



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 16327.720335/2013-28
Recurso Especial do Procurador
Acórdão nº **9101-004.656 – CSRF / 1ª Turma**
Sessão de 16 de janeiro de 2020
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BANCO BRADESCO S.A.

ASSUNTO: NORMAS GERAIS DE DIREITO TRIBUTÁRIO

Ano-calendário: 2009

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOAS FÍSICAS. SUJEIÇÃO AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE.

Com o advento da Lei Complementar nº 109/2001, somente no regime fechado de previdência complementar, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade de seus empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá o empregador 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 sujeitam-se à incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas - IRPF e ao Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF os aportes de contribuição feitos pela contratante de pessoas físicas a planos de previdência privada complementar quando não configurado o caráter previdenciário desses planos.

MULTA ISOLADA. IRRF. FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. CABIMENTO.

A falta de retenção ou recolhimento do IRRF incidente sobre valores atribuídos a colaboradores (empregados ou não) sob o título indevido de plano de previdência complementar aberto enseja a aplicação da multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei nº 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em conhecer do Recurso Especial, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Livia De Carli Germano, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), que não conheceram do recurso. A conselheira Edeli Pereira Bessa votou pelas conclusões, conhecendo apenas pelo acórdão 2402-006.064. No mérito, por voto de qualidade, acordam em dar-lhe provimento, vencidos os conselheiros Cristiane Silva Costa (relatora), Livia De Carli Germano, Amélia

Wakako Morishita Yamamoto, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado) e Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada), que lhe negaram provimento. Designada para redigir o voto vencedor a conselheira Viviane Vidal Wagner.

(documento assinado digitalmente)

Adriana Gomes Rêgo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa – Relatora

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: André Mendes de Moura, Cristiane Silva Costa, Edeli Pereira Bessa, Lívia de Carli Germano, Viviane Vidal Wagner, Amélia Wakako Morishita Yamamoto, Andrea Duek Simantob, Caio Cesar Nader Quintella (suplente convocado), Junia Roberta Gouveia Sampaio (suplente convocada) e Adriana Gomes Rêgo (Presidente).

Relatório

Trata-se de processo originado por Auto de Infração de multa pela falta de retenção na fonte de imposto de renda quanto aos meses de 2009 (fls. 107). A justificativa para o lançamento consta do Termo de Verificação Fiscal (fls. 91):

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

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

- o fato de ter um plano de previdência complementar oferecido a todos os seus funcionários (dirigentes e empregados), confere o direito de ter outro plano (PGBL – EMPRESARIAL), disponível somente aos dirigentes da empresa;
- o critério de elegibilidade neste plano empresarial não precisa ter requisitos expressos no seu regulamento, podendo ficar a cargo exclusivo da Instituidora;
- o Comitê de remuneração pode estipular de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar de seus dirigente e que o regulamento deste “plano alternativo” (PGBL – EMPRESARIAL) não precisa ter regras claras quanto às contribuições;
- as contribuições feitas ao plano de previdência complementar não têm a única finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário.

7.3 – Por outro lado, esta fiscalização entende que:

- o artigo 16 da Lei Complementar nº 109/2001 obriga o oferecimento dos planos a todos os empregados e dirigentes, portanto, o plano empresarial oferecido apenas a seus dirigentes contraria a legislação;
- o artigo 10 da Lei Complementar nº 109/2001 obriga que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo de benefícios, sejam claros e constem do regulamento do plano de benefícios, portanto o critério unilateral de elegibilidade contraria a legislação;
- o artigo 19 da Lei Complementar nº 109/2001 define objetivamente a finalidade das contribuições para os planos de previdência: prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, portanto não há previsão para outra finalidade;
- o artigo 38 do RIR/99 preconiza que a tributação independe da denominação dos rendimentos, portanto a legislação aplicada ao caso concreto claramente permite a caracterização destes pagamentos como rendimentos do trabalho;
- apesar do contribuinte declarar que as contribuições efetuadas na previdência privada obedeceram aos critérios estabelecidos em lei e que o plano levou em conta variáveis atuariais, o mesmo não comprovou estas afirmações, visto que não apresentou as memórias de cálculo das contribuições;
- o fato supracitado somado aos aportes serem realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes, em valores próximos para cada nível hierárquico e ainda os resgates dos participantes serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes, via de regra no mesmo mês, novamente em valores próximos para cada nível hierárquico e inclusive para participantes em gozo de benefício, dão robustez probatória à caracterização destes pagamentos como verbas remuneratórias;
- por todo o conjunto de argumentos e provas, os valores pagos a este título devem ser considerados como rendimento do trabalho assalariado.

O contribuinte apresentou impugnação administrativa (fls. 122), decidindo a decidindo a Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro por julgar procedente a impugnação (fls. 269):

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano-calendário: 2009

FUNDAMENTAÇÃO DA AUTUAÇÃO.

O lançamento constituído sob determinado critério jurídico não pode ser alterado mediante introdução de fundamentação e critério jurídico diverso.

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOA JURÍDICA - IRPJ

Ano-calendário: 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CONTRIBUIÇÕES PAGAS PELO EMPREGADOR. REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS E DIRIGENTES.

As contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes não compõem o rendimento bruto independentemente de que os planos a que se refiram tenham de ser disponibilizados a todos indistintamente.

O processo foi remetido ao CARF para análise de Recurso de Ofício, decidindo a 1ª Turma Ordinária da 2ª Câmara da Primeira Seção por negar-lhe provimento, em acórdão cuja ementa se transcreve a seguir (**acórdão 2202-004.330**):

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE -IRRF

Ano-calendário: 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CONTRIBUIÇÕES PAGAS PELO EMPREGADOR. REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS E DIRIGENTES.

As contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes não compõem o rendimento bruto independentemente de que os planos a que se refiram tenham de ser disponibilizados a todos indistintamente

Nesse contexto, a Procuradoria interpôs recurso especial, sustentando divergência na interpretação a respeito da **incidência de multa pela falta de retenção e recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre os valores pagos a título de plano de previdência complementar aberta**, apresentando como paradigmas os acórdãos **2402-006.064** e **9202-004.345**.

O recurso especial foi admitido pelo Presidente da 2ª Câmara da Segunda Seção (fls. 1.809, assinada em 30/08/2018), da qual se extrai:

(...) Paradigma 1: Acórdão n.º 2402-006.064.

Nas situações analisadas nos acórdãos recorrido e paradigma, diante de idênticos planos de previdência privada ofertados pelo mesmo contribuinte, os colegiados concluíram de forma diversa acerca do caráter previdenciário da verba e, conseqüentemente, sobre a manutenção ou não do lançamento da multa.

Com a mesma situação fática, o acórdão recorrido entende que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de alguns de seus empregados e dirigentes não compõem o rendimento bruto. Por outro lado, o acórdão paradigma entendeu que os valores pagos a título de previdência privada complementar configuram-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.

Logo, está demonstrada a divergência jurisprudencial na interpretação e aplicação da legislação, Lei Complementar 109/01 c/c art. 44 da Lei n.º 9.430/96, nos termos do art. 9º da Lei n.º 10.426/02, com a redação dada pela Lei n.º 11.488/07. (...)

Paradigma 2 - Acórdão n.º 9202-004.345: (...)

Com a mesma situação fática, o acórdão recorrido entende que as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de alguns de seus empregados e dirigentes não compõem o rendimento bruto. Por outro lado, o acórdão paradigma entendeu que os valores pagos a título de previdência privada complementar configuram-se como uma gratificação ou prêmio, já que 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.

Logo, está demonstrada a divergência jurisprudencial na interpretação e aplicação da legislação, Lei Complementar 109/01 c/c art. 44 da Lei n.º 9.430/96, nos termos do art. 9º da Lei n.º 10.426/02, com a redação dada pela Lei n.º 11.488/07.(...)

Com fundamento nos artigos 18, inciso III, 67 e 68, do Anexo, II, do RICARF, aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 2015, DOU SEGUIMENTO ao Recurso Especial, interposto pela Fazenda Nacional, para que se rediscuta a matéria incidência de multa pela falta de retenção e recolhimento do imposto de renda retido na fonte sobre os valores pagos a título de plano de previdência complementar aberta.

