecido e provido.

(...)

Voto

Conselheiro Gustavo Lian Haddad, Relator

(...)

A Lei Complementar 109/2001 foi aprovada para regulamentar o referido dispositivo constitucional e previu, no mesmo sentido da Constituição Federal, que as contribuições do empregador feitas a entidades de previdência privada não estão sujeitas a tributação e contribuições de qualquer natureza:

“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 (...)

Da leitura dos dispositivos acima se constata que eles não contêm a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91.

Isto é, nos termos dos arts. 68 e 69 acima citados, as contribuições que o empregador faz ao plano de previdência complementar do empregado não devem ser consideradas parte de sua remuneração e, especificamente, sobre elas não devem incidir quaisquer tributos ou contribuições. Especificamente em relação aos planos abertos de previdência complementar, como é o caso dos presentes autos (conforme item 4.6 do Relatório fiscal da NFLD, fls. 549), a Lei Complementar 109/2001 permite de forma expressa que sejam disponibilizados pelo empregador a grupos de uma ou mais categorias específicas dos seus empregados:

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.

§ 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.

A Lei Complementar 109/2001 não apenas omitiu a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91 (isto é, estabeleceu que as contribuições do empregador a plano de previdência privada ou complementar dos empregados não devem ser consideradas como remuneração destes e não se submetem à incidência de qualquer imposto ou contribuição) como também expressamente permitiu o estabelecimento de planos de previdência complementar abertos coletivos, os quais podem ser compostos por grupos de uma ou mais categorias específicas de um mesmo empregador.

(...)

DESSE MODO, ENTENDO QUE A CONDIÇÃO ESTABELECIDADA PELO ARTIGO 28, §9º, P, DA LEI 8.212/91, ISTO É, A CLÁUSULA “DESDE QUE O PROGRAMA DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR, ABERTO OU FECHADO, ESTEJA DISPONÍVEL À TOTALIDADE DE EMPREGADOS E DIRIGENTES” PARA QUE A CONTRIBUIÇÃO DO EMPREGADOR A PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR NÃO SOFRA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA NÃO É APLICÁVEL AOS CASOS DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR EM REGIME ABERTO COLETIVO, UMA VEZ QUE LEGISLAÇÃO POSTERIOR (ARTS 68 E 69 C/C ART. 26, §§ 2º E 3º, TODOS DA LEI COMPLEMENTAR 109/2001 E TRANSCRITOS ACIMA) DEIXOU DE PREVER TAL CONDIÇÃO E, ALÉM DISTO, EXPRESSAMENTE PREVIU A POSSIBILIDADE DE O EMPREGADOR CONTRATAR A PREVIDÊNCIA PRIVADA PARA GRUPOS OU CATEGORIAS ESPECÍFICAS DE EMPREGADOS.”

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. (supra)

A Fiscalização, valendo-se do artigo 28, § 9º, "p", da Lei nº 8.212/91, o qual estipula como condição para a não tributação pelas contribuições previdenciárias da parte paga pelos empregadores nos planos de previdência privada dos seus empregados a disponibilização dos referidos planos à totalidade dos empregados e dirigentes, realizou o lançamento de ofício, por entender que tal condição não teria sido atendida, à medida que os planos não foram oferecidos a todos os empregados da empresa.

No voto vencedor, o Conselheiro Relator fez o cotejo entre a legislação mencionada pela Fiscalização e o regramento superveniente. A partir dessa comparação, prevaleceu o entendimento de que a Emenda Constitucional nº 20/98, ao alterar a redação do artigo 202 da Constituição Federal, trouxe a previsão de que as contribuições pagas pelo empregador a título de previdência privada de seus empregados não integram a remuneração (situação esta que seria regulamentada por lei complementar).

E a lei que regulamentou a nova norma constitucional foi a Lei Complementar nº 109/01, a qual dispôs expressamente sobre a não incidência de qualquer tipo de contribuição sobre a parcela em questão. Assim, o novo regramento sobre a matéria foi no sentido de que as contribuições do empregador feitas a entidades de previdência privada não estão sujeitas às contribuições previdenciárias. Em outras palavras, a partir da vigência da Lei Complementar, passou a não ser mais aplicável a restrição prevista no artigo 28, § 9º, "p", da Lei nº 8.212/91.

Desta forma, na esteira dos fundamentos do Acórdão Paradigma nº 2403-002.310 e do supracitado precedente desta 2ª Turma/CSRF, entendo pela não incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de previdência privada aos dirigentes, devendo o lançamento ser afastado.

E ainda, caso restasse dúvidas sobre a legalidade da questão sob julgamento:

(i) Não há que se falar em desrespeito a normativos quanto aos aportes, que, por tratarem de Contribuição Variável, tem como inerente a possibilidade de serem as contribuições feitas A QUALQUER TEMPO E EM QUALQUER VALOR;

(ii) O resgate do Plano Gerador de Benefício Livre (PGLB) por alguns ou quaisquer beneficiários não é passível de descaracterizar o plano: escapa ao controle do Recorrente ou administrador do plano. Tais possibilidades são garantidas pela Lei Complementar 109/01 (art.27, *caput*) e pela Circular SUSEP n.º 338/07 – que substitui as Circulares 101/99 (art. 7º) e 183/02 ANEXO I). OU SEJA: todo resgate é um DIREITO do participante que poderá ser exercido após determinado prazo de carência, dentro de determinado intervalo de tempo, sem qualquer irregularidade, ilegalidade ou inconstitucionalidade.

