



Ministério da Economia
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS



Processo nº 16327.721426/2012-08
Recurso nº Especial do Procurador e do Contribuinte
Acórdão nº 9202-008.088 – CSRF / 2ª Turma
Sessão de 20 de agosto de 2019
Recorrentes FAZENDA NACIONAL E
BANCO BRADESCO BBI S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO.

Atendidos os pressupostos regimentais, mormente no que tange à demonstração da divergência jurisprudencial suscitada, o Recurso Especial deve ser conhecido e apreciadas as razões nele contidas.

PLR. COMISSÕES PARITÁRIAS. NÃO PARTICIPAÇÃO DE REPRESENTANTE DO SINDICATO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

A ausência de membro do sindicato representativo da categoria nas comissões constituídas para negociar o pagamento de PLR implica descumprimento da lei que regulamenta o benefício e impõe a incidência de contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a esse título.

PLR. AUSÊNCIA DE FIXAÇÃO PRÉVIA DE CRITÉRIOS PARA RECEBIMENTO DO BENEFÍCIO. DESCONFORMIDADE COM A LEI REGULAMENTADORA. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO.

A não estipulação, entre patrões e empregados, de regras e objetivos previamente ao início do período aquisitivo do direito ao recebimento da participação nos lucros ou resultados caracteriza inobservância à lei de regência, disso decorrendo a incidência de contribuições sociais sobre tal verba.

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. REMUNERAÇÃO CARACTERIZADA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, a empresa pode eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que o benefício não se caracterize como incentivo ao trabalho, gratificação ou prêmio, situação em que os respectivos valores integram a remuneração e sujeitam-se à incidência de contribuição previdenciária.

JUROS DE MORA SOBRE MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício. Súmula Vinculante CARF nº 108.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, por maioria de votos, em negar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Luciana Matos Pereira Barbosa (suplente convocada) e Ana Paula Fernandes, que lhe deram provimento parcial para excluir da tributação a Previdência Complementar, mantendo a exigência dos juros sobre a multa. Manifestou intenção de apresentar declaração de voto a conselheira Ana Paula Fernandes. Acordam, ainda, por voto de qualidade, em conhecer integralmente do Recurso Especial da Fazenda Nacional, vencidas as conselheiras Luciana Matos Pereira Barbosa (suplente convocada), Ana Paula Fernandes, Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, que conheceram parcialmente do recurso, apenas em relação à PLR/pacto prévio. No mérito, por maioria de votos, acordam em dar-lhe provimento, vencidas as conselheiras Luciana Matos Pereira Barbosa (suplente convocada) e Ana Paula Fernandes, que lhe negaram provimento. Votaram pelas conclusões as conselheiras Ana Cecília Lustosa da Cruz e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Manifestou interesse de apresentar declaração de voto a Conselheira Ana Paula Fernandes. Entretanto, findo o prazo regimental, a Conselheira não apresentou a declaração de voto, que deve ser tida como não formulada, nos termos do § 7º, do art. 63, do Anexo II, da Portaria MF nº 343/2015 (RICARF).

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Mário Pereira de Pinho Filho, Luciana Matos Pereira Barbosa (suplente convocada), Pedro Paulo Pereira Barbosa, Ana Paula Fernandes, Maurício Nogueira Righetti, Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício). Ausente a conselheira Patrícia da Silva, substituída pela conselheira Luciana Matos Pereira Barbosa.

Relatório

Trata-se de Autos de Infração de contribuições sociais, conforme discriminado a seguir:

- Debcad n.º 51.020.568-2: correspondente a contribuições previdenciárias, parte da empresa (base de cálculo 22,5% do salário de contribuição), inclusive para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência da incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT) (base de cálculo incidente sobre o salário-de -contribuição: 3%);
- Debcad n.º 51.020.569-0: relativo a contribuições destinadas a Outras Entidades ou Fundos – Terceiros, parcelas devidas ao Salário Educação (base de cálculo 2,5% do salário de contribuição) e ao Incra (0,2%).

Em sessão plenária de 14/05/2014, foi julgado o Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão n.º 2402-004.109 (fls. 450/492), assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS Período de apuração: 01/02/2009 a 31/12/2009 PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS (PLR).

Uma vez comprovado que os segurados tinham prévio conhecimento das metas e demais requisitos para o benefício, ainda que a assinatura do acordo seja posterior ao exercício de apuração, entende-se cumprida e superada a exigência legal.

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

Após 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.

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

CONTRIBUIÇÃO DA EMPRESA. INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS.

ACRÉSCIMO DE ALÍQUOTA 2,5%.

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

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO.

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

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

CONTRIBUIÇÃO PARA TERCEIROS. ARRECADAÇÃO.

A arrecadação das contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais deve seguir os mesmos critérios estabelecidos para as contribuições Previdenciárias (art. 3º, § 3º da Lei 11.457/2007).

JUROS/SELIC. MULTA. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE.

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

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

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

O lançamento reportase à data de ocorrência do fato gerador e regese pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE LEGAL.

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

Recurso Voluntário Provido em Parte.

O resultado do julgamento foi registrado nos seguintes termos:

Acordam os membros do colegiado, em dar provimento parcial para: a) por maioria de votos, excluir do lançamento da parte relativa ao PLR, vencidos o relator e o conselheiro Igor Araújo Soares; b) por maioria de votos, em manter a incidência de juros SELIC sobre a totalidade do crédito consolidado à época da cobrança, vencido o conselheiro Igor Araújo Soares; e c) por voto de qualidade, em manter os valores relativos à previdência complementar, vencidos os conselheiros Lourenço Ferreira do Prado, Thiago Taborda Simões e Igor Araújo Soares. Apresentará o voto vencedor o conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes. Ausência momentânea: Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Recurso Especial da Fazenda Nacional

O processo foi encaminhado à Fazenda Nacional em 20/06/2014, sendo que em 04/08/2014 (fl. 515) foi interposto o Recurso Especial de fls. 494/514, visando rediscutir a incidência de contribuições sociais sobre valores pagos a título de Participação nos Lucros ou Resultados em virtude de a) ausência de participação do sindicato da categoria no processo de negociação do benefício; b) necessidade de celebração de acordo antes do período de apuração da PLR; e c) ausência de regras claras e objetivas.

Para os temas em questão foram apresentadas, à guisa de paradigmas, os acórdãos cujas ementas, na parte que interessa ao presente exame, transcreve-se a seguir:

Ausência de Participação do Sindicato da Categoria

Acórdão nº 2302-002.504

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 08/07/2010

[...]

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. AUSÊNCIA DO SINDICATO NA NEGOCIAÇÃO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

Integra o conceito legal de Salário de Contribuição a parcela auferida pelos segurados empregados a título de participação nos lucros ou resultados da empresa, cuja negociação entre empresa e empregados não contou com a participação de representante do sindicato da categoria.

[...]

Acórdão nº 2302-002.501

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/01/2007

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS. AUSÊNCIA DO SINDICATO NA NEGOCIAÇÃO. SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO.

Integra o conceito legal de Salário de Contribuição a parcela auferida pelos segurados empregados a título de participação nos lucros ou resultados da empresa, cuja negociação entre empresa e empregados não contou com a participação de representante do sindicato da categoria.

Recurso Voluntário Negado.

Acordo Prévio ao Pagamento da Verba

Acórdão nº 2401-00.545

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/12/2003

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS -PARCELA INTEGRANTE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS DA LEI 10.101/2000.

Uma vez estando no campo de incidência das contribuições previdenciárias, para não haver incidência é mister previsão legal nesse sentido, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da isonomia. O pagamento de participação nos lucros e resultados em desacordo com os dispositivos legais da lei 10.101/00, quais sejam, existência de acordo prévio ao exercício, bem como a existência de regras previamente ajustadas, enseja a incidência de contribuições previdenciárias, posto a não aplicação da regra do art. 28, §9º, “j” da Lei 8.212/91.

[...]

Acórdão nº 2401-02.251

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2005 a 31/12/2006

PREVIDENCIÁRIO CUSTEIO AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO PRINCIPAL CONTRIBUIÇÃO DESTINADA A TERCEIROS SALÁRIOS INDIRETOS DESCUMPRIMENTO DO ART. 28, § 9º DA LEI 8212/91.

[...]

SALÁRIO INDIRETO PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS PERIODICIDADE PARCELA INTEGRANTE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO INCIDÊNCIA

DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS AUSÊNCIA DE ACORDO PRÉVIO QUE POSSIBILITE OS EMPREGADOS CONHECIMENTO DOS RESULTADOS.

O pagamento de PLR com base de dois acordos concomitantemente, encontra-se em desacordo com os preceitos da lei 10.101/2000, devendo incidir contribuição previdenciária, sobre a totalidade dos pagamentos realizados.

Não há que se falar em regular negociação coletiva, quando o acordo é firmado, no final do exercício, ou mesmo após o término deste.

[...]

Regras Claras e Objetivas

Acórdão nº 2401-00.545

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1997 a 31/12/2003

PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO - PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS - PARCELA INTEGRANTE DO SALÁRIO-DE-CONTRIBUIÇÃO - INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - DESCUMPRIMENTO DAS REGRAS DA LEI 10.101/2000. Uma vez estando no campo de incidência das contribuições previdenciárias, para não haver incidência é mister previsão legal nesse sentido, sob pena de afronta aos princípios da legalidade e da isonomia. O pagamento de participação nos lucros e resultados em desacordo com os dispositivos legais da lei 10.101/00, quais sejam, existência de acordo prévio ao exercício, bem como a existência de regras previamente ajustadas, enseja a incidência de contribuições previdenciárias, posto a não aplicação da regra do art. 28, §9º, “j” da Lei 8.212/91.

[...]