O contribuinte foi intimado, apresentando contrarrazões (fls. 396), pleiteando não seja conhecido o recurso e, no mérito, a manutenção do acórdão recorrido.

É o Relatório.

Fl. 5 do Acórdão n.º 9101-004.656 - CSRF/1ª Turma
Processo n.º 16327.720335/2013-28

Voto Vencido

Conselheira Cristiane Silva Costa, Relatora

Competência da 1ª Seção de Julgamento

Inicialmente pondero que a competência para julgamento foi definida para a Primeira Seção de Julgamento do CARF, nos termos da Portaria CARF n.º 146, de 12 de dezembro de 2018:

A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º A PRESIDENTE DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS, no uso da atribuição que lhe confere o artigo 5º, do Anexo II, do Regimento Interno do CARF (RICARF), aprovado pela Portaria MF n.º 343, de 9 de junho de 2015, e visando à adequação do acervo e à celeridade de sua tramitação, resolve:

Art. 1º Estender temporariamente à 1ª (primeira) Seção de Julgamento a especialização estabelecida no artigo 3º, inciso II, do Anexo II, do RICARF, e respectivas penalidades pelo descumprimento de obrigação acessória, quando o requerente do direito creditório ou o sujeito passivo do lançamento for pessoa jurídica, inclusive quando o litígio envolver esse tributo e outras matérias que se incluam na competência das demais Seções.

§ 1º A competência atribuída à 1ª (primeira) Seção de Julgamento e à 1ª (primeira) Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais para processar e julgar os recursos de sua alçada, que versem sobre a aplicação da legislação do Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (IRRF) especificada no caput, aplica-se, exclusivamente, aos processos ainda não sorteados na instância.

§ 2º No caso de retorno de diligência e embargos, o processo permanecerá na Seção de origem para julgamento.

§ 3º O exame de admissibilidade dos recursos especiais pendentes ao tempo da publicação desta Portaria, relativamente aos processos que versem sobre a matéria de que trata o caput, será realizado pelo Presidente da 1ª Seção ou seu substituto.

Assim, passo à análise do recurso especial.

Conhecimento

A Procuradoria interpôs recurso especial com a identificação de dois acórdãos paradigmas: **2402-006.064** e **9202-004.345**.

O contribuinte questiona o conhecimento do recurso especial da Procuradoria pelas razões seguintes:

- (i) A existência de **fundamentos autônomos suficientes no acórdão recorrido** não tratado em acórdãos paradigmas: (a) seria competente a SUSEP para verificar se os contratos previdenciários estariam de acordo com a Lei Complementar n.º 109/2001; (b) haveria erro na fundamentação legal do lançamento, pela inaplicabilidade do artigo 16 ao caso concreto, que trata de entidade aberta de previdência privada, (c) não procederiam

objeções apontadas pela fiscalização para sustentar o caráter remuneratório dos aportes.

- (ii) O **acórdão paradigma 2402-006.064** até seria **convergente** com acórdão recorrido ao consignar que “*em se tratando de plano de previdência privada aberto, desnecessário o atendimento da exigência constante do art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001*”. O segundo acórdão paradigma (**9202-004.345**) não se manifestou a respeito do artigo 16, inexistindo divergência na interpretação da lei tributária também quanto a este segundo.

Passo à análise de tais pontos.

Conhecimento – Fundamentos Autônomos

O acórdão recorrido adotou 3 fundamentos para concluir pela negativa provimento ao recurso de ofício e análise do processo, conforme trechos a seguir destacados:

1) RECURSO DE OFÍCIO

A decisão de primeira instância deu provimento à Impugnação do contribuinte por entender que compete a SUSEP verificar se os contratos firmados estão de acordo com o que determina à Lei Complementar nº 109/01 (...)

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

Assim como a decisão recorrida, entendo que entendo que à fiscalização carece de competência para negar a natureza previdenciária do plano de previdência complementar, devidamente autorizado pelos órgãos competentes.

Todavia, mesmo que não se acate a mencionada conclusão, as demais objeções apontadas pelo trabalho fiscal não se sustentam como restará demonstrado. (...)

2) ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO LANÇAMENTO INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 16 DA LC 109/01 AO PLANO DO RECORRENTE

Pela análise da seqüência de instrumentos acima descrita, verifica-se que, atualmente, o Recorrente possui um único plano o qual, em razão do Termo Aditivo nº 5, possui contribuições diferenciadas para as pessoas nele mencionadas (Presidentes, Diretores, Conselheiros, etc). Trata-se de Plano de Previdência Privada Aberto, aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/0123: (...)

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

Todavia, conforme reconhece a decisão recorrida, o mencionado artigo aplica-se às entidades fechadas de previdência complementar: (...)

Além disso, não é correto dizer que o Plano da Recorrente não foi oferecido à totalidade dos empregados, uma vez que trata-se de um único plano. Tal plano, todavia, contempla contribuições suplementares e diferenciadas para os Presidentes, diretores e conselheiros.

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

A Lei Complementar n.º 109/2001, ao regulamentar de previdência complementar, fez clara separação entre as norma aplicáveis aos regimes de previdência aberto e fechados.(...)

Nesse mesmo sentido já se manifestou a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se verifica pela decisão proferida no Acórdão n.º 9202003.193, cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE REMUNERAÇÃO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

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

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

Ainda que superadas as nulidades acima apontadas, as demais objeções suscitadas pelo trabalho fiscal não se sustentam. (...)

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

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

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

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

Em seu recurso especial, a Procuradoria suscita em arrazoado inicial:

De acordo com a autoridade fiscal, o enquadramento de tais contribuições à previdência privada como remuneração ocorreu devido à apuração de algumas características que desvirtuaram o caráter previdenciário, citados nesta oportunidade de forma não exaustiva: I) o plano de previdência privada era oferecido apenas a alguns dirigentes/empregados, a partir de critério unilateral de elegibilidade; II) ausência de metodologia de cálculo dos valores dos aportes feitos no PGBL, definido por um Comitê de Remuneração; III) similaridade entre os aportes efetuados pelo Banco Bradesco na previdência complementar no ano-calendário e a remuneração paga no

mesmo período; IV) aportes da empresa em conta de dirigentes e empregados em gozo do benefício; e V) resgates substanciais realizados pelos participantes de forma recorrente (via de regra, em janeiro), com coincidência de valores, montante próximo ou até superior aos aportes do período. (fls. 2 do recurso)

(...)

Além de entender pela desnecessidade de oferecer o mesmo plano de previdência complementar a todos os empregados, por se tratar de plano aberto de previdência, a Turma posicionou-se no sentido de ser desnecessária a existência de regra clara sobre o montante do aporte a ser feito pelo empregador. Ademais, entendeu que o fato do resgate dos valores pagos pelo empregador poder ser feito a qualquer tempo, mesmo que sem qualquer finalidade previdenciária, não inviabilizaria o gozo do benefício fiscal. Confira-se, por oportuno, trecho do voto condutor do acórdão recorrido: (fls. 359)

Conforme restará demonstrado, o aresto merece reforma, uma vez que se mostra em evidente dissenso frente à jurisprudência deste e. Conselho, como adiante será explicitado.

No prosseguimento do recurso especial, no tópico “*do cabimento do recurso especial*” a Procuradoria sustenta que:

Patente, portanto, a divergência jurisprudencial arguida. A Segunda Turma da Quarta Câmara da Segunda Seção do CARF, diferentemente do Colegiado *a quo*, entendeu pela **manutenção da exigência de multa pela falta de retenção e recolhimento do IRRF considerando a natureza remuneratória dos valores pagos em plano de previdência privada com características idênticas aos planos objeto do presente lançamento.**

(,...)

Observe-se a perfeita similaridade das situações fáticas analisadas no acórdão recorrido e paradigma, em que, **diante de idênticos planos de previdência privada ofertados pela mesma contribuinte**, os colegiados concluíram de forma diversa acerca do caráter previdenciário da verba e, conseqüentemente, na manutenção ou não do lançamento.