(iii) o fato de os valores dos aportes relativos ao plano de previdência privada dos seus administradores estatutários serem propostos ao Conselho de Administração pelo “Comitê de Remuneração” não significa que tal comitê só delibere a respeito de remunerações no sentido atribuído pela legislação previdenciária, **o que pode ser demonstrado pela leitura do artigo 3º, “b”, do seu regimento interno, segundo o qual é atribuição do comitê submeter ao conselho administrativo “política de remuneração global e individual, prêmios, bônus, gratificações, participações nos lucros, planos de opções de aquisição de ações e de previdência complementar”** (fl. 49 dos autos).

b) Segunda divergência: incidência de juros SELIC na multa de ofício.

Em sendo afastado o lançamento que têm por objeto as obrigações principais, fica prejudicada a multa de ofício, pois o acessório deve necessariamente seguir o principal.

Todavia, acaso esta Turma venha a entender diferentemente quanto à obrigação principal, necessário se faz tecer algumas considerações sobre a incidência de juros SELIC na multa de ofício.

Nesse sentido, este Conselho vem entendendo pela incidência dos juros na multa de ofício, aplicando-se a taxa SELIC, isto porque a multa fiscal punitiva integra o crédito tributário, vejamos:

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Período de apuração: 01/01/2007 a 31/12/2010

Ementa: JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

O crédito tributário, quer se refira a tributo quer seja relativo à penalidade pecuniária, não pago no respectivo vencimento, está sujeito à incidência de juros de mora, calculado à taxa Selic até o mês anterior ao pagamento, e de um por cento no mês de pagamento.

Recurso Especial do Contribuinte Negado

(3ª Turma – CSRF. Acórdão: 9303-004.126. Relator: Gilson Macedo Rosenberg Filho)

Desta forma, entendo, primeiramente, que a improcedência do lançamento da obrigação principal prejudica a análise da matéria. Todavia, em persistindo o crédito tributário, inclino-me para o entendimento de que são devidos os juros (taxa SELIC) incidentes sobre a multa de ofício.

Processo nº 16327.720218/2013-64
Acórdão n.º **9202-004.345**

CSRF-T2
Fl. 725

Pelo exposto, DOU PROVIMENTO ao Recurso Especial do Contribuinte para reconhecer a improcedência do lançamento de contribuições previdenciárias sobre verbas pagas a título de previdência privada aos dirigentes.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva

Voto Vencedor

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Redatora Designada

Peço licença a ilustre conselheira para divergir do seu entendimento com relação ao mérito da incidência de contribuições previdenciárias sobre a verba intitulada pelo sujeito passivo como previdência complementar, já que em relação aos juros sobre multa de ofício encaminhou a relatora por determinar sua procedência.

Primeiramente, o acórdão proferido pela turma *a quo* acompanha o mesmo entendimento do citado acórdão nº 9202.003.193 da CSRF, assim como a tese defendida pela relatora, senão vejamos, trecho do acórdão recorrido que deixa muito claro a respeito do tema, ao qual também adoto como razões de decidir.

A Recorrente alega que os valores pagos a título de previdência privada complementar não integram o salário de contribuição por força do art. 202 da Constituição Federal/88 e art. 68 da Lei Complementar (LC) 109/2001, e afirma que seria inaplicável a disposição do art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991, uma vez que esta disposição estaria em confronto com o ordenamento jurídico e consequentemente seria inconstitucional ou ilegal.

Inicialmente, em razão da possibilidade de se aplicar mais de uma lei perante um mesmo caso, os critérios clássicos de resolução do conflito sempre prezaram pela exclusão de uma das leis (critério hierárquico, critério da especialidade e critério cronológico), e não pela conformação de todas as existentes na busca de tutelar a relação jurídica posta na melhor forma possível, tornando o sistema jurídico harmônico. Sobre o tema, a regra estampada no §2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto 4.657/1942, com redação dada pela Lei 12.376/2010, estabelece que a lei nova nem sempre revoga ou modifica a lei anterior, ainda que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes.

Decreto 4.657/1942 – Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com redação dada pela Lei 12.376/2010:

Art. 2º. (...)

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

Percebe-se que a regra do citado §2º deixa bem clara a visão de sistema jurídico e, por consectário lógico, a necessidade de o Direito ser analisado como um todo, e isso viabiliza a aplicação conjunta das normas estampadas na Lei 8.212/1991 e na Lei Complementar 109/2001, já que ambas as leis tratam do sistema previdenciário. Assim, a regra do art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991 deverá ser analisada em conformidade com as regras da Lei Complementar 109/2001, especificamente os artigos 16, 68 e 69 dessa lei, e, por consectário lógico, alinhame

ao entendimento proferido no Acórdão no 2402003.661 (sessão de 16/07/2013), processo 10783.723424/201109 (Relator: Julio César Vieira Gomes).

No que tange aos valores pagos a título de previdência privada no regime aberto, entende-se que eles não estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, entendimento delineado no Acórdão no 2402003.661 (processo 10783.723424/201109), seguem as razões fáticas e jurídicas:

“[...] Previdência Complementar Privada em Regime Aberto

O benefício tem previsão constitucional no artigo 202, com a redação trazida pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98; portanto, trata-se de imunidade de contribuição previdenciária:

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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998).

...

Em destaque nas transcrições acima, tem-se que, atendidos os requisitos da lei, as contribuições vertidas pelo empregador não integram a remuneração e, conseqüentemente, sobre as quais não incidem contribuições previdenciárias. De fato, outra não poderia ser a interpretação. Isto porque somente se pode falar em Previdência Complementar quando suas características estão presentes. Aliás, qualquer que seja o benefício oferecido, são justamente as características que evidenciam sua natureza. E não é diferente com a Previdência Complementar Privada. Para que assim seja considerada e daí não incidirem contribuições previdenciárias devem estar presentes as características exigidas pela Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001 que regulou o artigo 202 da Constituição Federal e revogou a Lei nº 6.435, de 15/07/1977.