A Fazenda Nacional apresenta, em síntese, as seguintes alegações:

- a Constituição Federal dá os contornos da base de cálculo das contribuições previdenciárias em seu art. 201, § 11º;
- em perfeita consonância com essa diretriz, a Lei nº 8.212/1991, que instituiu o Plano de Custeio da Previdência Social, encerra a definição legal do que vem ser salário-de-contribuição (base de incidência das contribuições previdenciárias);
- o salário é elemento remuneratório do trabalho, e se a Constituição ou a Lei Básica de Previdência Social não excluírem o pagamento de determinada parcela remuneratória, que se originou em decorrência única e exclusiva do vínculo laboral entre empregado e empregador, esta não deve ser extirpada da base de cálculo da contribuição;
- de acordo com inciso XI do art. 7º da CF/1988, “ São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”;
- Consoante reconheceu o STF, esse artigo consubstancia uma regra de eficácia limitada, carecendo de lei para sua total aplicação, de modo que até a sua edição era devida a contribuição previdenciária sobre a total remuneração paga

aos empregados, mesmo que denominada participação nos lucros e resultados (RE n.º 393.764-Agr);

- a edição da Medida Provisória n.º 794/94, por sua vez, traçou os contornos jurídicos do direito social ora em debate, vindo a sofrer, ao longo do tempo, em suas reedições e renumerações, uma série de modificações legislativas, até a sua definitiva conversão na Lei n.º 10.101/2000;
- a lei regulamentadora exige a participação efetiva da entidade, por meio de um representante indicado pela categoria dos empregados, na negociação;
- as formalidades acima mencionadas não se configuram faculdades na negociação, mas, sim, normas cogentes, por imposição legal para validade do benefício do instituto da participação nos lucros e resultados;
- no caso dos autos, não restou demonstrada a participação efetiva da categoria profissional respectiva no Plano Próprio realizado;
- o conjunto probatório é robusto, assertivo e claro no sentido que inexistiu tal negociação por parte do Sindicato em comento para justificar o pagamento a título de participação em lucros e resultados;
- ante a ausência de demonstração da participação efetiva do sindicato específico representante da categoria, o contribuinte não pode se valer do benefício legal do programa de participação nos lucros e resultados pelos empregados;
- consoante exposto acima, no tocante à evolução legislativa do instituto, somente as verbas pagas a título de participação nos lucros e resultados, nos termos da Lei n.º 10.101/00, estão imunes à tributação;
- contudo, conforme largamente demonstrado no relatório fiscal, não é o caso dos autos, pois aqui, o pagamento a título de PLR se deu em desconformidade com a legislação de regência, razão pela qual não merece o presente lançamento qualquer alteração;
- no caso em análise, não houve celebração de acordo prévio ao exercício, atitude que impede os funcionários de terem conhecimento prévio a respeito de quanto a sua dedicação irá refletir em termos de participação;
- restou desatendido, portanto, também o requisito da pactuação prévia de regras claras e objetivas;
- segundo uma interpretação teleológica da legislação, pode-se inferir que a finalidade da norma para fazer valer a regra jurídica imunizadora é que o trabalhador seja conhecedor dos critérios e condições a serem cumpridos e observados para receber a participação merecida e pré-acordada, estipulado em acordo ou convenção coletiva, sob pena de o pagamento ocorrer de forma incondicionada, o que o faz fugir do manto de incidência da norma jurídica imunizadora prevista no art. 7, inciso XI da CF/88 e regulamentada pela Lei 10.101/2000;
- logo, o pagamento de participação nos lucros e resultados em desacordo com os dispositivos legais da Lei 10.101/00 enseja a incidência de contribuições previdenciárias, posto a não aplicação da regra do art. 28, § 9º, “j” da Lei 8.212/91

- a *mens legis* presente na legislação da Participação dos Lucros e Resultados, exige a existência de regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, nos termos do art. 2º da Lei 10.101/2000, descritas em convenção ou acordo coletivo;
- cumpre voltar a atenção para os dados constantes dos autos, a fim de se perquirir se o contribuinte em apreço atendeu a todas as exigências legais, podendo exercer o direito de excluir do salário de contribuição a verba que denomina como “participação nos lucros”;
- referido plano não continha regras claras e objetivas quantos aos mecanismos de aferição do cumprimento do acordado, conforme se pode observar da leitura do Plano Próprio juntado aos autos. Transcreve cláusula do Plano Próprio mantido pela empresa;
- os pagamentos não obedeceram a nenhuma lógica ou regra passível de verificação adequada;
- os conceitos de “evolução global positiva” e “indicadores objetivos”, contidos no instrumento que disciplina o Plano Próprio, não são de conhecimento dos empregados e sequer foram esclarecidos à fiscalização. Por outro lado, as mencionadas Planilhas de Avaliação são restritas à empresa e não foram apresentadas para a devida análise;
- portanto, restaram ausentes os mecanismos de aferição do acordado, fato que torna obscura a regra de avaliação de pagamentos e demonstra forte conotação subjetiva na determinação do quantum a ser repassado aos empregados.

Ao Recurso Especial da Fazenda Nacional foi dado seguimento de acordo com o Despacho nº 2400-927/2014, datado de 27/11/2014 (fls. 517/521), mas somente com relação aos temas “**Ausência de Participação do Sindicato da Categoria**” e “**Acordo Prévio**”.

Os autos foram, então, à unidade da Receita Federal do Brasil de origem para ciência que a Contribuinte do Acórdão de Recurso Voluntário, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e dos despachos que lhe deram parcial seguimento, o que se deu em 28/07/2017 (fl. 564), tendo sido, então, apresentados, em 14/08/2017, as Contrarrazões de fls. 733/752 com os argumentos que a seguir se resume:

Conhecimento

- muito embora a Fazenda tenha indicado duas decisões a título de paradigmas, ambas tratam da mesma situação fática, pertinentes a recursos voluntários interpostos por SLTNTECH S.A. julgados simultaneamente pela mesma Turma, diferindo apenas os períodos de apuração;
- não há a divergência sustentada pela Fazenda, pois enquanto nos acórdãos indicados como paradigmas não houve participação alguma do sindicato de empregos, no caso concreto a existência de Convenção Coletiva de Trabalho na qual evidentemente atuou o sindicato de empregados e de cláusula no plano próprio do Recorrido assegurando como pagamento o valor devido com base na CCT supre a não participação do referido sindicato no plano próprio do Recorrido;
- a alegada não participação de membro do sindicato na celebração do “INSTRUMENTO DE ACORDO SOBRE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS QUE FAZEM O BANCO BRADESCO BBI E OS SEUS

EMPREGADOS” relativo aos períodos autuados (2007 a 2009), que de acordo com a fiscalização ensejaria a incidência da contribuição previdenciária, no caso concreto é, na verdade, absolutamente irrelevante dada a necessária e evidente participação do sindicato na “Convenção Coletiva de Trabalho sobre Participação dos Empregados nos Lucros ou Resultados dos Bancos” que se aplica subsidiariamente ao Recorrido. Reproduz cláusula da Convenção Coletiva;

- os empregados do Recorrido sempre e necessariamente receberão, no mínimo, PLR calculada nos termos das Convenções Coletivas celebradas entre as entidades sindicais representantes das categorias econômicas e profissionais dos bancários, isto é, apenas na hipótese em que a PLR apurada nos termos da Cláusula Primeira do Instrumento de Acordo celebrado entre o Recorrido e seus empregados fosse inferior à PLR apurada na forma da Convenção Coletiva, situação que não ocorreu ao longo do período autuado, o que significa que os empregados do Recorrido sempre receberam no referido período, a título de PLR, mais do que o previsto pela Convenção Coletiva;

- considerando-se que no âmbito do PLR *“a participação do sindicato é exigida pela lei baseada no princípio da hipossuficiência do empregado”*, como bem reconhece o próprio Termo de Verificação Fiscal, é evidente que se o sindicato dos empregados concordou com as condições previstas para o pagamento de PLR estabelecidas na Convenção Coletiva, que são condições mínimas para os empregados do Recorrente em razão da Cláusula Segunda dos Instrumentos de Acordo, a eventual não participação de membro do sindicato nos referidos Instrumentos de Acordo não traz qualquer prejuízo para os empregados do Recorrente, pois se o sindicato já concordou com o “menos” (Convenção Coletiva), necessariamente haveria de concordar com o “mais” (Instrumentos de Acordo);

- não constando-se dos acórdãos apontados pela Fazenda como paradigmas a existência de Convenção Coletiva de Trabalho e de cláusula do plano próprio da empresa semelhante à existente no plano do Recorrido, resta demonstrada a ausência de similitude fática que impede o conhecimento do Recurso Especial interposto pela Fazenda;

- a respeito da questão do momento em que o acordo de PLR deve ser assinado, muito embora tanto nos acórdãos apontados como paradigmas como no caso concreto os acordos não tenham sido assinados antes do início dos anos aos quais se referiam, diferentemente do caso em exame nas situações analisadas nos acórdãos indicados pela Fazenda os empregados não tinham o prévio conhecimento das metas a serem cumpridas;

- o acórdão recorrido reconheceu com base nas provas constantes dos autos que “os empregados conheciam as metas, independentemente da data de assinatura do acordo”, e que a existência do acordo nos anos anteriores criava nos empregados a expectativa de que as metas neles estabelecidas seriam em sua essência reproduzidas nos acordos posteriores;

- sendo o prévio conhecimento das metas matéria de fato, não pode a decisão *a quo* ser reanalisada ou revista pela instância especial;

- tendo sido nos acórdãos indicados como paradigmas o desconhecimento prévio das metas fator relevante para que se concluísse pela irregularidade da

falta de assinatura prévia e no acórdão recorrido o prévio conhecimento das metas importante para que se concluísse pela legalidade da assinatura dos acordos já dentro do exercício aos quais se referiam, resta demonstrada a inexistência de similitude fática que justifique o conhecimento do Recurso Especial da Fazenda;

Mérito

- a alegada não participação de membro do sindicato na celebração do “INSTRUMENTO DE ACORDO SOBRE PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS OU RESULTADOS QUE FAZEM O BANCO BRADESCO BBI E OS SEUS EMPREGADOS” relativo aos períodos autuados (2007 a 2009), que de acordo com o sustentado pela Fazenda Nacional ensejaria a incidência da contribuição previdenciária, no caso concreto é, na verdade, absolutamente irrelevante dada a necessária e evidente participação do sindicato na “Convenção Coletiva de Trabalho sobre Participação dos Empregados nos Lucros ou Resultados dos Bancos” que se aplica subsidiariamente ao Recorrido. Transcreve a mesma Cláusula reproduzida na parte das contrarrazões destinada ao conhecimento e repete argumentos ali inseridos;
- não é razoável sustentar que a eventual não participação de membro do sindicato na negociação dos Instrumentos de Acordo obsta a dedutibilidade do PLR pago, sobretudo quando se considera que o sindicato participou da Convenção Coletiva aplicável ao Recorrido;
- ao contrário do que sustenta a fiscalização, o art. 2º da Lei 10.101/00 não estabeleceu, em momento algum (e aliás nem poderia), que o descumprimento de qualquer formalidade por ela estabelecida em relação ao pagamento de PLR equipararia esta a remuneração e, portanto, legitimaria a tributação dos valores pagos em prejuízo da imunidade estabelecida pelo artigo 7º, inciso XI da Constituição Federal;
- tudo o que o referido dispositivo legal estabeleceu foram as formas possíveis de negociação entre empresa e empregados acerca do pagamento de PLR (comissão escolhida pelas partes – inciso I – ou convenção ou acordo coletivo – inciso II) de modo que não há qualquer fundamento nas acusações fiscais lançadas com base no art. 28, § 9º, “j” da Lei 8.212/91 simplesmente porque a lei específica a qual este dispositivo se refere não contém qualquer preceito que pudesse configurar *in casu* a ocorrência do fato gerador das contribuições previdenciárias autuadas;
- os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça já decidiram que, desde que cumpridas as demais exigências legais que caracterizem os pagamentos efetuados pelas empresas como participação nos lucros e resultados, eventual desrespeito quanto a integração do sindicato nos termos de acordo firmados terá o condão exclusivamente de afetar os interesses dos trabalhadores que poderiam eventualmente ser prejudicados pela falta de assistência sindical, não interferindo na natureza dos pagamentos mas apenas na forma de participação e no montante a ser distribuído, o que é de todo irrelevante para a tributação sobre a folha de salários. Transcreve trecho de decisão do STJ;
- em momento algum a não participação do sindicato na negociação de PLR teria o condão de alterar a inalterável natureza da verba de caráter não

remuneratório (conforme estabelecido pelo artigo 7º, XI da CF/88) para remuneratório;