A análise do recurso revela que a Procuradoria efetivamente desconsidera os primeiros fundamentos do acórdão recorrido, tanto relativo “*à fiscalização fazendária carece competência dada legalmente para descaracterizar a natureza previdenciária*” (trecho do voto relacionado à negativa de provimento ao recurso de ofício), quanto relativo ao “*erro na fundamentação legal do lançamento*” (trecho no qual trata do provimento ao recurso de ofício – item 2 acima reproduzido).

Os fundamentos acima são autônomos e suficientes para a manutenção do acórdão recorrido.

Os Enunciados da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal tratam da impossibilidade de conhecimento de recurso quando há fundamento inatacado:

Súmula 283, do STF:

É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos êles.

Súmula 126, do STJ

É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário.

No mesmo sentido, há acórdãos deste Colegiado, como o de nº **9101-004.311**, julgado em agosto/2019, **9101-004.521**, julgado em novembro de 2019, **9101-004.564**, julgado em dezembro de 2019 e **9101-004.655**, julgado nesta mesma reunião de julgamento.

Por fim, acrescento que o Decreto n.º 70.235/1972 apenas legitima a interposição de recurso especial e, assim, a competência da Câmara Superior de Recursos Fiscais quando houver divergência na interpretação da lei tributária (art. 37, §2º, II). No mesmo sentido, O RICARF (Portaria MF 343/2015) outorga competência à CSRF para conhecimento de recurso especial na hipótese de “*decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF*”. (art. 67, caput). Diante disso, não é conhecido recurso especial quando um dos fundamentos do acórdão recorrido não foi enfrentada expressamente em voto do acórdão paradigma, por falta de cumprimento essencial ao conhecimento do recurso especial. É desarrazoado que os Conselheiros julgadores desta Turma da CSRF intuem qual seria o entendimento do Colegiado prolator de acórdão paradigma, sendo indispensável que o Recorrente houvesse demonstrado a exata divergência na interpretação da lei tributária, inclusive quanto aos fundamentos – acima citados – que sequer foram atacados em recurso especial e voto do acórdão paradigma.

Por tais razões, **não conheço do recurso especial da Procuradoria.**

Passo, ainda, à análise dos acórdãos paradigmas, tratando também de identificar similitude fática e divergência na interpretação da lei tributária.

Acórdão paradigma 2402-006.064

O primeiro paradigma (2402-006.064) tem os fatos descritos em seu relatório:

Trata-se de recursos voluntário interpostos contra acórdão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro I – DRJ/RJ1 (fls. 733/837), que julgou parcialmente procedente impugnação apresentada em face de Auto de Infração de Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF (fls. 306/314), relativo a fatos geradores ocorridos nos anos-calendário 2005 a 2008, o qual resultou em multa regulamentar no montante de R\$ 5.869.889,28, além de juros de mora exigidos isoladamente, por falta de retenção e recolhimento de IRRF.

a) o lançamento decorre do fato de o sujeito passivo ter remunerado determinadas pessoas físicas com vínculo empregatício (diretores estatutários e superintendentes executivos) por meio de planos de previdência complementar por ele mantido;

b) da conduta adotada pelo contribuinte, depreende-se que o mesmo entendeu que: i) o fato de ter um plano de previdência complementar oferecido a todos os seus funcionários (dirigentes e empregados), confere o direito de ter outro plano (PGBL Plano de Benefícios Suplementares), disponível somente aos dirigentes da empresa; ii) o critério de elegibilidade neste plano empresarial não precisa ter requisitos expressos no seu regulamento, podendo ficar a cargo exclusivo da instituidora; iii) o comitê de remuneração pode estipular de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar dos seus dirigentes e o regulamento deste “plano alternativo” (PGBL Plano de Benefícios Suplementares) não precisa ter regras claras quanto às contribuições; e iv) as contribuições feitas ao plano de previdência complementar não têm a única finalidade de prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário;

c) por outro lado, a fiscalização entende que: i) o art. 16 da Lei Complementar n.º 109/2001 obriga o oferecimento dos planos a todos os empregados e dirigentes, portanto o plano empresarial oferecido apenas a seus dirigentes contraria a legislação; ii) o art. 10 da Lei Complementar n.º 109/2001 obriga que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo de benefícios, sejam claros e constem do regulamento do plano de benefícios, portanto o critério unilateral de elegibilidade contraria a legislação; iii) o art. 19 da Lei Complementar n.º 109/2001 define objetivamente a finalidade das contribuições para os planos de previdência: prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, portanto não há previsão para outra finalidade; iv) o art. 38 do RIR/99 preconiza que a tributação independe da denominação dos rendimentos,

portanto a legislação aplicada ao caso concreto claramente permite a caracterização destes pagamentos como rendimentos do trabalho; v) apesar de a contribuinte declarar que as contribuições efetuadas na previdência privada obedeceram aos critérios estabelecidos em lei e que o plano levou em conta variáveis atuariais, o mesmo não comprovou estas afirmações, visto que não apresentou as memórias de cálculo das contribuições; vi) as questões supracitadas somadas ao fato de os aportes serem realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes e ainda os resgates dos participantes serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes, via de regra no mesmo mês, dão robustez probatória à caracterização destes pagamentos como verbas remuneratórias; e vii) por todo o conjunto de argumentos e provas, os valores pagos a este título devem ser considerados como rendimento do trabalho assalariado. (grifamos)

Diante desse contexto, o primeiro paradigma (2402-006.064) julgou o processo da forma seguinte:

(...) Na mesma linha adotada no Acórdão n.º 2402004.108, considero que os valores pagos a título de previdência privada no regime aberto não estão sujeitos à incidência de impostos ou contribuições, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho (...)

Nada obstante, para que determinado benefício seja reconhecido como vantagem paga sobre a forma de plano de previdência complementar, apresenta-se como condição inescusável que esse não substitua parcelas de natureza salarial, estando, por exemplo, vinculado ao atingimento de metas de produtividade do empregado, o que o caracterizaria como uma espécie de gratificação. Isso porque não é razoável que determinado mecanismo de incentivo seja desvirtuado de forma a elidir o pagamento de tributos. (...)

Portanto, considerando os dispositivos da Lei Complementar n.º 109/2001 em seu conjunto, constatasse que, no caso dos planos de benefícios de entidades abertas, mesmo não sendo necessário estendê-los à totalidade dos empregados e dirigentes de determinada empresa, os grupos selecionados devem ser de categorias específicas, sem discriminações em relação a seus integrantes. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao trabalho, mas em razão de características e necessidades intrínsecas dos destinatários dos planos.

Em resumo, nos termos da legislação em vigor, para que os benefícios conferidos a empregados e dirigentes não se sujeitem a incidência de tributos: i) no caso de planos de benefícios de entidades fechadas, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade de seus empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes; e ii) em se tratando de planos de benefícios de entidades abertas, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não seja como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação. (...)

À evidência, o contexto fático resumido acima revela que os valores pagos a título de previdência privada complementar configuram-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. (...)

O caráter remuneratório de tais verbas mostra-se bastante evidente, visto que essas são pagas habitualmente (mês a mês) e somente aos altos dirigentes (empregados ou não) da empresa em decorrência do contrato laboral celebrado entre contratante e contratados, visando atender as metas de desempenho estipuladas pela Companhia. Não se pode deslembrar que o § 11 do art. 201 da CF/1988 é taxativo ao estabelecer que: “Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário”.

Na hipótese, restou consignado alhures que, em se tratando de plano de previdência privado aberto, desnecessário o atendimento da exigência constante do art. 16 da Lei Complementar 109/2001 (extensão do benefício a todos os empregados,

gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes do patrocinador), bastando para tanto que o plano de previdência complementar seja extensível a grupos específicos de categorias de colaboradores. Contudo, ainda assim não prosperam as alegações da recorrente, eis que, ao conceder o plano de previdência privada complementar a um grupo restrito de dirigentes (e não a um grupo determinado), 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), vinculado aos atributos profissionais dos trabalhadores, servindo de complemento ao salário. (grifamos)

Os trechos acima reproduzidos demonstram a similitude evidente do acórdão recorrido e primeiro acórdão paradigma. Ademais, revelam que efetivamente os acórdãos são **convergentes** quanto à interpretação do artigo 16, da LC 109, concluindo pela sua inaplicabilidade ao caso de previdência privada aberta.