Quanto ao artigo 28, §9º, alínea p, parte final, da Lei nº 8.212, de 24/07/91, incluído pela Lei nº 9.528, de 10/12/1997, portanto anterior mesmo à EC nº 20/98, não tenho dúvida que se houver incompatibilidade com os artigos 68 e 69, §1º da Lei Complementar nº 109, de 29/05/2001, que passaram a regular o artigo 202, §2º da Constituição Federal, restará derogado, pois

além desta última veicular norma tributária especial é posterior àquela:

Art. 28 (...)

§9º (...)

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

[...]

Apenas como esclarecimento, meu entendimento sobre a expressão: “desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes” já havia sido manifestado no Acórdão nº 20500.176, de 11/12/2007 quando se apreciou a incidência ou não sobre o benefício Plano Educacional. Naquele caso, não havia disposição legal posterior de natureza tributária silente quanto ao requisito, como neste caso; a CLT, regulando relações de trabalho, é que deixava de considerar como salário o benefício, persistindo com isso a parte final do artigo 28, § 9º, alínea “t” da Lei nº 8.212, de 24/07/1991:

Ou seja, deixou claro o relator do acórdão recorrido, em adotando outro julgado da própria turma, que só não deve integrar a remuneração do empregado e, conseqüentemente, o conceito de salário de contribuição, as contribuições destinadas pelo empregador à título de previdência complementar desde que baseado na constituição de reservas que garantam o benefício, nos termos do caput do [art. 202 da Constituição Federal](#).

Seguiu o relator, trazendo argumentos de que na forma como ofertados acabaram por desnaturar a natureza de previdência complementar, senão vejamos outros trechos que esclarecem o fato:

Quanto às exigências para o gozo da isenção de que o benefício não substitua parcelas salariais e seja extensivo à totalidade dos segurados empregados e dirigentes, parte final do dispositivo, entendo que não houve revogação. Isto porque é razoável que a legislação tributária procurasse evitar práticas elisivas, como a pretensiosa redução da base de cálculo por meio da substituição pelo benefício ou mesmo sua disponibilização vinculada à produtividade do empregado, do que o caracterizaria como uma gratificação.

E não se diga que a falta de previsão dessas exigências na lei posterior tenha sido intencional para a revogação de todo o dispositivo legal da Lei nº 8.212/91. Interessa ao Direito do Trabalho a definição de salário e não as regras periféricas voltadas aos efeitos tributários. As exigências da legislação tributária na parte final do artigo 28, §9º, alínea “t” da Lei nº 8.212/91, ao contrário da parte inicial, não integram a caracterização de alguma utilidade como salário ou não, apenas estabelecem o necessário para gozo da isenção.

Retomando ao exame da LC nº 109/2001, selecionamos as principais disposições para este estudo:

Lei Complementar nº 109, de 29 de Maio 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. 4º As entidades de previdência complementar são classificadas em fechadas e abertas, conforme definido nesta Lei Complementar.

Seção II

Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas...

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.

...

Seção III

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.

§ 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.

...

CAPÍTULO VIII 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.

§ 2º Sobre a portabilidade de recursos de reservas técnicas, fundos e provisões entre planos de benefícios de entidades de previdência complementar, titulados pelo mesmo participante, não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Apenas para que não fiquem espaços vazios na linha de desenvolvimento deste trabalho, lembrese que os dispositivos legais não são interpretados em fragmentos, mas dentro de um conjunto que lhe dê unidade e sentido. As disposições gerais nos artigos 68 e 69 são apenas partes do estatuto da previdência complementar, veiculado pela LC nº 109/2001.

Inicialmente, dispõe a lei que os programas podem ser abertos ou fechados, de acordo com a natureza da entidade de previdência complementar. Após, trata de cada um nas seções que se seguem: na Seção II os programas em regime fechado e na Seção III, regime aberto. Para o primeiro, através de seu artigo 16, é exigido, obrigatoriamente, que o benefício seja oferecido à totalidade dos empregados, tal como no artigo 28, § 9º, “p” da Lei nº 8.212, de 24/07/1991:

[...]

Portanto, um suposto programa de previdência complementar em regime fechado não oferecido à totalidade dos empregados não pode ser considerado como tal e as contribuições vertidas devem ser tributadas normalmente, eis que carecem de característica essencial. As entidades fechadas são instituídas para o conjunto de empregados da patrocinadora e não para grupos de categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, faculdade somente possível quando a opção é pelo regime aberto, conforme artigo 26, §3º da lei.

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.

Ou seja, pelas colocações acima, o relator, bem como a tese do acórdão adotado pelo recorrido, entendem que a lei complementar nº 109, não mais exigiria o requisito de extensível a todos os empregados. Porém, conforme já descrito anteriormente, no caso concreto ocorreu o desvirtuamento dos pagamentos, o que foi determinante para ensejar o caráter remuneratório. Outros trechos do julgado, avaliam essa natureza de mera gratificação, prêmio, ou meio de incentivo ao trabalho, vejamos:

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. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao trabalho, mas em razão de necessidades específicas.

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. Caso adotado o regime aberto, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, mas não como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação. (g.n.)