- na hipótese, mostra-se de todo desnecessária a participação de qualquer representante de sindicato da categoria profissional do Recorrido porque a instituição PLR não versa sobre direitos coletivos, a ensejar a intervenção sindical, mas apenas sobre direitos individuais plúrimos isoladamente considerados em relação a contribuição de cada um dos empregados nos lucros ou resultados obtidos pelas empresas. Cita jurisprudência;

- não há dúvidas de que o Recorrido agiu fundado na Constituição, na Lei e nos Acordos firmados, merecendo reforma a decisão recorrida na parte em que pretende caracterizar os pagamentos de PLR como remuneração, não procedendo, com a máxima vênia, a alegação da Recorrente;

- quanto à questão do momento da assinatura dos acordos, para o pagamento de PLR, o Recorrido passou a adotar políticas devidamente aprovadas pela sua presidência e respectivos membros da diretoria e conselho;

- fixadas tais políticas, considerando que a participação de cada funcionário nos lucros e resultados auferidos depende do desempenho pessoal de suas funções, para medir e avaliar este desempenho o Recorrido adotou o que denominou “Ficha de Avaliação de Performance”, preenchida para cada empregado com a descrição de suas metas e objetivos profissionais para o ano calendário com a indicação do meio pelo qual tais metas seriam atingidas e como seriam avaliadas;

- como se verifica das mencionadas “Fichas de Avaliação de Performance”, anexadas por amostragem à impugnação apresentada, as metas individuais para o direito à participação nos lucros e resultados foram sempre estabelecidas antes da data do pagamento do PLR, de modo que, quando recebidos os respectivos valores, todos os funcionários já tinham suas metas e objetivos previamente acordados e avaliados pelos seus gestores;

- seria de se estranhar que uma organização pagasse PLR a seus funcionários sem que o desempenho individual de cada um fosse previamente estabelecido, sob pena de se contrariar a própria essência do pagamento, ou seja, a participação de cada funcionário nos lucros e resultados na medida da contribuição individual de cada um;

- a prévia existência de uma política interna sobre o pagamento de PLR, bem como de metas individualmente estabelecidas e medidas para cada funcionário em momento anterior ao seu pagamento é fato que por si já afasta a conclusão da fiscalização no sentido de que os programas de metas vinculados aos acordos coletivos para pagamento de PLR não teriam sido pactuados previamente;

- a data de assinatura dos “Termos de Acordo sobre Participação dos Empregados nos Lucros ou Resultados” em nada interfere em tal situação, não autorizando a fiscalização a descaracterizar os pagamentos de PLR sob a justificativa de ausência de metas previamente pactuadas uma vez que em tais instrumentos são apenas consolidadas as condições gerais já previamente conhecidas tanto pela empresa como pelos empregados para o pagamento da verba, tudo em conformidade com as políticas globais já previamente

divulgadas, e tanto assim é que a mera leitura dos Instrumentos de Acordo relativos aos anos 2007, 2008 e 2009 revela que eles são substancialmente idênticos;

- a data de assinatura de tais Termos decorre da política adotada pelo Recorrente de aguardar a consolidação da Convenção Coletiva do setor bancário para somente então formalizar seus acordos com a intenção de evitarem eventuais dissonâncias com os acordos da categoria;

- esta circunstância, no entanto, em nada descaracteriza os pagamentos efetuados a título de PLR pelo Recorrido uma vez que, como demonstrado, antes de serem realizados cada funcionário já tinha as suas metas, objetivos e medições previamente estabelecidos em consonância com as políticas globais estabelecidas pela empresa;

- tendo o acórdão recorrido reconhecido expressamente que “os empregados conheciam as metas, independentemente da data de assinatura do acordo”, e que a existência do acordo nos anos anteriores criava nos empregados a expectativa de que as metas neles estabelecidas seriam em sua essência reproduzidas nos acordos posteriores, matérias de fato que não podem ser reanalisadas ou revistas pela instância especial, resta demonstrada a incorreção da afirmação da Recorrente no sentido de que a ausência de acordo prévio ao exercício no caso “impede os funcionários de terem conhecimento prévio a respeito de quanto a sua dedicação irá refletir em termos de participação”.

Recurso Especial da Contribuinte

Também em 14/08/2017, o Sujeito Passivo apresentou Recurso Especial no intuito de discutir as matérias a) Previdência Complementar – aportes suplementares; e b) Juros moratórios sobre o valor da multa de ofício.

As alegações são as seguintes:

Inaplicabilidade da condição constante da parte final da alínea “p” do § 9º do artigo 28 da lei nº 8.212/91 aos planos mantidos junto a entidade aberta de previdência privada em razão do disposto na lei complementar nº 109/2001:

- o acórdão recorrido, ao analisar Plano de Previdência Coletiva Aberto mantido pelo Grupo Bradesco, entendeu que os aportes nele efetuados teriam natureza remuneratória, constando da ementa e do voto da Relatora original, que muito embora tenha sido voto vencido, demonstra a absoluta identidade entre os planos em questão e a consequente similitude fática ensejadora do recurso especial;

- a condição constante da parte final da alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 (de que o plano de previdência complementar seja disponibilizado à “totalidade dos empregados e dirigentes”) não se aplica ao caso concreto. Cita jurisprudência administrativa;

- no caso concreto deve ser afastada a incidência da contribuição previdenciária pois, tratando-se de plano de previdência privada de regime aberto, a própria acusação fiscal reconhece que tal plano é oferecido a categorias específicas de funcionários do Recorrente, no caso, ao Presidente do Conselho, aos Conselheiros, aos Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e aos investidos em cargos de assessor da Diretoria;

- a Lei Complementar nº 109/2001, no § 3º do art. 26 prevê expressamente, quanto aos planos de previdência privada aberta (como no caso concreto), a possibilidade de que sejam instituídos em benefício de “uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador”, sendo a determinação do art. 16, de que os planos devem ser “obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores ou associados dos instituidores”, restrita aos planos de benefícios de entidades fechadas;
- faz referência a decisão do STJ em que, segundo infere, é expressamente confirmada a interpretação do 1º do art. 69 da Lei Complementar nº 109/2001 como norma excludente de qualquer tributação sobre aportes vertidos à previdência complementar;

Plano de previdência privada mantido pelo recorrente plano único com benefícios diferenciados para diretores estatutários e superintendentes executivos:

- mantém atualmente aberto apenas um plano, extensivo a todos os funcionários e dirigentes, denominado Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II – do tipo Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável, com previsão de benefícios diferenciados para os diretores estatutários e superintendentes executivos conforme 6º Termo Aditivo – Plano de Benefícios Suplementares, devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/01-23;
- são os seguintes os instrumentos contratuais básicos que versam sobre o Plano de Previdência Privada das empresas do Grupo Bradesco:
 - a) Convênio de Adesão ao Plano I – de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresa firmado pela Organização Bradesco em 20/06/1985 (fls. 59/70) do tipo benefício definido, disponível a todos os empregados e diretores, fechado a novos participantes em 30/04/1999 aplicável atualmente apenas aos que a ele haviam aderido no passado (Plano I);
 - b) Contrato Previdenciário de 20/05/1999 (fls. 71/85), informando que em razão do fechamento do Contrato acima, decidiu-se em 1º de maio de 1999 implementar o Plano de Previdência Privada na Modalidade Contribuição Definida – FGB e de Benefício Definido – PBD para todos os empregados e dirigentes da empresa, também fechado a novos participantes em 30/04/2000, aplicável atualmente apenas aos que a ele haviam aderido no passado (Plano II);
 - c) 6º Termo Aditivo de 20/06/1985 ao Contrato de Previdência Privada de 20/06/1985, instituindo Plano de Benefícios Suplementares na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL (fls. 61/67), aplicável aos participantes investidos em cargo de Presidente do Conselho, aos Conselheiros, aos Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e aos investidos em cargos de assessor da Diretoria, participantes dos Planos I e II mantidos pelo Recorrente;
 - d) Contrato Previdenciário de 20/05/2000 (fls. 86/105) informando que em razão de os Contratos descritos nas letras 'a' e 'b' estarem fechados desde 30/04/1999 e 30/04/2000, respectivamente, decidiu-se através de

Programa de Migração do Plano” fazer a migração do Plano H para Plano de Previdência na modalidade Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL e de Benefício Definido – PBD – Contribuições Básicas, aplicável a todos os empregados e dirigentes da empresa, também denominado Plano II (ao qual se vincula o 6º Termo Aditivo), conforme pode-se depreender do Regulamento do Plano Gerador de Benefício Livre – PGBL, com Benefício por Morte e Invalidez, devidamente aprovado pela SUSEP, ao qual o Recorrente aderiu em 01/08/2001;

- as regras do Plano II estão definidas no Regulamento e Nota Técnica nos Contratos – Contribuições Básicas e Contratos – Contribuições Suplementares e estão rigorosamente de acordo com a legislação previdenciária. Menciona art. 8º do Regulamento;
- no entender da fiscalização e do acórdão recorrido, contudo, o mencionado 6º Termo Aditivo firmado pelo Recorrente, ao contemplar a concessão de benefícios diferenciados para os funcionários nele eleitos como participantes, não teria suporte nas normas legais que disciplinam a matéria, em razão do que considerou que o valor das respectivas contribuições seria, na verdade, remuneração;
- essas supostas irregularidades justificariam a desclassificação do aporte extraordinário (contribuição suplementar) feito pelo Recorrente à empresa de previdência privada em nome dos diretores e superintendentes executivos listados, bem como a consideração dos valores pagos sob a égide do 6º Termo Aditivo como salário de contribuição;
- contudo, assentado que se trata de PLANO ÚNICO com benefícios diferenciados, fica evidenciado que não houve violação a nenhuma norma legal que rege a previdência privada, como passa o Recorrente a demonstrar;

Estrito cumprimento da legislação quanto aos aportes:

- no Termo de Verificação Fiscal, o fiscal autuante referiu-se “*aos aportes efetuados pela empresa, de forma individualizada e por mês de competência*” (item 12 do TVF), tendo ainda afirmado que “*os valores aportados na previdência complementar são substanciais*”;
- contudo, tratando-se de Plano de Previdência na modalidade de Contribuição Variável é inerente a ele a possibilidade de as contribuições serem feitas em qualquer valor e a qualquer tempo, como consta do Regulamento do Plano e constava das normas infra-legais;
- não há nada de ilícito ou violador das normas que regem a previdência complementar no procedimento da empresa, não podendo prosperar a pretensão fiscal de tributar tais contribuições só porque são efetuadas de forma variada, livre e unilateral;
- não podem ser invocados para desqualificar tais contribuições o fato de seus valores serem substanciais em relação aos salários dos dirigentes porque a legislação não estabelece limites de valor para as contribuições patronais;
- o fato de os aportes de previdência privada terem sido feito em valores substanciais relativamente à remuneração pelo trabalho, ao contrário do que pretendeu o fiscal autuante, na verdade confirma seu caráter de previdência complementar;