No caso do acórdão recorrido, a inadequação do artigo 16 ao caso dos autos é fundamento autônomo – como analisado acima – sem que este dispositivo tenha sido analisado de forma divergente pelo acórdão paradigma.

Anoto, ainda, que o acórdão paradigma não enfrenta a falta de competência da fiscalização para descaracterizar a natureza previdenciária, o que caberia à SUSEP, fundamento que também não poderia ser ignorado para fins de conhecimento do recurso especial.

Assim, não conheço do recurso especial quanto ao primeiro paradigma.

Acórdão paradigma 9202-004.345

O segundo acórdão paradigma tem o seguinte relatório:

Na origem, trata-se de Autos de Infração – DEBCAD 51.020.5730 E 51.020.5739, 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 (...)

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 2403002.310 e 2803003.710; 2ª) incidência de juros moratórios – taxa SELIC – sobre a multa de ofício – acórdão paradigma nº 9101.00722. (grifamos)

Diante deste cenário fático, decidiu o Colegiado prolator do segundo acórdão paradigma (9202004345), conforme voto vencedor:

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. (...)

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:

O segundo paradigma, tratando de caso similar, não tem divergência na interpretação da lei tributária de forma suficiente à reforma do acórdão recorrido.

Em especial, anote-se que o voto vencedor deste paradigma – tal como o acórdão recorrido – menciona que o artigo 16 seria aplicável aos programas de previdência privada fechados. O trecho foi sublinhado no voto condutor, reproduzindo o acórdão recorrido

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 n.º 8.212, de 24/07/1991: (...)

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.

Com relação ao fundamento do acórdão recorrido a respeito da competência da SUSEP (e falta de competência da fiscalização para tratar da natureza dos planos de previdência), também não há qualquer menção no segundo acórdão paradigma.

Assim, concluo pelo **não conhecimento do recurso com relação ao segundo acórdão paradigma.**

Mérito

Como vencida no conhecimento, passo à análise do mérito.

O artigo 202, da Constituição Federal, com redação conferida pela Emenda Constitucional n.º 20/1998 previa regime de previdência privada, nos seguintes termos:

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 n.º 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 1º A lei complementar de que trata este artigo assegurará ao participante de planos de benefícios de entidades de previdência privada o pleno acesso às informações relativas à gestão de seus respectivos planos. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 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 n.º 20, de 1998)

§ 3º É vedado o aporte de recursos a entidade de previdência privada pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, suas autarquias, fundações, empresas públicas, sociedades de economia mista e outras entidades públicas, salvo na qualidade de patrocinador, situação na qual, em hipótese alguma, sua contribuição normal poderá exceder a do segurado. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998) (Vide Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 4º Lei complementar disciplinará a relação entre a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios, inclusive suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas controladas direta ou indiretamente, enquanto patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada, e suas respectivas entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional n.º 20, de 1998)

§ 5º A lei complementar de que trata o parágrafo anterior aplicar-se-á, no que couber, às empresas privadas permissionárias ou concessionárias de prestação de serviços públicos, quando patrocinadoras de entidades fechadas de previdência privada. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

§ 6º A lei complementar a que se refere o § 4º deste artigo estabelecerá os requisitos para a designação dos membros das diretorias das entidades fechadas de previdência privada e disciplinará a inserção dos participantes nos colegiados e instâncias de decisão em que seus interesses sejam objeto de discussão e deliberação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

O §2º do citado artigo 202, da Constituição Federal, explicitou que as contribuições do empregador “*não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como (...) não integram a remuneração dos participantes, nos termos da lei*”.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 alterou o citado art. 202, mas as alterações são irrelevantes ao caso destes autos, que trata de fatos ocorridos em 2010 e 2011.

Para regular o regime de previdência privada, na forma definida pelo artigo 202, da Constituição Federal, foi editada a Lei Complementar nº 109, da qual se destacam artigos 1º e 2º, referidos no lançamento tributário:

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

Em conformidade com o artigo 202, §3º, da Constituição Federal, o artigo 68 menciona que as contribuições do empregador não integram o contrato de trabalho dos participantes:

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.

Finalmente o artigo 69, da mesma lei complementar tratou expressamente da não incidência de tributação e contribuições de qualquer natureza sobre as contribuições para entidades de previdência complementar de quaisquer tributos:

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.

Nestes autos, o cerne da autuação fiscal teve os seguintes fundamentos:

7.3 – Por outro lado, esta fiscalização entende que:

- o artigo 16 da Lei Complementar nº 109/2001 obriga o oferecimento dos planos a todos os empregados e dirigentes, portanto, o plano empresarial oferecido apenas a seus dirigentes contraria a legislação;
- o artigo 10 da Lei Complementar nº 109/2001 obrigada que tanto os requisitos de elegibilidade, como a forma de cálculo de benefícios, sejam claros e constem do regulamento do plano de benefícios, portanto o critério unilateral de elegibilidade contraria a legislação;
- o artigo 19 da Lei Complementar nº 109/2001 define objetivamente a finalidade das contribuições para os planos de previdência: prover o pagamento de benefícios de caráter previdenciário, portanto não há previsão para outra finalidade;
- o artigo 38 do RIR/99 preconiza que a tributação independe da denominação dos rendimentos, portanto a legislação aplicada ao caso concreto claramente permite a caracterização destes pagamentos como rendimentos do trabalho;
- apesar do contribuinte declarar que as contribuições efetuadas na previdência privada obedeceram aos critérios estabelecidos em lei e que o plano levou em conta variáveis atuariais, o mesmo não comprovou estas afirmações, visto que não apresentou as memórias de cálculo das contribuições;
- o fato supracitado somado aos aportes serem realizados de forma habitual, mensal, com valores constantes, em valores próximos para cada nível hierárquico e ainda os resgates dos participantes serem realizados em valores próximos ou superiores aos aportes, via de regra no mesmo mês, novamente em valores próximos para cada nível hierárquico e inclusive para participantes em gozo de benefício, dão robustez probatória à caracterização destes pagamentos como verbas remuneratórias;
- por todo o conjunto de argumentos e provas, os valores pagos a este título devem ser considerados como rendimento do trabalho assalariado.

Passamos, assim, à análise dos dispositivos da Lei Complementar e do Plano “PGBL – EMPRESARIAL” no qual efetuados aportes pelo contribuinte.

Segundo o contribuinte, este teria um “*plano único*”, pelo qual “*oferece benefícios diferenciados aos funcionários eleitos pelo 5º Termo Aditivo*” (trecho de sua impugnação).

Ressalto que consta dos autos (fls. 207): correspondência da SUSEP (Superintendência de Seguros Privados do Ministério da Fazenda) com a “*Aprovação do Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II (PGBL, com Benefícios por Morte e Invalidez*”, tratada no Processo SUSEP nº 10.003048/01-23, de 22/06/2001.

Consta também dos autos a cópia do Regulamento do Plano II (fls. 215 e seguintes).

O artigo 10, da Lei Complementar explicita que deverão constar condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador:

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.

§ 2º Na divulgação dos planos de benefícios, não poderão ser incluídas informações diferentes das que figurem nos documentos referidos neste artigo. (grifamos)

A leitura do artigo 10 não me parece suficiente para manutenção do lançamento tributário, eis que exige que os regulamentos nos planos de benefícios, propostas de inscrição e certificados de participantes constem as condições mínimas fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador. A SUSEP usualmente publica as condições específicas mínimas em seu sítio, como se observa: <http://www.susep.gov.br/menu/informacoes-ao-mercado/informacoes-tecnicas-e-planos-padroes/previdencia-complementar-aberta>.