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. Portanto,

entendo que assiste razão ao recorrente. [...]” (Voto no 2402003.661, sessão de 16/07/2013, processo 10783.723424/201109, Relator: Julio César Vieira Gomes)

No caso dos autos ora analisado, ainda que se adotasse a literalmente a tese da Recorrente, torna-se imperioso afirmar que não há espaço jurídico nem fático para sua aplicação, já que a Recorrente distribuiu a verba cognominada de previdência complementar a título de prêmio ou gratificação. Esse entendimento decorre das seguintes razões fáticas, devidamente evidenciadas no Relatório Fiscal (itens 7 a 9):

1. a empresa possui um comitê de remuneração, composto por 3 (três) a 5 (cinco) membros, escolhidos dentre os integrantes do Conselho de Administração. Da leitura e interpretação do regimento do comitê de remuneração, verifica-se que a linha geral de atuação do mesmo é estabelecer a remuneração dos administradores com base em resultados e performances tanto da empresa como individuais, sendo que o artigo 1º do mesmo menciona que o objetivo do comitê de remuneração é 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, e o artigo 3º, alínea “a” do mesmo regimento prevê 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 (itens 7.4 a 7.6 do Relatório Fiscal);

2. as reuniões do comitê de remuneração definiam os valores a serem pagos aos administradores estatutários do banco a título de previdência privada, sendo que eram feitas sempre antes das assembléias gerais, ou seja, os valores eram definidos pela direção do banco e apenas ratificados nas assembléias (item 7.9). Logo, o Comitê de Remuneração da Organização Bradesco estipulava de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar a seus dirigentes;

3. verificou-se que, no ano calendário de 2009, os montantes destinados como remuneração global anual foram de R\$170.000.000,00 e para custear planos de previdência complementar dos administradores do banco foram de R\$100.000.000,00 (item 7.10);

4. a empresa foi intimada a apresentar o regulamento de previdência complementar e seus aditivos e constatou-se que a mesma possui um Plano de Previdência Complementar fechado, disponível a totalidade de seus empregados desde junho de 1985, e um outro plano, chamado “PGBL EMPRESARIAL”, disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria de acordo com o 5º Termo Aditivo de 30/06/1999 (item 8);

5. o PGBL – EMPRESARIAL se encontra disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos, Assessor da Diretoria e

Superintendentes, sendo os critérios de elegibilidade definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que pode recusar a proposta de inscrição do participante; não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora; e os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não Processo nº 16327.720218/201364 Acórdão n.º 2402004.108 S2C4T2 Fl. 11 19 havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora (item 8.4), conforme o 5º Termo Aditivo: “11.2 Os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela INSTITUIDORA, sendo portanto de sua total responsabilidade”;

6. a Recorrente não comprovou o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência privada complementar.

A empresa apresentou os aportes feitos por ela como instituidora de maneira individual para os elegíveis ao plano PGBLEMPRESARIAL, sendo anexadas as planilhas com os valores. Foi realizada uma comparação entre os valores aportados na previdência complementar e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários, como rendimento do trabalho, informados na DIRF (declaração de imposto retido na fonte) do banco, nos mesmos períodos, e se verificou que os valores aportados na previdência complementar são substanciais e em vários casos maiores que o próprio rendimento do trabalho. Ficou constatado, também, que vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da empresa nas suas contas, e se concluiu que estes deveriam ter outra finalidade que não a previdenciária, prevendo o regulamento do plano que os participantes nesta situação deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência (itens 9.6 a 9.9);

7. verificou-se, ainda, nos sistemas da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBLEMPRESARIAL, via de regra, em janeiro e com coincidência dos valores resgatados entre os participantes.

Note-se ainda que as peças de defesa da Recorrente (impugnação e recurso voluntário) não possuem elementos suficientes para afastar os fatos constatados pelo Fisco (itens 7 a 9 do Relatório Fiscal), sucintamente mencionados nos itens 1 a 7 acima, já que a Recorrente resumiu-se a alega que os valores foram pagos em conformidade com a legislação de regência.

Diante desse quadro fático, evidencia-se que os valores pagos a título de previdência privada complementar configura-se como uma gratificação ou prêmio, eis que a Recorrente seleciona tanto os valores a serem vertidos à previdência como os beneficiários do programa de previdência complementar. Além disso, a concessão dos aportes a título de previdência complementar estar atrelada às metas de desempenho estabelecidas pela Recorrente e decorre de critérios subjetivos, tais como: (i) não

foram apresentadas, pela empresa, as memórias de cálculo das referidas contribuições ao plano de previdência privada, não tendo sido demonstrado o seu caráter previdenciário; (ii) as contribuições suplementares, efetuadas mensalmente pela empresa, em benefício dos dirigentes, foram realizadas em valores substanciais, tendo sido definidas pelo comitê de remuneração de forma unilateral; (iii) houve resgates, efetuados pelos dirigentes, no mesmo mês, em valores coincidentes entre os participantes e próximos aos das contribuições vertidas, frustrando o objetivo de complementação das aposentadorias; (iv) os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, que pode, inclusive, recusar a proposta do participante; dentre outros.

O caráter contraprestativo e habitual (mês a mês) das verbas é evidente, já que as verbas só são pagas aos empregados e contribuintes individuais da Recorrente em decorrência do contrato de emprego entre eles celebrado, visando atender as metas de desempenho estipuladas pela empresa.

Percebe-se, ainda, que a Recorrente apenas afirma que o tipo de plano de previdência privada complementar oferecido é do tipo aberto, de forma que o dispositivo citado pelo Fisco (art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991 e art. 16 da LC 109/2001) não se aplica aos autos, circunstância que invalida o lançamento.

Ainda que, por hipótese, não fosse aplicável as disposições do art. 16 da LC 109/2001 nem o art. 28, §9º, alínea “p”, da Lei 8.212/1991 ao plano de previdência da instituidora, mesmo assim não prospera a afirmativa do Recorrente, eis que, ao conceder a concessão do plano de previdência privada complementar a um grupo restrito de segurados, com critérios de elegibilidade definidos única e exclusivamente pela instituidora, e atrelados às metas de desempenho, o benefício assume o caráter de gratificação (ou prêmio), vinculada aos atributos profissionais dos trabalhadores, servindo de complemento ao salário.