- os planos de Previdência Privada visam proporcionar a todos os funcionários a possibilidade de obter na inatividade vencimentos em valor próximo aos da época em que estavam na ativa, o que faz com que, para que seja atingida tal finalidade, quanto maior for a remuneração, mais próximos a tal remuneração devem ser os aportes relativos à previdência complementar. Reproduz decisão administrativa;

Estrito cumprimento das condições quanto aos resgates:

- No que tange aos resgates, cabe salientar que o fato de alguns beneficiários do Plano PGBL os terem efetuado não descaracteriza a previdência complementar, já que tal possibilidade é expressamente prevista na legislação e insuscetível de qualquer controle por parte do Recorrente;
- quanto à questão, afirmou o TVF que “*o participante pode resgatar a totalidade das contribuições efetivadas pela Instituidora, visto que no exemplo do item 13.4 deste Termo de Verificação, o beneficiário dos aportes sacou quantia relevante*” (item 14.2);
- contudo, tratando-se de plano na modalidade aberta, o **caput** do art. 27 da Lei Complementar 109/2001 não deixa dúvida de que ao participante é possibilitado o resgate total das contribuições vertidas ao plano. Reproduz o dispositivo legal citado e normas infralegais;
- toda a legislação previdenciária cuida do resgate como um direito do participante, que poderá por ele ser exercido durante o prazo de diferimento após determinado prazo de carência, observado intervalo de tempo definido entre um resgate e outro, não havendo qualquer irregularidade nas condições estabelecidas pelo plano do Recorrente;
- os resgates ocorridos no caso concreto foram sempre parciais, sofreram a devida incidência dos tributos previstos na legislação, e foram efetuados com atendimento dos prazos de no mínimo 60 (sessenta) dias previstos no Regulamento e no Contrato Previdenciário firmado em 20.05.2000, bem como do prazo de carência de um ano civil completo, contado a partir do primeiro dia útil do mês de janeiro do ano subsequente ao da contribuição, tudo em consonância com a legislação acima transcrita;
- os valores resgatados inclusive pelo funcionário Bernardo Parnes em 2008, expressamente citado pela fiscalização e pela decisão recorrida, referem-se às contribuições existentes dois anos antes, já afetados pela valorização das quotas do Fundo de Investimento, e não aos valores aportados nos anos imediatamente anteriores como parece sugerir a fiscalização, não se podendo falar, só pelo fato de ter havido resgates, que as contribuições aportadas não se destinam a Plano de Previdência e tratá-las como remuneração;
- considerando-se que é dever da EAPP, fiscalizada pela SUSEP, zelar pela higidez dos resgates relativos aos planos por ela administrado e que a legislação determina prazo de carência, o regular cumprimento dessas regras pela EAPP e pela SUSEP necessariamente faz com que nenhum valor resgatado pelos beneficiários em um ano possa se referir a aporte efetuado naquele mesmo ano;
- a própria legislação de regência que atribui a responsabilidade de fiscalizar o cumprimento dos prazos e procedimentos formais quanto aos resgates à EAPP,

no caso a Bradesco Vida e Previdência S.A., de modo que uma vez instituído o Plano que deve trazer a previsão de resgate e os prazos e condições nos quais pode ser efetuado, não poderá a Instituidora, no caso o Recorrente, impedir, obstar ou retardar o exercício desse legítimo direito dos participantes;

- o Recorrente não tem controle algum sobre os resgates efetuados pelos beneficiários, o que compete à Entidade Aberta de Previdência Privada, a quem cabe fiscalizar o cumprimento da legislação, inclusive quanto ao cumprimento dos prazos para resgate;

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

- nenhum dos fatos apontados pelo Fisco autorizam concluir que no caso os aportes feitos pelo Recorrente em nome de seus Diretores Estatutários e Superintendentes Executivos não seriam contribuições aportadas para Plano de Previdência Complementar;

Papel do comitê de remuneração inexistência de prêmios ou gratificações:

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

- embora seja atribuição do comitê estabelecer política da remuneração em sentido previdenciário (“*política de remuneração global e individual*”), também é seu dever estabelecer política sobre matérias que não configuram remuneração no sentido previdenciário, como:

- i) participação nos lucros, excluída do salário-de-contribuição pela alínea “j” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91;

- ii) previdência complementar, excluída do salário-de-contribuição pela alínea “p” do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91;

- iii) prêmios, bônus e gratificações, que, quando “recebidas a título de ganhos eventuais e os abonos expressamente desvinculados do salário” são excluídos do salário-de-contribuição pela alínea “e”, item 7, do § 9º do artigo 28 da Lei nº 8.212/91, e;

- iv) planos de opções de aquisição de ações, que não tratam de remuneração sob aspecto algum (previdenciário ou não) já que os optantes pagam pelas ações adquiridas;

- o fato de nos termos do artigo 1º do Regimento do Comitê de Remuneração caber a ele “*propor ao Conselho de Administração as políticas e diretrizes de remuneração dos Administradores Estatutários da Organização, tendo por base as metas de desempenho estabelecidas pelo Conselho*” não quer

absolutamente dizer que todas as deliberações do Conselho referidas no art. 3º estão necessariamente atreladas a metas de desempenho. Tanto é assim que somente na alínea “a” do artigo 3º, quando se trata especificamente da “*política e diretriz de remuneração dos Administradores Estatutários*”, é feita menção a metas;

- o papel exercido pelo Comitê de Remuneração com a devida vênia não ampara de forma alguma a tese do fiscal autuante, de que os valores relativos aos aportes ao plano de previdência privada correspondem a prêmios ou gratificações para os administradores do Recorrente tendo em vista o atendimento de metas individuais, tanto que a fiscalização não questionou os demais aportes à previdência privada efetuados pelo Recorrente aos seus funcionários;

Montante dos aportes:

- é plenamente justificável que no caso os aportes sejam efetuados em valores substanciais, próximos aos salários pagos, já que quanto maior for a remuneração (portanto mais longe – para cima – do “teto” da previdência oficial), mais próximos a tal remuneração devem ser os aportes relativos à previdência complementar;

Plano de previdência mantido pelo recorrente:

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

- contudo, como já demonstrado no item II acima, o Recorrente mantém atualmente aberto apenas um plano, extensivo a todos os funcionários e dirigentes, denominado Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo – Plano II – do tipo Plano Gerador de Benefícios Livres – PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável, com previsão de benefícios diferenciados para os diretores estatutários e superintendentes executivos conforme 6º Termo Aditivo – Plano de Benefícios Suplementares, devidamente aprovado pela SUSEP nos termos do Processo 10.003048/01-23;

Inexistência de poder discricionário para inadmitir ou excluir participantes do plano:

- Segundo o acórdão recorrido, “*5. o PGBL – EMPRESARIAL se encontra disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos, Assessor da Diretoria e Superintendentes, sendo os critérios de elegibilidade definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que pode recusar a proposta de inscrição do participante; não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora; e os participantes em gozo de benefícios passarão a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora (item 8.4), conforme o 5º Termo Aditivo: ‘11.2 Os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela INSTITUIDORA,*

sendo portanto de sua total responsabilidade’; (fl. 474 – destaques no original)”

- novamente, deixou a fiscalização de captar o real sentido do referido Termo Aditivo, que em momento algum traz a possibilidade aventada;

- recorre a Cláusula Segunda do Termo Aditivo para afirmar que embora o fiscal autuante tenha vislumbrado na possibilidade da não aceitação da proposta de inscrição uma suposta discricionariedade que permitiria em tese ao Recorrente livremente recusar a proposta de inscrição do participante, não é isto que ocorre, já que no caso a “Companhia”, a quem é possibilitada a manifestação contrária à inscrição no prazo de 15 dias, não é o Recorrente, que conforme preâmbulo do 5º Termo Aditivo (fls. 61) é nele designado como “Instituidora”, mas sim a Entidade Aberta de Previdência Complementar (EAPC), no caso a Bradesco Previdência e Seguros S.A;

- além disso, isto se dá não por vontade do Recorrente ou da EAPC, mas em razão de expressa determinação por parte da legislação aplicável à Previdência Aberta Complementar, estabelecida pela SUSEP e pelo CNSP. Transcreve art. 61 da Circular Susep nº 338/2007 e faz referência ao art. 81 da Resolução CNSP nº139/2005 e ao art.11 do Regulamento do Plano;

- como se vê, dada a aceitação automática da proposta de inscrição, a possibilidade de sua recusa por parte da EAPC destina-se unicamente a possibilitar o controle para que não ingressem no plano pessoas que não sejam elegíveis por não comprovarem o preenchimento de algum dos requisitos necessários, no caso, aqueles descritos no item 2.1 do 6º Termo Aditivo

- não é dado ao Recorrente o poder de discricionariamente recusar a inscrição desta ou daquela pessoa elegível ao plano de previdência complementar, mas apenas, em cumprimento à legislação específica, atribuído à EAPC o dever de recusar a inscrição de quem não demonstre ser elegível;

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

- a única hipótese em que o plano do participante pode ser cancelado – mesmo assim não pelo Recorrente, mas pela EAPC – é quando houver inadimplemento quanto à sua parcela da contribuição por prazo superior a noventa dias, dispondo nesse sentido o § 3º do artigo 22 do Regulamento;

- quanto à menção ao artigo 11.2 do 6º Termo Aditivo, segundo o qual “Os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, sendo portanto de sua total responsabilidade”, pondera o Recorrente que a simples existência de critérios (que por definição são genéricos) de elegibilidade ao plano de previdência complementar é por si só incompatível com o suposto “poder discricionário” (que por definição é específico) do Recorrente de “recusar a proposta de inscrição do participante”, sendo referidos critérios no caso concreto o exercício de cargo de conselheiro, diretor ou assessor de diretoria e a participação nos planos de previdência do Recorrente (Cláusula 2.1 do 6º Termo Aditivo), sem qualquer

discrecionabilidade possível, exatamente como permite o § 3º do artigo 26 da Lei Complementar nº 109/2001;

Regularidade dos aportes e seu caráter previdenciário:

- a afirmação de que *“a Recorrente não comprovou o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência privada complementar”* já foi enfrentada no item III do presente memorial, no qual se demonstrou que o critério por ele utilizado para definir o montante dos aportes é plenamente justificável segundo a lógica pertinente à previdência privada complementar;
- quanto aos critérios atuariais do plano em questão, cabe salientar que eles se apresentam no período de concessão do benefício, que é o período em que o assistido fará jus ao pagamento do benefício (Resolução CNSP nº 93/2002, Anexo I, artigo 10, XXVI) e não no período de diferimento, assim definido como o período entre a data de início da cobertura por sobrevivência e a data contratada para o início do pagamento do benefício (Resolução CNSP nº 93/2002, Anexo I, art. 10, XXV);
- é na conversão do saldo (reserva) em benefício de renda mensal que se manifesta o caráter atuarial do PGBL, assim dispondo no caso concreto n Regulamento do Plano aprovado pela SUSEP no Processo nº 10.003048/01-23, que assim determina em seus artigos 49 e 50;
- no mesmo sentido, o Contrato do Plano II PGBL revela o critério atuarial no período de concessão (cálculo) do benefício;
- quanto à afirmação de que *“vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da empresa nas suas contas, e se concluiu que estes deveriam ter outra finalidade que não a previdenciária, prevendo o regulamento do plano que os participantes nesta situação deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência (itens 9.6 a 9.9)”*, cabe esclarecer que tal conclusão decorre de erro de interpretação do regulamento do plano;
- a previsão de relação direta entre os beneficiários do plano e a entidade aberta de previdência privada acima mencionada consta apenas da Cláusula Décima do 6º Termo Aditivo. Transcreve cláusula;
- a única situação na qual o 6º Termo Aditivo prevê que *“os participantes (..) deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência”* é a hipótese da rescisão do contrato de previdência privada pela instituidora, por exemplo, situação em que é absolutamente natural que o beneficiário passe a se relacionar diretamente com a Entidade Aberta de Previdência Privada e cessem as obrigações do Recorrente;
- é evidente a inaplicabilidade dessa cláusula aos casos em que o beneficiário, tendo se aposentado, continua a trabalhar para o Recorrente, sendo esta obviamente a única situação em que os aportes continuam a ser por ela efetuados;
- diversamente do que ocorria no passado, hoje o empregado aposentado, tanto na previdência oficial quanto na complementar, não precisa romper o vínculo empregatício e, se não o faz, continua vinculado aos respectivos regimes de previdência, oficial e complementar, conforme o caso, sem que isto implique

desnaturar os valores aportados pela empresa e pelo empregado a título de contribuições à previdência;

- tanto é assim que o art. 68, § 2º da Lei Complementar 109/2001 é expresso em prever que “a concessão de benefício pela previdência complementar não depende da concessão de benefício pelo regime geral de previdência social”, ou seja, o beneficiário pode perfeitamente estar recebendo benefícios da previdência complementar e ainda manter o vínculo com a empresa, hipótese em que nada obsta que continue vinculado ao regime de previdência privada, podendo perfeitamente ser beneficiário dos aportes da empresa e realizar aportes com seus próprios recursos, ainda mais no regime PGBL que por força de sua regulamentação está sempre atrelado a um Fundo de Investimento;

- as objeções quanto aos aportes efetuados não se prestam para descaracterizar sua natureza previdenciária;

Resgates efetuados:

- a efetivação dos resgates em questão não descaracteriza de forma alguma a natureza previdenciária dos aportes, pois, tratando-se de Plano de Previdência Complementar Aberta o caput do artigo 27 da Lei Complementar 109/01 não deixa dúvida de que ao participante é possibilitado o resgate total das contribuições vertidas ao plano e que de qualquer forma não tem o Recorrente o poder de controlar ou impedir tais resgates, como já exposto no item IV acima

A Recorrente faz ainda um extenso arrazoado no qual defende a não incidência de juros moratórios sobre multa de ofício.

Ao Recurso Especial do Contribuinte foi dado seguimento de acordo com o despacho datado de 15/09/2017 (fls. 757/768).

Informada do Recurso Especial do Contribuinte em 05/10/2017, em 16/10/2017, a Fazenda Nacional ofereceu as Contrarrazões de fls. 770/795 (fl. 796), com os argumentos sintetizados na sequência:

Previdência Complementar - aportes suplementares:

- consoante se retira do Termo de Verificação Fiscal, o contribuinte efetuou o pagamento de remuneração variável (em razão dos resultados alcançados) aos administradores da empresa a título de previdência privada;

- A Fiscalização identificou a existência de dois planos de previdência complementar: a) Plano de Previdência Privada para Empregados e Dirigentes de Empresas, disponível à totalidade de seus empregados desde junho de 1985 e b) Plano PGBL-EMPRESARIAL, disponível apenas para *diretores estatutários, diretores técnicos e assessores da diretoria*;

- o programa de previdência complementar não atendia às condições necessárias para que o interessado usufruísse o benefício regulado no art. 28, parágrafo 9º, alínea “p”, da Lei nº 8.212/91;

- os aportes ao Plano de Previdência PGBL-EMPRESARIAL, na forma como administrados, constituíram verdadeiras parcelas remuneratórias e o plano não abrangia a totalidade dos associados da Instituidora;

- os seguintes aspectos foram suscitados pela autuação:

- a) O acesso ao Plano PGBL-EMPRESARIAL se limitava aos Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria. A restrição desatendia ao disposto do art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 e ao 28, parágrafo 9º, alínea “p”, da Lei nº 8.212/91, que exigem que os planos de previdência complementar fechada sejam estendidos à totalidade dos empregados, e, por si, basta para dar fundamento à autuação.
- b) Ademais, no contrato do referido plano, não havia determinação clara quanto aos critérios a serem utilizados pela Instituidora para definir o valor dos aportes sob sua responsabilidade. A Fiscalização constatou que, na prática, os recolhimentos eram determinados pelo Comitê de Remuneração da Organização Bradesco em função dos resultados alcançados pelos Participantes e pela Instituição como um todo, mas em nenhum momento, houve a apresentação dos critérios utilizados.
- c) A Instituidora fazia aportes relativos ao Plano PGBL - EMPRESARIAL para participantes que já gozavam de plano de previdência complementar, a despeito de o contrato estabelecer que, a partir da entrada em vigor do benefício, o relacionamento do Participante/Beneficiário se daria diretamente com a BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S.A. Destarte, os referidos aportes não poderiam ser classificados como contribuição para previdência nos termos do contrato apresentado.
- d) Os Participantes faziam retiradas periódicas, anualmente, em datas aproximadas.
- e) Os valores resgatados correspondiam aos montantes que foram aportados no ano antecedente pela Instituidora, de forma a desnaturar o caráter previdenciário da conta de previdência complementar, visto que não formavam poupança destinada a suportar benefícios futuros.
- o art. 195 da Constituição Federal dispõe que a Seguridade Social será financiada por toda sociedade, de forma direta e indireta, por meio de contribuições do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;
 - o art. 201, § 11º do Texto Maior definindo os contornos da base de cálculo da contribuição previdenciária, determina que *“Os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei”*;
 - a interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais citados, leva, irrefutavelmente, à conclusão de que o termo “folha de salários”, para efeito de cálculo da contribuição para a Seguridade Social, abrange não somente salário, no sentido estrito do termo, mas o *quantum* total efetivamente pago, devido ou creditado ao empregado em razão do contrato de trabalho, independentemente da titulação atribuída à parcela salarial ou remuneratória.
 - a Previdência Privada Complementar, por sua vez, recebe tratamento constitucional no art. 202, § 2º da Constituição Federal, dispositivo esse regulado pela Lei Complementar nº 109/2001. Destaca art. 68 da Lei;

- na mesma esteira do art. 69 da Lei Complementar nº 109/2001, o art. 458, § 2º, da CLT estipula que a utilidade oferecida pelo empregador aos seus empregados sob a forma de previdência privada não se considera salário;
- em consonância com a diretriz constitucional e com os ditames da Lei Complementar nº 109/2001, a Lei nº 8.212/91 estabelece a base de cálculo da contribuição previdenciária sobre a folha de salários a cargo da empresa e do empregado. Cita os arts. 22 e 28 da Lei de Custeio;
- o § 9º do art. 28 desse diploma legal, aplicável tanto à contribuição do empregador quanto do empregado, prevê que o valor das contribuições efetivamente pago pela pessoa jurídica relativo a programa de previdência complementar, aberto ou fechado estará excluído da incidência das contribuições previdenciárias, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes;
- o Plano PGBL – EMPRESARIAL era acessível apenas para *diretores estatutários, diretores técnicos e assessores da diretoria* de acordo com o 5º Termo Aditivo de 30/06/1999;
- por abranger apenas parcela dos empregados e dirigentes da instituição, o Plano de Benefícios Suplementares contraria a regra do art. 16 da Lei Complementar n. 109/2001 e o art. 28, parágrafo 9º, alínea “p”, da Lei nº 8.212/91, que exigem a extensão dos benefícios a todos os empregados da pessoa jurídica;
- tem-se que é preciso que a empresa proporcione a todos os seus empregados e dirigentes um plano de previdência complementar que lhes seja facultado aderir, para que possa usufruir da isenção de contribuições sociais previdenciárias;
- por disponibilidade, há de se entender acesso livre, desimpedido, desembaraçado, com a possibilidade de opção de adesão ou não ao programa, por todos os empregados e dirigentes. Cita doutrina;
- no presente caso, não restou configurada a hipótese de isenção prevista na alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, em relação ao plano de previdência privada da Bradesco Previdência e Seguros S.A., porquanto era acessível apenas para *diretores estatutários, diretores técnicos e assessores da diretoria* de acordo com o 5º Termo Aditivo de 30/06/1999
- o âmbito de abrangência limitado do Plano de Previdência obsta a exclusão dos valores da base de cálculo da contribuição para a Seguridade Social e, por si, constitui causa suficiente para o lançamento do tributo;
- embora a prova do desrespeito ao disposto na alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91, demonstre, por si só, a procedência do presente lançamento, cabe ainda, a análise de outros pontos expostos pela autoridade fiscal para caracterizar a natureza remuneratória das contribuições feitas pela Autuada, em favor de seus dirigentes;
- a apuração da natureza dos pagamentos questionados deve, necessariamente, levar em conta um cuidadoso exame das circunstâncias fáticas, para que seja apurado se o objetivo visado pelos pagamentos das contribuições era, efetivamente, financiar a concessão de benefícios futuros;

- para que pagamentos de plano de previdência complementar não sejam caracterizados como de natureza remuneratória, deverão, necessariamente, ter por objetivo a formação de reservas garantidoras da implementação de benefícios;
- um plano pode ser lícita e regularmente contratado, conforme as diretrizes fixadas na Lei Complementar nº 109/2001, e, apesar disso, perante a legislação tributária, ter natureza remuneratória as contribuições vertidas pelo empregador, para financiamento do plano, desde que não satisfeitos os pressupostos para a isenção concedida aos pagamentos de plano de previdência complementar;
- embora o artigo 27 da Lei Complementar nº 109/2001 assegure aos participantes de plano de benefício de entidade aberta o direito de resgate de recursos das reservas técnicas, provisões e fundos (total ou parcialmente), tem-se que, para fins tributários, o resgate sistemático dos valores depositados para formação da reserva caracteriza a natureza remuneratória dos pagamentos efetuados;
- a Lei Complementar nº 109/2001 liberou o resgate em razão de ser a adesão ao plano facultativa. Se o empregado pode, ou não, aderir ao plano, também pode decidir-se pelo resgate. Nisso não há nenhuma ilegalidade ou ilicitude;
- porém, para fins tributários, há que se levar em conta que o pagamento de plano de previdência privada, pelo empregador, é pagamento habitual sob a forma de utilidade, que foi isentado da tributação. Assim sendo, forçoso apurar o objetivo da isenção concedida, e somente os pagamentos que visem atingir esse objetivo é que farão jus à isenção;
- resta claro que o objetivo da concessão da isenção foi incentivar a celebração de planos de previdência privada, por outras palavras, incentivar a formação de reservas que possibilitem a concessão futura de benefício;
- a formalização de um plano em que a formação de reservas garantidoras dos benefícios seja, claramente, inviável, não faz jus a isenção;
- a formação das reservas garantidoras do benefício é da essência dos planos de previdência privada, conforme se extrai o art. 1º da Lei Complementar nº 109/2001;
- ao regular os planos de entidades abertas, a Lei Complementar nº 109/2001 não estabeleceu um prazo de carência para o resgate dos depósitos efetuados, em razão de ser a adesão ao plano facultativa. Assim sendo, para a Lei Complementar nº 109/2001, o resgate não descaracteriza a natureza do plano;
- porém, para a Lei nº 8.212/1991, que concedeu isenção aos pagamentos de planos de previdência complementar efetuados pelo empregador, a inviabilização da formação das reservas caracteriza a natureza remuneratória dos pagamentos efetuados pelo empregador, em razão da constatação de que o objetivo visado pela concessão da isenção não será atingido;
- se os pagamentos não se destinam a garantir a concessão de um benefício futuro, não se justifica que sejam os mesmos isentados da tributação;

caráter remuneratório das verbas pagas a título de previdência complementar:

- para estarem amparadas pela regra de isenção, as contribuições em exame não poderiam ter natureza de remuneração do trabalho, ou seja, não poderiam ter

sido depositadas, justamente, “em função do exercício da atividade laborativa”, e, quanto a este aspecto, não há controvérsia;

- os depósitos em conta de Previdência Privada não têm o condão de alterar a natureza remuneratória dos recursos assim disponibilizados aos beneficiários;

aportes realizados a beneficiários em gozo do benefício sem previsão contratual:

- a Instituidora/Contribuinte Continuava a aportar valores para os Programa de Benefícios Suplementares em favor de Participantes que se encontravam em gozo de benefícios;

- embora não haja vedação legal a que pessoas em gozo de benefícios previdenciários adiram a outro plano de previdência, no caso em apreço, o plano não contemplava tal situação, pois previa expressamente a cessação de vínculo entre Participante e Instituidora quando se iniciasse o gozo de benefício pelo Participante;

- dessa forma, a classificação pretendida pelo contribuinte deve ser revista, pois referida verba, visto que não se subsume a qualquer das hipóteses excepcionais previstas no art. 28, § 9º da Lei nº 8.212/91, deve ser requalificada como remuneratória, e, portanto, por mais esse motivo, deve compor o salário-de-contribuição para fins de recolhimento de contribuição previdenciária;

ausência de regras para determinar as contribuições a cargo da empresa instituidora – caráter de prêmio por desempenho:

- O art. 10 I, da LC n. 109/2001 exige que a forma de cálculo dos benefícios esteja indicada em certificado entregue a todo participante e disponível a todo pretendente. O art. 18 da Lei Complementar 109/2001 prediz que “*plano de custeio, com periodicidade mínima anual, estabelecerá o nível de contribuição necessário à constituição das reservas garantidoras de benefícios, fundos, provisões e à cobertura das demais despesas, em conformidade com os critérios fixados pelo órgão regulador e fiscalizador*”;

- não obstante haja expressa previsão legal para que a forma de cálculo dos benefícios seja transparente e tal dado seja imprescindível para elaboração do plano de custeio, que deve ter periodicidade anual, os critérios que determinavam as contribuições ao Plano Especial a cargo da Instituidora não foram esclarecidas;

- os “resultados apurados” e a “fidelidade, competência e dedicação” dos dirigentes são critérios usados para determinar pagamentos realizados **em razão** do trabalho e, portanto, corroboram a conclusão de que os aportes da Instituidora são verbas remuneratórias. Este caráter é reforçado pelo fato de a fixação dos valores a serem aportados constituir tarefa do Comitê de *Remuneração* da Organização Bradesco;

- por outro lado, a ausência de critérios relativos ao cálculo das contribuições a cargo da Instituidora, bem como de plano de custeio, que guardam relação de interdependência, revelam a inexistência de preocupação com o futuro custeio de planos previdenciários, que depende de cálculos atrelados a variáveis atuariais;

- a indiferença manifestada pelo Contribuinte/Instituidora quanto aos critérios para determinar i) suas contribuições; ii) a forma de cálculo dos benefícios; e iii) para a elaboração do plano de custeio somente encontra explicação no fato

de que o chamado Plano de Previdência PGBL-EMPRESARIAL é mecanismo remuneratório e não para formação de reservas previdenciárias;

- o descumprimento dos artigos 10, I, e 18 da Lei Complementar n. 109/2001 conjugado ao uso de resultado operacionais na determinação dos valores a serem aportados constituem mais um fator contundente no sentido da natureza remuneratória dos aportes da Instituidora ao Plano de Previdência Complementar;

resgate da totalidade dos valores aportados - incompatibilidade com o caráter de previdência:

- prevê o contrato do Plano de Previdência Suplementar – Plano Especial (itens 4.1 e 4.2) que Durante o período do diferimento, mediante expressa autorização da Instituidora, o Participante poderá resgatar parte ou totalidade do saldo da Conta de Reserva do Participante (tanto a parte do próprio participante quanto da Instituidora) e verificou a Fiscalização que os Participantes efetivamente faziam retiradas periódicas, anualmente, em datas aproximadas;

- verificou-se, ainda, que os valores resgatados correspondiam aos montantes que foram aportados no ano antecedente pela Instituidora;

ao permitir o resgate da totalidade das contribuições aportadas sem qualquer condicionante, fica desnaturado o caráter *previdenciário* da conta de previdência complementar, visto que os aportes não formavam poupança destinada a suportar a aposentadoria ou pensão futura;

- a previsão e efetiva ocorrência de resgates periódicos da totalidade dos aportes evidenciam a dissociação entre a prática da Instituidora/Contribuinte e a finalidade previdenciária, que deve basear-se na constituição “de reservas que garantam o benefício contratado”, em conformidade com o comando do art. 202 da Constituição de 1988;

- a previsão de resgate não corresponde a estrito cumprimento de Lei, mas de concessão de direito, vantagem pecuniária, em caráter habitual, aos dirigentes;

montantes aportados:

- a corroborar o caráter remuneratório dos valores aportados, verifica-se que o caráter significativo dessas quantias quando cotejadas com a remuneração dos Participantes do Plano Especial;

- os valores aportados, em muitas vezes, superavam os valores percebidos a título de remuneração;

- no ano calendário de 2009, os montantes destinados como remuneração global anual foram de R\$170.000.000,00 e para custear planos de previdência complementar dos administradores do banco foram de R\$100.000.000,00;

- os fatos acima enumerados assumem relevância quando analisados em conjunto;

- nesse sentido, é significativo que os valores substanciais corriqueiramente aportados nas contas dos participantes do Plano Especial tenham sido quase na totalidade resgatados no exercício seguinte ao seu aporte;

- esses elementos associados, além de outros citados no relatório fiscal, conduzem a insofismável conclusão que, de fato, os aportes efetuados a título de previdência complementar tinham por fim apenas mascarar a natureza de rendimento do trabalho dos valores depositados;

- tais aportes revestem-se, portanto, do caráter de retribuição econômica em decorrência do contrato de trabalho, e, por consequência, devem sofrer os efeitos fiscais previstos na legislação tributária;
- destaca-se que não é o “apelido” conferido a uma parcela que irá definir a sua natureza, sendo relevante aferir se o pagamento segue as regras previstas em lei para neutralizar o efeito remuneratório;
- na espécie, os beneficiários são altos dirigentes da Instituidora, os aportes foram realizados de forma habitual, com valores constantes e próximos para cada nível hierárquico;
- de outro viés, a ausência de informações relativas à forma de cálculo das contribuições e dos benefícios evidencia que não há a preocupação com o gerenciamento de riscos para garantir a solvência e o equilíbrio financeiros, que caracteriza a atuação das Entidades Fechadas de Previdência Complementar, conforme Manual de Boas Práticas da PREVIC;
- extrai-se desse conjunto que o contribuinte mantinha um plano de benefícios para fins efetivamente previdenciários e um plano de benefícios que, não obstante formalmente previdenciário, tinha por finalidade remunerar a cúpula da empresa em função de seu desempenho, como aliás, expresso pelo contribuinte quando instado a se manifestar sobre os critérios para cálculo das contribuições a cargo da Instituidora;
- admitir que a mesma Instituidora mantenha planos inteiramente distintos e, ainda, aceitar que o direito de resgate seja exercido de forma ilimitada e incondicionada, sem qualquer preocupação com a consecução de reservas para fins previdenciários, como defende o recorrente, abre caminho para a evasão fiscal por meio da remuneração indireta instrumentalizada por planos de previdência privada complementar.

Defende ainda a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN que a incidência de juros de mora sobre multa de ofício decorre de disposição expressa em lei, motivo pelo qual o lançamento deve ser mantido também nessa parte.

Voto

Conselheiro Mário Pereira de Pinho Filho – Relator

Recurso Especial da Fazenda Nacional

Conhecimento

O Recurso é tempestivo, restando perquirir se atende aos demais pressupostos de admissibilidade.

No apelo fazendário, a matéria devolvida à apreciação deste Colegiado foi Participação nos Lucros ou Resultados, notadamente no que diz respeito à “ausência de participação do sindicato da categoria no processo de negociação do benefício”; e “necessidade de celebração de acordo antes de iniciado o período de apuração para o pagamento da verba”.

Inferre o Contribuinte, em sede de contrarrazões apresentadas também tempestivamente, que inexistente a divergência sustentada pela Fazenda, pois enquanto nos

acórdãos indicados como paradigmas não houve participação alguma do sindicato dos empregados, no caso concreto, a existência de Convenção Coletiva, na qual atuou o sindicato dos trabalhadores e de cláusula no plano próprio assegurando como pagamento o valor devido com base na CCT, supre a não participação da entidade representativa dos trabalhadores nas negociações do referido plano próprio.

Outra questão levantada pelo Sujeito Passivo que serviria como obstáculo ao conhecimento do Recurso Especial da União é o fato de, no acórdão recorrido, haver sido reconhecido que, mesmo os acordos tendo sido assinados após o pagamento do benefício, os empregados teriam conhecimento prévio das metas a serem cumpridas o que, no seu entender, não se reflete nos paradigmas.

Não vejo como conferir razão ao Contribuinte.

Nos termos do Acórdão Paradigma nº 2302-002.501 e 2302-002.504, ambos de 15/05/2013, tem-se que a motivação das decisões foi a não participação do sindicato da categoria nas negociações ocorridas entre empresa e empregados para o estabelecimento do plano próprio de PLR. Embora conste do relatório de referidas decisões que a empresa efetivou acordo coletivo somente para parte do período fiscalizado, essa questão sequer foi objeto de qualquer tipo de consideração no voto condutor do julgado desafiado. Ademais, o trecho abaixo reproduzido, comum às duas decisões trazidas a cotejo, é claro no sentido de que para o Colegiado paradigmático, a não participação do sindicato nas negociações relacionadas ao plano próprio da empresa constitui razão suficiente para afastar a hipótese de não incidência de contribuições sobre tal rubrica:

No caso sobre o qual nos debruçamos, a Fiscalização apurou que o sindicato da categoria (Sindicato dos Empregados de Empresas de Processamento de Dados de Santa Catarina) não participou das negociações entre empresa e empregados relativas à participação nos lucros e resultados dos exercícios de 2005 e 2006, tampouco mantém arquivado os respectivos instrumentos dos acordos celebrados.