Consta dos autos a aprovação do Plano de Previdência do contribuinte – pela SUSEP -, o que me parece suficiente para aferição da regularidade à luz do artigo 10, acima citado.

Tampouco é suficiente, para reforma do acórdão recorrido, o artigo 38 do RIR/1999, prevendo:

Art. 38. A tributação independe da denominação dos rendimentos, títulos ou direitos, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem dos bens produtores da renda e da forma de percepção das rendas ou proventos, bastando, para a incidência do imposto, o benefício do contribuinte por qualquer forma e a qualquer título (Lei nº 7.713, de 1988, art. 3º, § 4º).

Com efeito, o caso dos autos é de aporte para Previdência Privada Aberta, plano coletivo, que a Constituição Federal e LC 109 definem como não sujeito à tributação. Assim, a regra geral do artigo 38 não é suficiente para a exigência do IRFONTE, como tampouco da multa isolada calculada sobre valores não retidos pelo contribuinte.

Acrescento que prevê o artigo 16 – também fundamento do lançamento - que os planos de benefícios devem ser oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores:

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.

§ 3º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos planos em extinção, assim considerados aqueles aos quais o acesso de novos participantes esteja vedado.

O artigo 19, da mesma Lei Complementar, prevê:

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

Parágrafo único. As contribuições referidas no caput classificam-se em:

I - normais, aquelas destinadas ao custeio dos benefícios previstos no respectivo plano; e

II - extraordinárias, aquelas destinadas ao custeio de déficits, serviço passado e outras finalidades não incluídas na contribuição normal.

Ocorre que os artigos 16 e 19 – referidos no lançamento tributário – estão inseridos na Seção II da Lei Complementar que trata “*Dos Planos de Benefícios de Entidades Fechadas*”, enquanto o caso dos autos é de Plano de Previdência Aberta, como atestam os documentos dos autos.

No Colegiado *a quo*, prevaleceu voto da Conselheira Junia, conforme arrazoadado que destaco a seguir:

1) RECURSO DE OFÍCIO

A decisão de primeira instância deu provimento à Impugnação do contribuinte por entender que compete a SUSEP verificar se os contratos firmados estão de acordo com o que determina à Lei Complementar n.º 109/01 (...)

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

Assim como a decisão recorrida, entendo que entendo que à fiscalização carece de competência para negar a natureza previdenciária do plano de previdência complementar, devidamente autorizado pelos órgãos competentes.

Todavia, mesmo que não se acate a mencionada conclusão, as demais objeções apontadas pelo trabalho fiscal não se sustentam como restará demonstrado.

(...)

2) ERRO NA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO LANÇAMENTO INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 16 DA LC 109/01 AO PLANO DO RECORRENTE

Pela análise da seqüência de instrumentos acima descrita, verifica-se que, atualmente, o Recorrente possui um único plano o qual, em razão do Termo Aditivo n.º 5, possui contribuições diferenciadas para as pessoas nele mencionadas (Presidentes, Diretores, Conselheiros, etc). Trata-se de Plano de Previdência Privada Aberto, aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/0123: (...)

Como já exposto, uma das ilegalidades apontadas pelo trabalho fiscal foi o fato do plano de previdência do Recorrente não ser disponível a todos os empregados, nos termos do artigo 16 da Lei Complementar n.º 109/01.

Todavia, conforme reconhece a decisão recorrida, o mencionado artigo aplica-se às entidades fechadas de previdência complementar: (...)

Além disso, não é correto dizer que o Plano da Recorrente não foi oferecido à totalidade dos empregados, uma vez que trata-se de um único plano. Tal plano, todavia, contempla contribuições suplementares e diferenciadas para os Presidentes, diretores e conselheiros.

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

A Lei Complementar n.º 109/2001, ao regulamentar de previdência complementar, fez clara separação entre as norma aplicáveis aos regimes de previdência aberto e fechados.(...)

Nesse mesmo sentido já se manifestou a 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme se verifica pela decisão proferida no Acórdão n.º 9202003.193, cuja ementa é a seguinte:

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2004

PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE REMUNERAÇÃO PARA FINS DE INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

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

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

Ainda que superadas as nulidades acima apontadas, as demais objeções suscitadas pelo trabalho fiscal não se sustentam. (...)

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

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

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

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

O acórdão recorrido, portanto, irretocável, razão pela qual **nego provimento ao recurso especial da Procuradoria**

Conclusão

Pelas razões expostas, voto por **não conhecer** do recurso especial. Como restei vencida no conhecimento, **nego-lhe provimento**.

(documento assinado digitalmente)

Cristiane Silva Costa

Voto Vencedor

Conselheira Viviane Vidal Wagner, Redatora designada

Conhecimento

Em que pese os bons argumentos expendidos pela ilustre conselheira relatora, decidiu o colegiado que o recurso especial interposto pela PGFN deve ser conhecido.

Repisa-se, inicialmente, que a competência para julgamento da matéria multa isolada por falta de retenção e de recolhimento na fonte do imposto de renda é da Primeira Seção de Julgamento do CARF, consoante definido nos termos da Portaria CARF nº 146, de 12 de dezembro de 2018, transcrita no voto vencido.

Cabe lembrar que compete à Câmara Superior de Recursos Fiscais (CSRF), por suas turmas, julgar recurso especial interposto contra decisão que der à legislação tributária interpretação divergente da que lhe tenha dado outra câmara, turma de câmara, turma especial ou a própria CSRF, nos termos do art. 67 do Anexo II do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09/06/2015 (RICARF/2015).

No recurso especial fazendário foram apresentados dois acórdãos paradigmas: 2402-006.064 e 9202-004.345.

Aponta o contribuinte em contrarrazões que o acórdão recorrido teria fundamentos autônomos, os quais não teriam sido tratados nos acórdãos paradigmas. Seriam eles:

(a) seria competente a SUSEP para verificar se os contratos previdenciários estariam de acordo com a Lei Complementar nº 109/2001;

(b) haveria erro na fundamentação legal do lançamento, pela inaplicabilidade do artigo 16 ao caso concreto, que trata de entidade aberta de previdência privada; e

(c) não procederiam objeções apontadas pela fiscalização para sustentar o caráter remuneratório dos aportes.

Ocorre que os fundamentos não são autônomos para cancelar a autuação. Na verdade, pode-se auferir que o fundamento (c) é autônomo para manter a autuação.

Quanto ao fundamento (a), verifica-se que ambos os paradigmas, ao julgar o mérito, superam a questão, e consideram prescindível arguir o ponto.

Quanto ao fundamento (b), veja-se que o acórdão recorrido trouxe a seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário: 2009

MULTA ISOLADA POR FALTA DE RETENÇÃO DE IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE. CONTRIBUIÇÕES PAGAS PELO EMPREGADOR. REMUNERAÇÃO DE EMPREGADOS E DIRIGENTES.

As contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes não compõem o rendimento bruto independentemente de que os planos a que se refiram tenham de ser disponibilizados a todos indistintamente

No primeiro paradigma (acórdão n.º 2402-006.064), a situação é em tudo similar à do presente caso, e nele restou definida a seguinte ementa quanto ao tema:

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOAS FÍSICAS. SUJEIÇÃO AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE.

Com o advento da Lei Complementar n.º 109/2001, somente no regime fechado de previdência complementar, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade de seus empregados e dirigentes.

No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá o empregador 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 sujeitam-se à incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas IRPF e ao Imposto de Renda Retido na Fonte IRRF os aportes de contribuição feitos pela contratante de pessoas físicas a planos de previdência privada complementar, não se configurado o caráter previdenciário desses planos.

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A falta de retenção/recolhimento do IRRF incidente sobre valores atribuídos a colaboradores (empregados ou não) sob o título indevido de plano de previdência complementar aberto enseja a aplicação da multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei n.º 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007.