Conforme todos os pontos trazidos, fica claro que a natureza remuneratória, seja na forma de gratificação, prêmio, ou qualquer outra nomenclatura que se queira dar, aos valores aportados ao “plano de previdência privada” dos dirigentes fica evidenciada quando se nota que as “contribuições” eram definidas pelo Comitê de Remuneração da Organização Bradesco, de forma antecipada e unilateral, levando em consideração os resultados apurados nos segmentos de negócios, bem assim a alta qualificação, o tempo de serviço e o desempenho dos beneficiários, como declarou o Recorrente à fiscalização no Termo de Verificação Fiscal (item 9.3 do relatório Fiscal).

“[...] A metodologia de cálculo das contribuições relativas aos administradores e superintendentes executivos leva em conta os resultados consistentes apurados em todos os segmentos do negócio. Outro ponto considerado é também 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 pelas Instituidora (BANCO BRADESCO S/A) obedeceram aos critérios em lei e o plano leva em conta variáveis atuariais [...]”.

Ainda sobre a legislação aplicada, verifica-se que o Fisco também fundamentou-se no art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991 e em vários outros dispositivos da LC 109/2001 (arts. 10 e 19), bem como na própria Constituição Federal de 1988 (art. 202, parágrafos 1º e 2º), conforme item 6 do Relatório Fiscal.

Note-se que os aportes à previdência complementar dos dirigentes ferem a regra estampada no art. 10 da LC 109/2001, o qual está inserido na Seção I do Capítulo II, que trata das disposições comuns aos planos de previdência privada, estipulando que tanto os requisitos de elegibilidade, bem assim a forma de cálculo dos aportes pela instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, fato esse não contemplado no presente caso:

LC 109/2001:

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**; II cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano; III cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e IV outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.*

No caso ora analisado, os elementos probatórios juntados aos autos demonstram que os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, que, inclusive, tem a faculdade de recusar a proposta de inscrição do interessado no plano. Essa circunstância, além de comprovar que nem mesmo dentro da própria categoria (altos empregados) o plano não estava acessível a todos, revela que os critérios eram definidos de forma casuística e subjetiva (desempenho, tempo de casa, dentre outros), conforme conveniência da Recorrente (vide itens 2.2 e 11.2 do 5º Termo Aditivo). Esse ponto, foi assim tratado no recorrido:

*Esse fato somado à ausência de regra geral para o aporte das contribuições da instituidora, lembre-se **que a autuada não apresentou ao auditor as correspondentes memórias de cálculo**, é mais um fundamento de reforço da natureza de gratificação dos pagamentos.*

*Noutra linha, é certo que a LC 109/2001 permite o resgate de recursos do plano pelos participantes (art. 27). Assim, os resgates, por si só, não teriam o condão de descaracterizar a natureza de previdência privada dos valores depositados nas contas dos participantes. **Contudo, assumem relevância quando analisado em conjunto com os demais elementos probatórios. Nesse sentido, os elementos informativos, acostados pelo Fisco e pela Recorrente, demonstram que os valores substanciais aportados anualmente nas contas dos participantes do plano PGBL – Suplementar foram, quase na totalidade, resgatados no ano seguinte e sempre na mesma época, com coincidência de valores, e sem qualquer destinação de benefício previdenciário, esses fatos descaracterizam a natureza previdenciária da verba (art. 2º da LC 109/2001).***

A título ilustrativo, o Fisco elaborou o seguinte quadro (item 9.9 do Relatório Fiscal):

Nome	Resgate janeiro de 2009	Resgate janeiro de 2010
Ademir Cossello	6.258.752,01	5.596.200,56
Denise Aguiar Alvarez	6.258.752,03	5.596.200,56
Domingos Figueiredo de Abreu	6.258.752,02	5.596.200,56

Esses elementos associados, além de outros citados no Relatório Fiscal (Termo de Verificação Fiscal), conduzem a insofismável conclusão que, de fato, os aportes efetuados a título de previdência complementar tinham natureza de rendimento do trabalho.

Impende destacar que não é o nomen iuris conferido a uma parcela que irá definir a sua natureza, mas é relevante aferir se o pagamento segue as regras previstas em lei para neutralizar o efeito remuneratório.

Na espécie, os aportes foram realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes e próximos para cada nível hierárquico, fatos que contrariam a legislação de regência da previdência privada complementar. Logo, os valores passam a ter natureza de gratificação e integram o conceito de remuneração.

Dessa forma, a premiação de alguns beneficiários da previdência privada complementar, deixando os demais de fora, é instrumento de incentivo para a permanência e produtividade, o que flagrantemente constitui em gratificação, configurada como remuneração vinculada ao salário, nos termos do art. 28, incisos I e III, da Lei 8.212/1991.

Lei 8.212/1991:

Art. 28. Entendese por salário de contribuição:

I para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

III para o contribuinte individual: a remuneração auferida em uma ou mais empresas ou pelo exercício de sua atividade por conta própria, durante o mês, observado o limite máximo a que se refere o § 5º; (Redação dada pela Lei nº 9.876, de 1999).

O entendimento delineado acima está em conformidade ao art. 202, § 2º, da CF/1988, já que a Recorrente estabeleceu um tratamento diferenciado para determinados segurados empregados e contribuintes individuais, de modo a beneficiá-los em relação a outros segurados, seja quanto à contribuições do empregador, seja no que concerne aos benefícios e condições atreladas às metas de desempenho estabelecidas pela Recorrente, acarretando um tratamento benéfico e vantajoso para os específicos dirigentes.

Para dar embasamento aos argumentos de que o pagamento da previdência complementar foi desnaturado em sua essência, razão pela qual passou a ter natureza salarial, descreveu à fiscalização e o acórdão recorrido trechos dos contratos de previdência e dos termos aditivos:

Nesse caminho, são transcritas, a seguir, algumas cláusulas dos contratos de previdência privada que dizem respeito aos participantes de cada plano e que estabelecem condições diferenciadas para o recebimento de benefícios de renda e o resgate das contribuições vertidas ao plano.