Nesse contexto, não restando integralmente adimplidas as condições e formalidades consignadas na lei específica, excluídas da hipótese de não incidência legal tributária se encontram as verbas pagas pelo Recorrente a seus empregados a título de participação nos lucros e resultados. (Grifou-se)

De outra parte, quanto à inexistência de acordo prévio, conforme relatado no Acórdão nº 2401-00.545, de 19/08/2009, o contribuinte também relata existir conhecimento prévio pelos empregados sobre as metas estabelecidas para o plano, contudo, o voto vencedor de tal decisão é no sentido da necessidade acordo prévio e não de suposto conhecimento dos termos e condições para a aquisição do benefício. Senão vejamos:

Data vênua àqueles que divergem do entendimento deste relator, a conclusão da exigência de acordo prévio para concessão da PLR encontra sustentáculo nos incisos I e II, § 1º, artigo 2º, da Lei nº 10.101/2000 e/ou MP nº 794/1994 e reedições. De conformidade com esses dispositivos legais, visando a observância dos requisitos inseridos no § 1º, o legislador SUGERIU a utilização de "I - índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa; e II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente". (Grifou-se)

Do mesmo modo, o Acórdão nº 2401-02.251, de 20/01/2012, é também no sentido de que o conhecimento das metas de desempenho pressupõe sua pactuação mediante formalização prévia de acordo. Confira-se:

O objetivo da CF/88 de desvincular o pagamento de PLR do salário, foi no intuito de abrir ao empregador, possibilidades dos empregados participarem do capital das empresas, estimulando-os a alcançarem metas e resultados, e distribuindo com eles o fruto de todo esse esforço. Não quis o legislador naquele momento, ou mesmo hoje, abrir uma brecha para que empresas realizem pagamentos indiretos aos empregados, sem que os mesmos sejam computados no conceito de remuneração, ou mesmo reflitam nos demais direitos do empregados.

Com base nesse pensamento, entendo que as metas a serem cumpridas, devem ser previamente pactuadas, para que o empregado tenha conhecimento prévio de quanto o seu esforço poderá lhe trazer de retorno. Formalizar acordos, quase ao término do exercício para os quais serão pagos valores a título de PRL, nada mais é do que tentar desnaturar pagamentos indiretos aos empregados, dando-lhes uma maquiagem de PLR, para que sejam excluídos da base para o pagamento de outros direitos. Nessa seara, basta-nos apreciar o disposto no § 1º do art. 2 da Lei 8212/91(Grifou-se)

Veja-se que para ambas as decisões apresentadas como paradigma, mostra-se necessária a celebração do acordo de PLR antes do período de apuração do benefício, não se prestando para suprir a exigência legal a mera alegação de que os empregados tinham prévio conhecimento de metas ou resultados a serem alcançados.

Em virtude disso, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

Mérito

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal – TVF (fls. 88/107), o Contribuinte apresentou documentos relacionados aos seguintes planos próprios de PLR:

- Plano próprio para o ano de 2007, assinado em 19/10/2007;
- Plano próprio para o ano de 2008, assinado em 02/02/2009; e
- Plano próprio para o ano de 2009, assinado em 19/10/2009.

Ressalta a autoridade autuante ressalta que da leitura dos planos próprios verificou-se que:

- Todos os empregados são elegíveis;
- Os acordos estão vinculados à evolução global positiva do banco, apurada mediante indicadores objetivos e avaliação de resultado;
- A avaliação de resultado é individual, com base no atingimento e/ou superação de metas previamente estabelecidas, as quais têm pesos específicos, variáveis de acordo com a função exercida;
- Os acordos garantem o valor mínimo estabelecido na Convenção Coletiva de Trabalho (CCT);
- O pagamento da PLR de 2007 deveria ser realizado até o penúltimo dia útil de março de 2008;

- O pagamento da PLR de 2008 deveria ser realizado até o penúltimo dia útil de março de 2009;
- O pagamento da PLR de 2009 deveria ser realizado até o penúltimo dia útil de março de 2010.

Contudo, o TVF dá conta de que não houve participação do sindicato da categoria nas negociações e tampouco na finalização do instrumento de acordo entre empresa e empregados. Afirma ainda que esse fato, somado à total falta de quaisquer das atas de reuniões relacionadas à negociação dos acordos, comprova o descumprimento do inciso I do art. 2º da Lei 10.101/2000.

Outro fato evidenciado pela Fiscalização é que os programas de metas vinculados aos acordos coletivos para pagamento de PLR não foram pactuados previamente. Aliás, nos três casos analisados, ocorreram pagamentos antes mesmo do instrumento de acordo ter sido assinado. O quadro a seguir, com dados extraídos do TVF, apresenta informações a respeito da data de assinatura dos acordos e do pagamento do benefício com base nos planos próprios:

Ano	Data de Assinatura	Data de Pagamento
2007	19/10/2007	08/2007
2008	02/02/2009	08/2008 e 03/2009
2009	19/10/2009	08/2009

Por essas e outras razões, entendeu a Fiscalização ter restado descumpridos os requisitos legais relacionados ao pagamento da verba e, por conseguinte, que tais valores estavam sujeitos à incidência das contribuições sociais objeto do lançamento.

O contribuinte, por sua vez, infere que a participação de membro do sindicato na celebração do instrumento de acordo relacionado aos planos próprios objeto do lançamento é absolutamente irrelevante dada a necessária e evidente participação do sindicato na Convenção Coletiva de Trabalho sobre a PLR dos Bancos.

A respeito do momento da assinatura dos acordos, diz ter passado a adotar políticas devidamente aprovadas pela sua presidência e respectivos membros da diretoria e conselho de administração e que, fixadas tais políticas, considerando que a participação de cada funcionário nos lucros e resultados auferidos depende do desempenho pessoal de suas funções, para medir e avaliar esse desempenho, adotou “Ficha de Avaliação de Performance”, preenchida para cada empregado com a descrição de suas metas e objetivos profissionais para o ano calendário, com a indicação do meio pelo qual tais metas seriam atingidas e como seriam avaliadas. Referidas fichas comprovariam que as metas individuais para o direito à participação nos lucros ou resultados foram sempre estabelecidas antes da data de seu pagamento.

De modo a facilitar a análise do caso concreto, convém, de início, recorrer à alínea “a” do inciso I e ao inciso II do art. 195 da CF/1988, dispositivo constitucional que estabelece as bases sobre as quais podem incidir as contribuições previdenciárias:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: (Vide Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

I - do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

a) a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

II - do trabalhador e dos demais segurados da previdência social, não incidindo contribuição sobre aposentadoria e pensão concedidas pelo regime geral de previdência social de que trata o art. 201; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 1998)

[...]

Como forma de resguardar a previdência pública, o legislador constituinte esclarece que a incidência da contribuição alcança a folha de salários, além de todo e qualquer outro rendimento do trabalho, independentemente do *nomen jures* que lhe venha a ser atribuído.

À luz do que estabelece o texto constitucional, o inciso I do **caput** do art. 22 da Lei nº 8.212/1991 constituiu a base de cálculo das contribuições de empregadores para o Regime Geral de Previdência Social como sendo “o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados e trabalhadores avulsos que lhe prestem serviços, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma”. No mesmo sentido é o art. 28 da mesma lei ao instituir base de incidência das contribuições de empregados (salário-de-contribuição).

Não restam dúvidas de que a PLR paga aos empregados tem por objetivo retribuir o trabalho. Via de regra, essa verba tem por desígnio premiar o esforço adicional empreendido pelos obreiros no intuito de incrementar os resultados da empresa. Desnecessários, pois, grandes esforços interpretativos para se concluir que a participação nos lucros ou resultados encontra-se inserida no conceito de remuneração/salário-de-contribuição. Aliás, entendimento em sentido diverso não encontra baliza na doutrina especializada, tampouco na jurisprudência consolidada.

Aqui não se olvida que a própria Constituição da República elencou entre os direitos sociais do trabalhadores a participação nos lucros ou resultados das empresas, porém, a desvinculação de referida parcela da remuneração está subordinada à observância dos requisitos estabelecidos em lei, conforme preceitua o inciso XI de seu art. 7º:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

XI participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei. (Grifou-se)

Em estrita consonância com o texto constitucional a alínea “j” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 estabelece que a exclusão da parcela paga a título de PLR da composição do salário-de-contribuição (base cálculo da contribuição previdenciária) está condicionada à submissão dessa verba à lei reguladora do dispositivo constitucional. *In verbis*:

Art. 28. [...]

§ 9º Não integram o salário-de-contribuição:

[...]

j) a participação nos lucros ou resultados da empresa, quando paga ou creditada de acordo com lei específica.

[...] (Grifou-se)

A regulamentação reclamada pelo inciso XI de seu art. 7º da CF/1988 somente ocorreu com a edição da Medida Provisória nº 794, de 29 de dezembro de 1994, reeditada sucessivas vezes e convertida na Lei nº 10.101/2000. Antes disso, tendo em vista a eficácia limitada da disposição constitucional, era perfeitamente cabível a tributação das parcelas pagas sob a denominação de PLR pelas contribuições previdenciárias. Ademais, foi exatamente nesse sentido que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento a respeito do tema, conforme se depreende dos julgados a seguir:

RE393764 AgR /RS-RIO GRANDE DO SUL AG.REG.NO RECURSO EXTRA ORDINÁRIO Relator(a): Min. ELLEN GRACIE Julgamento: 25/11/2008 Órgão Julgador: Segunda Turma

Ementa DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE A PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. ART. 7º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL MP 794/94.

1. A regulamentação do art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal somente ocorreu com a edição da Medida Provisória 794/94.
2. Possibilidade de cobrança da contribuição previdenciária em período anterior à edição da Medida Provisória 794/94.

Decisão

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto da Relatora. Ausente, licenciado, o Senhor Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 25.11.2008.

RE 398284 / RJ - RIO DE JANEIRO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MENEZES DIREITO

Julgamento: 23/09/2008

Órgão Julgador: Primeira Turma

Ementa. Participação nos lucros. Art. 7º, XI, da Constituição Federal. Necessidade de lei para o exercício desse direito.

1. **O exercício do direito assegurado pelo art. 7º, XI, da Constituição Federal começa com a edição da lei prevista no dispositivo para regulamentá-lo, diante da imperativa necessidade de integração.**
2. **Com isso, possível a cobrança das contribuições previdenciárias até a data em que entrou em vigor a regulamentação do dispositivo.**
3. **Recurso extraordinário conhecido e provido.**

O juízo esposado na decisão da Suprema Corte corrobora o entendimento de que os valores pagos a título de PLR têm natureza retributiva e sua desvinculação do salário-de-contribuição, repise-se, está subordinada ao estrito cumprimento dos requisitos estabelecidos em lei específica. Significa dizer que, ao revés do que imagina o Sujeito Passivo, uma vez descumprido quaisquer das condições necessárias à instituição do benefício, esse restará desnaturado e, em consequência disso, referida verba integrará a base de incidência de contribuições sociais.