E o voto desse paradigma demonstra que o fundamento (b) não é suficiente para cancelar a autuação. Isso porque o paradigma também afasta o fundamento (b), do mesmo modo que o recorrido. Veja-se:

Em resumo, nos termos da legislação em vigor, para que os benefícios conferidos a empregados e dirigentes não se sujeitem a incidência de tributos: i) no caso de planos de benefícios de entidades fechadas, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade de seus empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes; e ii) em se tratando de planos de benefícios de entidades abertas, **podará oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria**, desde que não seja como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação. (grifos no original, destaques meus)

Continuando na análise, destaca-se trecho relevante do voto em que deixa claro que o fundamento (c) é independente e suficiente para manter o lançamento, ao consignar: *“desde que não seja como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação”*.

Ao apreciar o fundamento (c), o acórdão paradigma analisa precisamente fatos similares ao recorrido. Primeiro, retrata claramente que os valores de “previdência” são

equivalentes ao salário (fls.19), e que os resgates dos valores de previdência são substanciais (fls.23), para, a seguir, concluir (fls. 26):

Verifica-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, visto que essa norma estabelece que o regime complementar tem por objetivo instituir planos de benefícios de caráter previdenciário.

Por todas essas razões, e tendo em vista que as verbas aqui discutidas têm nítida repercussão econômica, concedidas com características de gratificação ou prêmio, inobstante toda a legislação suscitada pelo sujeito passivo (Constituição, leis complementares, leis ordinárias, RIR e outras normas infralegais), não vejo como enquadrá-las na regra isentiva inserta no inciso VIII do art. 6º da Lei nº 7.713/1998 e nos dispositivos correlatos do regulamento do Imposto de Renda.

De outro modo, em vista do nítido caráter salarial dos valores pagos pelo sujeito passivo a título de previdência complementar privada de regime aberto a diretores estatutários, diretores técnicos e empregados investidos em cargo de assessor de sua diretoria, e a inequívoca conformação desses valores ao conceito de renda, entendo corretas as conclusões do Fisco de que tais verbas estão sujeitas à incidência do IRPF, com fundamento no art. 43 do CTN; nos arts. 37, 38 e 43 do RIR/1999, bem assim do IRRF, em razão do disposto no 624, também do RIR.

No presente processo, de forma similar, o Termo de verificação fiscal, em especial nos itens 4.5 a 4.9, e 7.2 e 7.3, retrata claramente que os valores de “previdência” são equivalentes ao salário, não tendo o contribuinte comprovado “*o caráter previdenciário/atuarial destas contribuições*”, e que os resgates dos valores de previdência são substanciais “*e em vários casos maiores que o próprio rendimento do trabalho*”.

Em razão disso, não subsiste a insuficiência recursal apontada em contrarrazões.

Ademais, resta configurada a divergência jurisprudencial em face dos acórdãos paradigmas.

Aponta a recorrente que, enquanto a decisão recorrida consignou que o plano de previdência privada oferecido pelo contribuinte se encontra em consonância com a legislação, não constituindo remuneração paga aos contemplados, um processo idêntico do mesmo contribuinte, relativo a outro ano-calendário, foi decidido em sentido diverso por outra turma, formando o acórdão paradigma nº 2402-006.064.

Como já detectado pelo despacho de admissibilidade, trata-se de “*idênticos planos de previdência privada ofertados pelo mesmo contribuinte*”. Enquanto o acórdão recorrido entendeu que “*as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de alguns de seus empregados e dirigentes não compõem o rendimento bruto*”, de outro lado, o acórdão paradigma entendeu que “*os valores pagos a título de previdência privada complementar configuram-se como uma gratificação ou prêmio*”, vez que o próprio contribuinte é quem “*seleciona tanto os valores a serem vertidos à previdência como os beneficiários do programa de previdência complementar*”.

Trata-se, de fato, de um paradigma perfeito.

O segundo acórdão paradigma, acórdão nº 9202-004345, que também tratou do mesmo plano de previdência ofertado pelo mesmo contribuinte, em que pese focar as Contribuições Sociais Previdenciárias au tuadas quanto ao mesmo período de apuração objeto

deste lançamento (2009), não deixou de confirmar o entendimento sustentado pela recorrente como fundamento principal para a autuação neste caso, consignando na própria ementa que:

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.** (grifou-se)

Nesse sentido, a maioria do colegiado admitiu a divergência também com base nesse paradigma.

Em razão de todo o exposto, considera-se demonstrada a divergência jurisprudencial na interpretação e aplicação da legislação tributária, a partir da Lei Complementar n.º 109, de 2001 c/c art. 44 da Lei n.º 9.430/96, nos termos do art. 9.º da Lei n.º 10.426, de 2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007.

Admite-se, portanto, o recurso especial da PGFN.

Mérito

No mérito, como relatado, o litígio gira em torno de auto de infração lavrado para exigência de multa isolada por falta de retenção e de recolhimento na fonte do imposto de renda incidente sobre os valores pagos a título de plano de previdência privada a altos executivos da empresa.

Consoante o Termo de Verificação Fiscal, foram analisados diversos Contratos Previdenciários, tendo a autuação se pautado naquele chamado "PGBL-EMPRESARIAL", disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria de acordo com o 5.º Termo Aditivo de 30/06/99.

Concluiu a autoridade fiscal que os valores aportados pelo contribuinte nesse contrato se afastavam da natureza de previdência complementar caracterizando-se como de natureza remuneratória, e lavrou a multa isolada pela não retenção do Imposto de Renda na fonte, com fulcro no art. 9.º da Lei n.º 10.426, de 2002, com redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007.

Cumpra, inicialmente, referir que, em outro processo, ao tratar das contribuições previdenciárias autuadas quanto ao mesmo período de apuração objeto deste lançamento (2009), a 2ª Turma da CSRF negou provimento ao recurso especial do mesmo contribuinte através do acórdão n.º 9202-004.345, julgado na sessão de 24 de agosto de 2016 e apontado como o segundo paradigma. A turma manteve a autuação previdenciária por considerar que *“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”*, como se vê da ementa:

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 n.º 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. (grifou-se)

Da mesma forma decidiu o acórdão n.º 2402-006.064, julgado em 7 de março de 2018 e apontado como primeiro paradigma, como se extrai do seguinte trecho da ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Exercício: 2005, 2006, 2007, 2008

[...]

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE GRATIFICAÇÃO OU PRÊMIO. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE A RENDA DE PESSOAS FÍSICAS. SUJEIÇÃO AO IMPOSTO DE RENDA RETIDO NA FONTE.

Com o advento da Lei Complementar n.º 109/2001, somente no regime fechado de previdência complementar, a empresa está obrigada a oferecer o benefício à totalidade de seus empregados e dirigentes. No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, poderá o empregador 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 sujeitam-se à incidência do Imposto sobre a Renda de Pessoas Físicas - IRPF e ao Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF os aportes de contribuição feitos pela contratante de pessoas físicas a planos de previdência privada complementar, **não se configurado o caráter previdenciário desses planos.**

IRRF. FALTA DE RETENÇÃO/RECOLHIMENTO. MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

A falta de retenção/recolhimento do IRRF incidente sobre valores atribuídos a colaboradores (empregados ou não) sob o título indevido de plano de previdência complementar aberto enseja a aplicação da multa prevista no inciso I do art. 44 da Lei n.º 9.430/1996, nos termos do art. 9º da Lei n.º 10.426, de 24 de abril de 2002, com a redação dada pela Lei n.º 11.488, de 2007. (grifou-se)

Como se vê, a turma ordinária da 2ª Seção entendeu ali também pela manutenção da exigência de multa pela falta de retenção e recolhimento do IRRF, a partir da análise de plano de previdência privada com características idênticas aos planos objeto do presente lançamento, tendo concluído pela natureza remuneratória dos valores pagos.

Por fim, no tocante a autuações relativas ao imposto de renda e consectários, é imperativa a referência ao acórdão n.º 2202-004.726, do mesmo contribuinte, prolatado nos autos do processo n.º 16327.720053/2015-92, cujo recurso especial foi pautado na mesma sessão de julgamento deste (item 45 da pauta), versando sobre anos-calendário subsequentes (2010 e 2011) e que teve decisão desfavorável ao contribuinte, nos termos da seguinte ementa:

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE IRRF

Ano-calendário: 2010, 2011

FALTA DE RETENÇÃO E DE RECOLHIMENTO. MULTA. OBRIGAÇÃO DA FONTE PAGADORA.