“[...] 5º Termo Aditivo, de 30/07/1999, ao Contrato de Previdência Privada firmado em 20 de junho de 1985:

(...)

Cláusula Primeira – Do Plano de Benefícios Suplementares 1.1. A INSTITUIDORA, bem através do presente instituir Plano de Benefícios Suplementares na COMPANHIA, na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL...

Cláusula Segunda – Dos Participantes 2.1. Serão considerados Participantes do PGBL, o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargo de Assessor da Diretoria, da INSTITUIDORA, participantes dos Planos I e II mantidos pela mesma.

(...)

Cláusula Terceira – Do PGBL (...)

3.3.6. O Participante será elegível ao recebimento de um dos Benefícios de renda previstos nesta Cláusula a partir dos 60 (sessenta) anos de idade, fazendo jus a 100% (cem por cento) do saldo da Conta de Reserva de Participante.

24 *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.

(...)

Contrato Previdenciário, de 20/05/2000:

(...)

Cláusula Segunda – Dos Participantes 2.1. Serão inscritos no Plano de Benefícios os empregados e dirigentes da INSTITUIDORA que na data da assinatura da Proposta de Inscrição estejam em plena atividade de trabalho.

(...)

Cláusula Quarta – Do PGBL (..)

4.5. Será elegível ao recebimento de um dos Benefícios de renda previstos nesta cláusula, fazendo jus a 100% (cem por cento) da Reserva Matemática de Benefícios a Conceder, definida no item 4.3, o Participante que preencher, concomitantemente, os seguintes requisitos:

a Ter no mínimo 60 (sessenta) anos de idade;

b Ter no mínimo 10 (dez) anos de vinculação ao Plano de Benefícios; e

c Haver cessado o vínculo empregatício com a INSTITUIDORA.

(...)

Cláusula Sexta – Do Resgate 6.1. O Participante ou o Beneficiário, quando for o caso, terá direito ao resgate das contribuições vertidas ao Plano de Benefícios quando:

6.1.1. O Participante se tornar inválido total e permanentemente antes de ser elegível a um dos Benefícios previstos neste Plano de Benefícios, conforme opção prevista no item 5.1.1. da Cláusula Quinta deste Contrato; Processo nº 16327.720218/201364 Acórdão n.º 2402004.108 S2C4T2 Fl. 14 25 6.1.2. Na hipótese de saída prematura do Participante do

Plano de Benefícios, observada o disposto na Cláusula Oitava deste Contrato; 6.1.3. Na hipótese prevista no item 5.1.2. da Cláusula Quinta deste Contrato.

6.2. O valor do resgate será equivalente ao saldo formado exclusivamente pelas contribuições feitas às expensas do Participante. A parte do saldo formada pelas contribuições da INSTITUIDORA será revertida ao Plano de Benefícios. [...]”
(g.n.)

Com relação ao resgate, constata-se que os contratos de previdência privada firmado pela Recorrente permitiam o resgate apenas das contribuições pagas pelo participante (beneficiário) e não os valores pagos pelo patrocinador. Assim, houve descumprimento das cláusula desses contratos de previdência, já que ocorreu o resgate, no mês de janeiro de 2009 e 2010, de quase a totalidade dos valores e com coincidência dos valores resgatados entre os participantes (item 9.9 do Relatório Fiscal). Esse entendimento de que não poderá haver o resgate dos valores pagos pelo patrocinador está sumulado pelo STJ:

“Súmula 290 – Nos planos de previdência privada, não cabe ao beneficiário a devolução da contribuição efetuada pelo patrocinador”.

Acréscita-se ainda que, da forma como foram realizados os resgates dos valores destinados à previdência complementar – sem qualquer finalidade previdenciária, distanciando-se dos benefícios previdenciários (aposentadoria, pensão ou benefícios acidentários) –, houve o descumprimento da regra geral do regime de previdência complementar prevista no art. 2º da LC 109/2001, eis que essa norma estabelece que o regime complementar tem por objetivo instituir planos de benefícios de caráter previdenciário. Isso, por si só, já afastaria o entendimento manifestado no Acórdão no 2402003.661 (sessão de 16/07/2013), processo 10783.723424/201109 (Relator: Julio César Vieira Gomes), e, por consectário, apontaria para a natureza de gratificação da verba concedida aos segurados (empregados e contribuintes individuais) pela Recorrente.

Lei Complementar (LC) 109/2001:

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

Considerando que as verbas discutidas representam um ganho aos beneficiários da previdência complementar, já que têm nítida repercussão econômica, concedidas com características de gratificação ou prêmio, não se enquadrando em nenhuma das hipóteses excludentes do art. 28, § 9º, da Lei nº 8.212/1991, é correta a inclusão dessas verbas na base de cálculo das contribuições previdenciárias. Esse entendimento decorre do fato de que os valores pagos a título de previdência privada no

regime aberto não estão abarcados pela regra exclusiva da incidência da contribuição previdenciária – prevista no art. 28 da Lei 8.212/1991 –, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, conforme foi delineado no Acórdão no 2402003.661 (sessão de 16/07/2013), proferido por esta Corte Administrativa, processo 10783.723424/201109 (Relator: Julio Cesar Vieira Gomes).

POr todo exposto, no que diz respeito à verba paga a título de previdência privada complementar, mesmo que os aportes tenham sido realizados no regime aberto, correta a decisão tomado no acórdão recorrido, não existindo qualquer reparo a ser feito, posto que demonstrado ter sido desnaturada a natureza previdenciária.

Conclusão

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do Recurso Especial interposto pelo contribuinte, para , no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira

Declaração de Voto

Conselheira Ana Paula Fernandes

Embora concorde com a decisão dispositiva da nobre relatora, consigno abaixo as razões adicionais do meu entendimento.

A temática discutida nos presentes autos diz respeito a natureza das parcelas de previdência complementar referente aos diretores da contribuinte, as quais foi dada pela fiscalização no lançamento do auto de infração natureza de verba salarial, impondo por consequência sobre elas incidência de contribuição previdenciária.

Para elidir a alegação da Fazenda Nacional da existência de caráter salarial do plano de previdência complementar em análise, o contribuinte apresentou defesa e memoriais com farta argumentação que se coaduna com meu entendimento pessoal a respeito do caráter salarial necessário, a fim de atrair a incidência de contribuição previdenciária.

Meu entendimento não é novidade neste colegiado, e por ordem expressa da Constituição Federal, ressalto que somente incide contribuição previdenciária sobre parcelas de origem remuneratória, ou seja, pagas pela empresa como contrapartida de rendimentos de trabalho e folha de salários.

A professora MELISSA FOLMANN¹ explica que a CF/88 em seu artigo 158, I, a: “elegeu o trabalho (atividade laboral remunerada) como fato gerador da incidência de contribuição social previdenciária, no que foi seguida pela Lei 8212/91 (artigo 28), motivo pelo qual a carta magna traz a expressão “folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados”

O legislador ordinário foi muito zeloso ao instituir a base legal de custeio previdenciário, o fazendo de modo expresso na Constituição Federal, em seu art. 195, I, “a”.

Contudo, para melhor esclarecer detalhes de sua aplicabilidade tratou de disciplinar a aplicação do referido artigo, por meio da edição da Lei nº 8212/91, conhecida como Lei de Custeio da Previdência Social.

Observando tanto o artigo 195 da CF/88, como a referida Lei de Custeio, depreendemos que a tributação previdenciária está claramente **limitada a rendimentos do trabalho**.

A doutrina é maciça neste sentido, como podemos observar as pontuações de ZAMBITTE IBRAHIM:

“Tanto histórica como normativamente, a contribuição previdenciária é delimitada a rendimentos do trabalho, tendo em vista o objetivo das prestações previdenciárias em substituir

¹ FOLMANN, Melissa. Contribuições sociais previdenciárias sobre folha de salários e análise econômica do direito: crise de destinação. In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord). Tributação: Democracia e liberdade. São Paulo: Noeses, 2014, p. 255-280.

*rendimentos habituais do trabalhador, os quais, por regra, são derivados da atividade laboral. Ou seja, a legislação vigente, de forma muito clara, delimita a incidência previdenciária, em qualquer hipótese, a **rendimentos do trabalho**.” (ZAMBITTE IBRAHIM, Fábio).*

Partindo da premissa que a contribuição previdenciária é devida tão somente sobre as **parcelas recebidas a título de remuneração pelo trabalho**, são incabíveis as alegações da Fazenda Nacional de que as parcelas advindas de outras origens devam sofrer tal incidência.

Como óbice a este entendimento foi explanado pelos demais componentes do colegiado que haveria indícios de fraude as regras, e que o pagamento do plano de previdência complementar veiculava forte indício de pagamento de salário disfarçado, pois descumpria todas as regras de Previdência Complementar.

Meras alegações que não foram comprovadas pela Fazenda Nacional nos autos, nem pelos conselheiros contrários a tese esposada pelo contribuinte.

Assim listo os motivos que foram citados como óbice ao direito da contribuinte **quanto aos critérios para fixação dos valores aportados**:

1. A primeira, consiste na alegação do acórdão recorrido sobre a falta de planilha específica e pormenorizada das contribuições realizadas, “*não foram apresentadas, pela empresa, as memórias de cálculo das referidas contribuições ao plano de previdência privada*” (página 19 do v. acórdão recorrido), e o contribuinte esclareceu por meio de memoriais que na verdade **as memórias de cálculo em questão foram sim apresentadas pelo Recorrente**, encontrando-se às **fls. 54/57 dos autos**, tendo o i. fiscal autuante, precisamente com base nessas memórias de cálculo, concluído que **os valores dos aportes ao plano de previdência complementar eram geralmente idênticos ou muito próximos da remuneração recebida**.

Cumpra repetir que tais planilhas se encontram devidamente juntadas as fls. 54 a 57 dos autos, ou seja, já estavam nos autos no momento da prolação equivocada do acórdão recorrido.

2. Ainda que houve vários apontamentos de que os valores pagos a título de previdência complementar era exagerados e desproporcionais, pois alcançava valor próximo aos rendimentos do trabalho.

Ora, e desde quando a Lei pontuou que se o montante de tais aportes fosse idêntico ou próximo ao valor dos rendimentos do trabalho, isso teria o condão de mudar sua natureza ou de autorizar a incidência de contribuição previdenciária?

Observo que o critério como bem adiantado pelo contribuinte é perfeitamente condizente com a lógica que rege a previdência privada complementar. Isto porque os planos de previdência privada visam proporcionar aos beneficiários a possibilidade de obter na inatividade vencimentos em valor próximo aos da época em que estavam na ativa. Ou seja, isso é um diferencial oferecido pela Empresa, a fim de que de modo competitivo possa brigar pela contratação de diretores e funcionários que lhe aprouverem. Por que o salário possível para aqueles que dependem do Regime Geral de Previdência está limitado ao teto. E a Previdência Complementar funciona como um atrativo especial.

3. Que ao contrário do que ocorre com a previdência oficial (INSS), no qual os benefícios a serem futuramente recebidos são previamente definidos, **os planos de previdência privada, sobretudo na modalidade de Plano Gerador de Benefício não funcionam assim.**

Quanto a estes três tópicos, concluo que pensar diferente do exposto significa fazer juízo de valor negativo sobre uma conduta do particular não elencada como proibida, ferindo assim o princípio da legalidade e da segurança jurídica.