Encerrado o prazo para entrega da declaração de pessoa física, a responsabilidade pelo pagamento do respectivo imposto passa a ser do beneficiário dos rendimentos, cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9º, da Lei nº10.426/02, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, tendo ou não os rendimentos sido submetidos à tributação no ajuste.

PLANO DE PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CARACTERIZAÇÃO DE NATUREZA REMUNERATÓRIA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

Após o advento da Lei Complementar nº 109, de 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 à 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 do Imposto de Renda Retido na Fonte os aportes de contribuições a planos de previdência privada complementar se não comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.** (grifou-se)

Seguindo a mesma linha, este Colegiado adotou para o presente caso o entendimento prevalecente na 2ª Seção do CARF, no sentido de que os valores pagos a título de previdência privada no regime aberto não estão sujeitos à incidência de impostos ou contribuições, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho. Em razão disso, é cabível a aplicação, à fonte pagadora, da multa pela falta de retenção ou de recolhimento, prevista no art. 9º, da Lei nº10.426/02, com a redação dada pela Lei nº 11.488/07, tendo ou não os rendimentos sido submetidos à tributação no ajuste.

Por tratar este último voto mencionado da mesma matéria objeto do recurso especial ora analisado, merecem transcrição os fundamentos do voto que prevaleceu, da lavra do i. Conselheiro redator designado Ronnie Soares Anderson (acórdão 2202-004.726), aplicáveis ao presente caso:

No caso dos autos, o caráter remuneratório das contribuições feitas pelo autuado fica evidenciado pelas seguintes razões fáticas relacionadas no Termo de Verificação Fiscal (fls. 3 a 25):

- a) A empresa possui um Comitê de Remuneração, composto por 3 a 5 membros, escolhidos entre os integrantes do Conselho de Administração. Da leitura e interpretação do regimento do Comitê de Remuneração, verifica-se que sua linha geral de atuação é estabelecer a remuneração dos administradores com base nas metas de desempenho, tanto da empresa como individuais, estabelecidas pelo Conselho de Administração;
- b) As reuniões do Comitê de Remuneração definiam os valores a serem pagos aos administradores estatutários do Banco Bradesco 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. 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;
- c) Verificou-se que o montante destinado como remuneração dos administradores no ano calendário de 2010 foi de até R\$ 170.000.000,00, e verba de até R\$ 170.000.000,00 para custear planos de previdência complementar dos administradores do Banco. Para o ano-calendário de 2011, os referidos montantes foram alterados para até R\$ 250.000.000,00 para remuneração dos administradores e de até R\$ 250.000.000,00 destinada a custear Planos de Previdência Complementar Aberta aos administradores;
- d) Constatou-se que o Banco Bradesco S/A 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, assessores da diretoria, superintendentes executivos e, a partir de 01/06/2011, também para os gerentes regionais, de acordo com o 5º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada;

e) Para o PGBL EMPRESARIAL os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que pode recusar a proposta de inscrição do participante, e não prevê regras claras em relação às contribuições do patrocinador; os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora;

f) O Impugnante não comprovou o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência privada complementar. A empresa apresentou os aportes feitos por ela como instituidora para os elegíveis ao plano PGBL-EMPRESARIAL. 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 no mesmo montante do rendimento do trabalho, conforme quadro a seguir, a título de exemplo:

(...)

h) Verificou-se, ainda, nos sistemas da RFB, resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL-EMPRESARIAL, via de regra, em janeiro. A título exemplificativo, transcreve-se quadro com os valores resgatados da previdência complementar pelos beneficiários citados acima:

(...)

Esses fatos todos demonstram que o plano não atende ao objetivo fixado no artigo 1º da Lei Complementar 109, de 2001, para o regime de previdência privada de caráter complementar: a constituição de reservas que garantam a constituição de benefício futuro.

O fato de o valor das contribuições do autuado para este plano de previdência privada não estar claramente estabelecido no seu próprio contrato, ao contrário do que alega o Impugnante, também demonstra o caráter remuneratório de tais pagamentos, visto que a previsão contida no artigo 1º do Anexo I da Circular SUSEP nº 183, de 2002, de possibilidade de contribuição adicional de qualquer valor, a qualquer tempo, destina-se ao participante do plano de previdência privada, e não a seu Instituidor, conforme a seguinte redação:

(...).

O efeito prático da formalização do plano de previdência privada foi apenas o de permitir ao autuado, ao invés de depositar os pagamentos diretamente na conta de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e a gerentes regionais, efetuar o depósito dos valores na conta do plano de previdência privada. Tais profissionais, porém, têm direito ao resgate sem carência, inviabilizando a formação das reservas e auferindo, na prática, uma complementação salarial. Não foi objetivo do legislador conceder isenção a pagamentos dessa natureza.

Cabe ressaltar, por fim, que mesmo que tivesse sido comprovada a afirmação de que o plano de previdência privada da Bradesco Vida e Previdência S/A, que segue as regras registradas no documento reproduzido às fls. 295 a 300 (5º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada) e às fls. 341/342 (Termo Aditivo nº 05E ao convênio de adesão ao Plano I Contrato de Previdência Privada para empregados e dirigentes e empresa firmado em 20 de junho de 1985), foi autorizado pela SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), tal fato não teria o condão de tornar o lançamento das exigências contidas no presente auto de infração improcedente porque na seara tributária a Receita Federal do Brasil não se encontra vinculada a atos emitidos pela SUSEP. (...)

No caso destes autos, restou decidido por esta 1ª Turma que os aportes realizados pelo contribuinte ao plano de previdência complementar em favor de membros do Conselho da Companhia, diretores estatutários, superintendentes executivos, assessores jurídicos e gerentes regionais configuram remuneração, uma vez não comprovado o caráter previdenciário dessas contribuições.

Os planos de previdência privada, atendendo à previsão constitucional (art. 202 da CF/88), devem seguir o disposto na Lei Complementar n.º 109, de 2001, que destaca, desde o início, a relevância da constituição de reservas para garantir o benefício previdenciário e dispõe sobre as características desses planos, inclusive para fins tributários, conforme dispositivos reproduzidos abaixo:

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. (Grifou-se)

Desse contexto jurídico deve-se compreender que o incentivo de formação de reservas para a concessão de futuros benefícios com a contratação de planos de previdência privada é o que justifica a concessão de isenção tributária. Logo, para fins tributários, impõe-se concluir que somente as contribuições (pagamentos) do empregador com o objetivo de formação dessas reservas pode ser considerado isento. Em outras palavras, tais valores não estarão sujeitos à incidência da tributos ou contribuições que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, ou seja, desde que não tenham natureza remuneratória.

Essa conclusão deve alcançar inclusive os valores pagos a título de previdência privada no regime aberto (como é o caso em análise).

Veja-se que a discussão perpassa pela distinção prevista na referida LC n.º 109, de 2001, nos seguintes termos:

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.

Neste ponto, a análise bem elaborada no voto do i. conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho, no acórdão n.º 2402-006.064, apontado como primeiro paradigma, merece ser transcrita e adotada como fundamento neste voto:

Nos termos da Lei Complementar referenciada, os programas de previdência privados podem ser abertos ou fechados, de acordo com a forma com que são instituídos, cabendo aos destinatários desses planos optar pela modalidade que lhe aprouver.

Em termos de organização normativa, no Capítulo II da norma em debate, denominado “Dos Planos de Benefícios”, tem-se i) na Seção II os “Planos de Benefícios de Entidades Fechadas”; e ii) na Seção III, os “Planos de Benefícios de Entidades Abertas”.

Para os planos fechados, por virtude do disposto no art. 16 da LC, é exigido, obrigatoriamente, que o benefício seja oferecido à totalidade dos empregados, exigência que inexistente em relação aos planos abertos.

Desse modo, um plano de benefícios de entidade fechada quando não extensível a todos os empregados do patrocinador não pode ser assim considerado, de tal modo que a inobservância do requisito legal impõe a exigência dos tributos devidos sobre a remuneração de seus beneficiários, uma vez que desprovido de condição 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.

Para o regime aberto, conforme já se adiantou, a lei complementar (art. 26, § 3º) faculta que, direta ou indiretamente através de entidade instituída para tal fim, a empresa contrate plano de previdência complementar para grupos específicos de categorias de empregados. Nesse caso não incidem contribuições previdenciárias ainda que o benefício não seja oferecido à totalidade dos empregados.

Portanto, considerando os dispositivos da Lei Complementar n.º 109/2001 em seu conjunto, constata-se que, no caso dos planos de benefícios de entidades abertas, mesmo não sendo necessário estendê-los à totalidade dos empregados e dirigentes de determinada empresa, os grupos selecionados devem ser de categorias específicas, sem discriminações em relação a seus integrantes. A escolha recai sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao

trabalho, mas em razão de características e necessidades intrínsecas dos destinatários dos planos.

Em resumo, nos termos da legislação em vigor, para que os benefícios conferidos a empregados e dirigentes não se sujeitem a incidência de tributos: i) no caso de planos de benefícios de entidades fechadas, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade de seus empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes; e ii) em se tratando de planos de benefícios de entidades abertas, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não seja como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação. (grifos no original)

Assim, considera-se que, em se tratando de plano de previdência privado aberto, é desnecessária a extensão do benefício a todos os empregados, gerentes, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes do patrocinador, consoante previsto no art. 16 da LC nº 109, de 2001. Todavia, nesses casos (previdência aberta), com mais rigor cumpre verificar a possibilidade de caracterização de remuneração complementar ao salário, a título de disfarçada gratificação ou prêmio.

No caso concreto, a verificação realizada pela autoridade fiscal apontou nesse sentido.

No acórdão recorrido, como destacado pela recorrente, “*além de entender pela desnecessidade de oferecer o mesmo plano de previdência complementar a todos os empregados, por se tratar de plano aberto de previdência, a Turma posicionou-se no sentido de ser desnecessária a existência de regra clara sobre o montante do aporte a ser feito pelo empregador. Ademais, entendeu que o fato do resgate dos valores pagos pelo empregador poder ser feito a qualquer tempo, mesmo que sem qualquer finalidade previdenciária, não inviabilizaria o gozo do benefício fiscal*”.

Neste momento, contraditando o acórdão recorrido, cumpre ainda destacar a regra do art. 10 da LC nº 109, de 2001, inserida na Seção I do Capítulo II, que trata das disposições comuns aos planos de previdência privada (aberta e fechada), que determina:

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.

[...]

Tal regra estipula que tanto os requisitos de elegibilidade, bem assim a forma de cálculo dos aportes pela instituidora devem estar claramente definidos no regulamento do plano, o que não se verifica no caso concreto.

Consoante descrito no Termo de Verificação Fiscal, abaixo, e atestado pelos elementos de prova constantes dos autos, os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela instituidora, de forma casuística e subjetiva (11.2 do 5º Termo Aditivo, de 30/07/1999, anexado aos autos) e a situação fática verificada a partir da auditoria fiscal corrobora todo o entendimento aqui defendido:

3.4 - Para o PGBL — EMPRESARIAL:

- Disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria;
- Para o PGBL - EMPRESARIAL (citado no item 3.1), os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, sendo, portanto, de sua total responsabilidade (vide item 11. 2 do 5º Termo Aditivo);
- Em relação à elegibilidade no contrato do PGBL — EMPRESARIAL, a Instituidora pode recusar a proposta de inscrição do participante (vide item 2.2 do 5º Termo Aditivo);
- Não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora;
- Os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, ou seja, não haveria mais obrigações contratuais para a Instituidora.

.....

4.6 - A empresa apresentou os aportes feitos -por ela como instituidora de maneira individual para os elegíveis ao plano PGBL — EMPRESARIAL. Planilhas com os valores seguem em anexo. ,Da análise do material apresentado pelo contribuinte, e a constatação da ordem de grandeza dos aportes, esta fiscalização entendeu relevante fazer uma comparação entre os valores aportados na previdência complementar supramencionados e os valores recebidos pelos mesmos beneficiários como rendimento do trabalho informados na DIRF (declaração de imposto retido na fonte) do Banco Bradesco nos mesmos períodos. Das verificações efetivadas por, esta fiscalização verificou-se que os valores aportados na previdência complementar são substanciais e em vários casos maiores que o próprio rendimento do trabalho. Segue, a título exemplificativo, quadro comparativo entre os aportes feitos pelo contribuinte na previdência complementar e os valores recebidos como rendimento do trabalho de alguns diretores estatutários de alguns anos:

[...]

- P.C.: total dos aportes efetuados pelo Banco Bradesco S/A na previdência complementar no ano calendário.
- DIRF 0561: total dos rendimentos do trabalho auferidos no Banco Bradesco S/A no ano calendário.

4.7 - Segue quadro em que foi feita a relação entre os aportes anuais na previdência complementar e a remuneração total do trabalho apresentadas no quadro acima, ficando evidente a relevância dos aportes:

Nome	2 009	P.C./DIRF 0561
xxxxxx		100%
yyyyy		100%
zzzzz		104,5%

4.8 - Para fortalecer o conjunto probatório, esta fiscalização intimou o contribuinte a demonstrar quais das pessoas elegíveis ao plano PGBL —EMPRESARIAL estariam recebendo qualquer benefício previsto no plano e a data de início deste direito.

4.9 - O contribuinte respondeu e constatou-se que vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da

empresa nas suas contas (lista em-h nomes e as respectivas datas de início de percepção de benefício fornecida pelo contribuinte em anexo). Portanto, se o contribuinte continua a aportar valores substanciais nas contas de dirigentes e empregados já em gozo de benefício, e segundo o regulamento do plano, os participantes nesta situação deveriam relacionar-se diretamente com a Bradesco Vida e Previdência (como mencionado no item 32 e como tratado no regulamento do referido plano que segue em anexo), conclui-se que os aportes devem ter outra finalidade que não a previdenciária. A partir dessa constatação, esta fiscalização verificou nos 'sistemas internos da Secretaria da Receita Federal da Brasil resgates de previdência privada em valores substanciais realizados pelos participantes do PGBL EMPRESARIAL, via de regra, em janeiro (documentos 'em anexo) e com coincidência dos valores resgatados entre os participantes. Segue, a título exemplificativo, quadro com os valores resgatados da previdência complementar pelos diretores estatutários mencionados nos itens 39 e 40 deste Termo de Verificação Fiscal:

Nome.	Resgate janeiro de 2009	Resgate janeiro de 2010
xxxxx	6.258.752,01	5.596.200,56
yyyyy	6.258.752,03	5.596.200,56
zzzzz	6.258.752,02	5.596.200,56

O fato de os resgates terem sido efetuados pelos participantes em valores relevantes e alcançando a parcela referente aos aportes do patrocinador (ora contribuinte), a qual é mantida inclusive nas contas de dirigentes e empregados já em gozo de benefício, também corrobora a conclusão pela natureza remuneratória dos valores depositados nas respectivas contas no plano de previdência privada, vez que com isso está descaracterizada a intenção de formação de reserva com fins previdenciários.

Assim, restando caracterizada a natureza remuneratória dos aportes ao plano de previdência PGBL Empresarial, cabe a incidência do imposto de renda na fonte, por tratar-se de pagamento de rendimentos que foram integrados ao patrimônio dos beneficiários.

Diante disso, é devida a multa isolada pela não retenção do Imposto de Renda na fonte, com fulcro no art. 9º da Lei nº 10.426, de 2002, com redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007, que prevê:

Art. 9º Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, duplicada na forma de seu § 1º, quando for o caso, a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

Impõe-se, pois, a reforma do acórdão recorrido e a manutenção da autuação fiscal.

Conclusão

Em razão de todo o exposto, voto por conhecer e dar provimento ao recurso especial da PGFN.

(documento assinado digitalmente)

Viviane Vidal Wagner