Ainda e não menos importante, também é necessário analisar **o suposto caráter remuneratório dos aportes**

O que vem muito bem respondido pela contribuinte nos seguintes termos:

“Muito embora seja atribuição do comitê estabelecer política da remuneração em sentido previdenciário (“política de remuneração global e individual”), também é seu dever estabelecer política sobre matérias que não configuram remuneração no sentido previdenciário, como: (i) participação nos lucros, excluída do salário-de-contribuição pela alínea “j” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91; (ii) previdência complementar, excluída do salário-de-contribuição pela Lei Complementar nº 109/01; (iii) prêmios, bônus e gratificações, que, quando “recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário” são excluídos do salário-de-contribuição pela alínea “e”, item 7, do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, e; (iv) planos de opções de aquisição de ações, que não tratam de remuneração sob aspecto algum (previdenciário ou não) já que os optantes pagam pelas ações adquiridas.”

A lógica da previdência privada complementar exige que os aportes previdenciários se aproximem dos salários pagos, o que justifica que a remuneração global paga aos administradores do Recorrente em 2009 tenham sido da mesma ordem de grandeza dos aportes de previdência complementar globais efetuados nesse mesmo período.

O Recorrente mantém atualmente aberto apenas **UM PLANO**, extensivo a todos os funcionários e dirigentes, 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**, com previsão de **benefícios diferenciados para os diretores estatutários e superintendentes executivos** conforme **5º Termo Aditivo – Plano de Benefícios Suplementares**, devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do **Processo 10.003048/01- 23**. Não se trata, portanto, de dois planos, mas sim de modalidades distintas dentro de um mesmo plano.

Especificamente quanto ao caso concreto, vale também referir, reproduzindo as disposições do artigo 61 da Circular SUSEP nº 338/07 e o artigo 81 da Resolução CNSP nº139/05, o artigo 11 do Regulamento do plano instituído pelo Recorrente, segundo o qual, Como se vê, dada **a aceitação automática da proposta de inscrição, a possibilidade de sua recusa por parte da EAPC destina-se unicamente a possibilitar o controle para que não**

ingressem no plano pessoas que não sejam elegíveis por não comprovarem o preenchimento de algum dos requisitos necessários, no caso, aqueles descritos no item 2.1 do 5º Termo Aditivo. Portanto, ao contrário do que entendeu o v. acórdão recorrido, não é dado ao Recorrente o poder de discricionariamente recusar a inscrição desta ou daquela pessoa elegível ao plano de previdência complementar, mas apenas, em cumprimento à legislação específica, atribuído à EAPC o dever de recusar a inscrição de quem não demonstre ser elegível.

Da mesma forma, uma vez aceita pela EAPC a inscrição do participante no plano de previdência privada, **não pode o Recorrente discricionariamente excluí-lo**, sendo certo que mesmo na hipótese de perda do vínculo com o Recorrente o participante do plano tem assegurado o direito de nele continuar, como dispõe o artigo 15 do seu Regimento, “*verbis*”:

E quanto aos resgates efetuados, saliento com base nas ponderações da próprio contribuinte, a efetivação dos resgates em questão não descaracteriza de forma alguma a natureza previdenciária dos aportes, pois, tratando-se de **Plano de Previdência Complementar Aberta**, o *caput* do artigo 27 da Lei Complementar 109/01 não deixa dúvida de que **ao participante é possibilitado o resgate total das contribuições vertidas ao plano**. Mais uma vez isso gera juízos de valor críticos que vão além da limitação legal, pois permitido pela **Circular SUSEP nº 338/07 e da mesma forma na Resolução CNSP nº 139/05**.

Na verdade, em se tratando de Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, cujas contribuições são aplicadas, no caso, em um Fundo de Investimento Financeiro Exclusivo – FIFE e convertidas em quotas, é da essência do Plano o direito de resgate nas condições contratadas, sem que isso implique em desvirtuar ou desnaturar o Plano que continua a ser de Previdência Privada.

Por fim assiste razão o contribuinte, resta evidenciado que nenhum dos fatos apontados pelo Fisco autoriza concluir que no caso os aportes feitos pelo Recorrente em nome de seus Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos não consistem em contribuições aportadas para Plano de Previdência Complementar. E que esta desnaturação traria consigo a consequente incidência de Contribuição Previdenciária.

Observo aqui um conjunto jurídico minucioso da nossa legislação a fim de permitir a utilização da Previdência Complementar como benefício de emprego e não como verba remuneratória.

Contudo, estas limitações encontradas na lei jamais podem ser alargadas sem dispositivo legislativo adequado, previamente aprovado e debatido. Portanto, a incidência de Contribuição Previdenciária sobre verbas decorrentes do vínculo de emprego não comportam a possibilidade de juízo de valor.

Nesse momento as deduções são colocadas de lado e analisados exclusivamente a prova dos autos, as quais no caso concreto demonstram que o contribuinte agiu a todo tempo dentro do esperado, tendo suas condutas inclusive sido analisadas e aprovadas por órgãos próprios do Governo, responsáveis pelo controle destes Regimes de Previdência Complementar. – Órgãos públicos federais que gozam de credibilidade e também responsabilidade.

Diante do exposto, conheço do Recurso Especial do contribuinte, pois entendo pela não incidência de contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de

Processo nº 16327.720218/2013-64
Acórdão n.º **9202-004.345**

CSRF-T2
Fl. 735

previdência privada aos dirigentes, devendo o lançamento ser afastado, uma vez que o auto de infração não subsiste as explicações do contribuinte.

É o voto

(assinado digitalmente)

Ana Paula Fernandes