Ressalte-se que a Lei nº 10.101/2000, ao versar sobre as negociações entre trabalhadores e empregadores com vistas ao pagamento de PLR possibilitou a celebração de ajustes por meio de acordo, convenção coletiva, ou ainda por comissão constituída por representantes do empregador e dos empregados, mas, nesse último caso, com a necessária participação do sindicato representativo dos trabalhadores. Confira o teor do dispositivo na sua versão original:

Art. 2º A participação nos lucros ou resultados será objeto de negociação entre a empresa e seus empregados, mediante um dos procedimentos a seguir descritos, escolhidos pelas partes de comum acordo:

I - comissão escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria;

***II - convenção ou acordo coletivo.** (Grifou-se)*

De se notar que, conquanto o inciso I acima tenha sido alterado pela Lei nº 12.832/2013 para garantir a paridade na comissão, a obrigatoriedade de participação de representante do sindicato no processo levado a efeito à luz desse dispositivo manteve-se indene. Abaixo transcreve-se o teor da disposição após a modificação:

I – comissão paritária escolhida pelas partes, integrada, também, por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria; (Redação dada pela Lei nº 12.832, de 2013) (Grifou-se)

É incontroverso que não houve participação de representante do sindicato dos trabalhadores na comissão que ajustou os termos para o pagamento de PLR no período de apuração objeto do lançamento. Claro está, portanto, que restou descumprida a regra insculpida no inciso I do art. 2º da Lei nº 10.101/2000.

Importa esclarecer que não há na Lei nº 10.101/2000, ou em qualquer outro normativo em vigor, previsão de dispensa da participação de representante do sindicato dos trabalhadores na definição das regras relacionadas aos planos próprios, ainda que a entidade tenha participado das negociações relacionadas a convenções ou acordos coletivos de trabalho. Ademais, mesmo que os aspectos gerais relacionados à PLR tenham sido traçados em convenção coletiva de trabalho ou que esse instrumento contenha previsão de pagamento de valor mínimo a esse título, a instituição de comissão para o estabelecimento de metas com vistas à percepção do benefício é obrigatória, como também o é a participação de membro do sindicato respectivo.

Afirmar simplesmente que “a eventual não participação de membro do sindicato nos referidos Instrumentos de Acordo não traz qualquer prejuízo para os empregados do Recorrente, pois se o sindicato já concordou com o “menos” (Convenção Coletiva), necessariamente haveria de concordar com o “mais” (Instrumentos de Acordo)” não outorga a quem quer que seja o direito de descumprir disposição expressa de lei.

Ainda acerca desse assunto, o inciso III do art. 8º da Constituição Federal estabelece que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”. Necessário esclarecer que ao preconizar a participação de representante do sindicato dos trabalhadores nos acordos de PLR celebrados a partir de comissões paritárias, pretendeu o legislador dar efetividade ao disposto na Lei Maior.

As disposições legais e constitucionais acima referidas não deixam dúvidas de que a participação dos sindicatos em processos de negociação de planos próprios de PLR não se trata de mera faculdade, mas sim de diretriz de caráter obrigatório, sendo defeso à empresa escusar-se de seu cumprimento. De se acentuar que a desobediência a esse requisito, considerada isoladamente, mostra-se suficiente para descaracterizar os planos próprios e impõe a tributação da verba.

Com relação à pacutuação prévia dos planos de PLR, o § 1º do art. 2º da Lei nº 10.101/2000 estabelece:

Art. 2º [...]

[...]

§ 1º Dos instrumentos decorrentes da negociação deverão constar regras claras e objetivas quanto à fixação dos direitos substantivos da participação e das regras adjetivas, inclusive mecanismos de aferição das informações pertinentes ao cumprimento do acordado, periodicidade da distribuição, período de vigência e prazos para revisão do acordo, podendo ser considerados, entre outros, os seguintes critérios e condições:

I- índices de produtividade, qualidade ou lucratividade da empresa;

II - programas de metas, resultados e prazos, pactuados previamente.

Conforme dito acima, a participação nos lucros ou resultados das empresas é mecanismo voltado à motivação dos trabalhadores, cujo objetivo é melhorar os resultados no negócio desenvolvido pela pessoa jurídica. Em contrapartida, parte dos valores resultante de eventual aumento de produtividade/lucro é destinada aos empregados. Por essa razão, não vejo como se falar em engajamento adicional do obreiro se ele não tem conhecimento prévio a respeito dos propósitos que se intenta alcançar, tampouco do quanto sua dedicação irá refletir em termos de participação.

Nesse sentido, considero que a lei exigiu não apenas o acordo prévio, ou seja, antes do início do período a que se refira, mas também o conhecimento por parte dos empregados de quais as regras (ou mesmo as metas) deverão ser alcançadas para que esses façam jus ao pagamento da parcela.

Ora, se consoante as disposições normativas encimadas, a lei exige a fixação de regras claras e objetivas, estabelecendo inclusive que do acordo para o pagamento da PLR devem constar mecanismos de aferição voltados para a mensuração dos índices ou metas convencionados, não me parece razoável que essa pactuação possa ser feita após o início do período de apuração voltado à aquisição do direito ou, como no caso em tela, após o pagamento da parcela. No meu entender, a interpretação que mais guarda coerência com lei disciplinadora da participação nos lucros ou resultados conduz à conclusão de que as regras e critérios devem ser previamente ajustados, pois somente após a adoção de tal medida será possível aferir o cumprimento do que fora acordado.

Dito de outra forma, como o legislador condicionou o pagamento da PLR à negociação entre capital e trabalho, devendo o instrumento resultante do ajuste conter claramente as condições necessárias à obtenção da vantagem, embora a Lei nº 10.101/2000 não disponha de forma expressa sobre ao lapso temporal que se deve observar entre a assinatura do acordo e o pagamento da verba, é de se adotar o entendimento que provém da norma legal, de que os requisitos necessários a fruição do benefício trabalhista hão de ter sido estipulados previamente. A lógica intrínseca ao sistema de participação nos lucros ou resultados exige que os empregados inteirem-se das regras com a antecedência necessária para que possam, assim, contribuir com seu esforço para o alcance das condições fixadas no ajuste, de forma a se valerem dos benefícios daí resultantes.

Embora a PLR de cada funcionários dependa do seu desempenho pessoal, como dito em sede de contrarrazões, as metas relacionadas ao benefício devem, em decorrência do regramento legal, ser estabelecidas a partir de negociação coletiva e sua negociação tem de ser feita, repise-se, antes de iniciado o período de apuração do direito. Não se pode imaginar que a aprovação de políticas pela presidência da empresa, com o respaldo dos demais membros da

diretoria, possa se prestar a substituir a exigência legal quanto à existência de ajuste entre as partes, finalizado antes do interstício de apuração dos resultados.

Assevere-se que, uma vez descumprido o requisito da pactuação prévia, as denominadas “Fichas de Avaliação de Performance”, que o Contribuinte diz serem preenchidas em relação a cada empregado, com a descrição de suas metas e objetivos profissionais, demonstram que os pagamentos efetuados a título de PLR têm, isso sim, características que mais se aproximam de gratificação ou prêmio por desempenho. Reforça essa tese o fato de, como se demonstrou acima, também não ter havido a participação dos sindicato na negociação para o pagamento da vantagem.

Assim, a despeito dos argumentos trazidos em sede de contrarrazões, entendo que a celebração de acordo entre empregador e empregados no transcurso do período de aquisição do referido direito ou após o seu pagamento desatende ao que dispõe o § 1º do art. 2º da Lei n.º 10.101/2000.

Ressalte-se que o entendimento aqui esposado é o que tem prevalecido no âmbito deste Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, a título exemplificativo cito os acórdãos nº 2401-003.488 de 15/4/2014, 9202-005.211, de 21/02/2017 e 9202-006.478, de 31/01/2018 e 2402-006.071, de 03/04/2018.

Por todas essas razões, dou provimento ao Recurso Especial da Fazenda Nacional para restabelecer a tributação com relação aos valores pagos aos empregados do contribuinte a título de PLR.

Recurso Especial do Contribuinte

O Recurso Especial do Contribuinte é tempestivo e atende aos demais pressupostos de admissibilidade, portanto deve ser conhecido.

No presente apelo, tem-se em discussão as matérias a) Previdência Complementar – aportes suplementares; e b) Juros moratórios sobre o valor da multa de ofício.

Previdência Complementar

Defende o Recorrente que deve ser afastada a incidência da contribuição previdenciária em relação à previdência complementar pois, tratando-se de plano de previdência privada de regime aberto, a exigência inserta na Lei Complementar nº 109/2001 é de que o plano seja oferecido a categorias específicas de trabalhadores, não se aplicando ao caso a parte final da alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/91 (de que o plano de previdência complementar seja disponibilizado à totalidade dos empregados e dirigentes).

Afirma ainda que mantém um único plano, com benefícios diferenciados para diretores estatutários e superintendentes executivos, agiu em estrito cumprimento da legislação quanto aos aportes, que os resgates efetuados obedeceram as exigências legais e que o plano ostenta caráter previdenciário.

A Fazenda Nacional, em sede de contrarrazões, questiona o fato de o plano não ser extensível à totalidade de empregados e dirigentes da empresa e defende que a verba tem natureza remuneratória, por não ter por objeto a formação de reservas garantidoras para a implementação de benefícios de previdência complementar.

Quanto à incidência de contribuições previdenciárias sobre as importâncias pagas no contexto da relação laboral, restou consignado alhures que a alínea “a” do inciso I e o inciso II do art. 195 da Constituição estabelecem que tais contribuições alcançam a folha de salários e

demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, o que inclui, por óbvio, os valores relativos a previdência complementar, seja ela aberta ou fechada.

Todavia, a partir da Emenda Constitucional nº 20, a própria Constituição passou a prever a hipótese em que as contribuições vertidas pelo empregador, destinadas ao financiamento de previdência complementar poderiam, nos termos da lei, deixar de integrar a remuneração dos trabalhadores:

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

Dos dispositivos acima transcritos, extrai-se que a espécie normativa destinada a regular o regime de previdência privado em termos gerais é lei complementar (art. 202, **caput**) e que o estabelecimento das condições para que as contribuições ao custeio dos planos de benefícios deixem de integrar a remuneração dos trabalhadores é reservado a lei de caráter ordinário.

Antes de tratar especificamente das normas relativas ao plano de previdência custeado pelo Contribuinte, e no intuito de facilitar o raciocínio que se busca desenvolver, cumpre fazer referência mais uma vez aos arts. 22 e 28 da Lei nº 8.212/1995, que, em conexão com o art. 195 da Constituição Federal, definiram as bases sobre as quais incidem as contribuições previdenciárias a cargo de empresas e empregados. Como se destacou no Recurso Especial da Fazenda Nacional, referidos dispositivos estabelecem que as contribuições sociais incidem sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês, aos segurados empregados, destinadas a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, o que inclui os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

Não obstante o que estabelece os citados dispositivos legais, mesmo antes da Emenda Constitucional nº 20/1998, a Lei nº 8.212/1991 já previa expressamente que as contribuições destinadas à previdência complementar, pagas pela empresa em benefícios de empregados e dirigentes a regimes abertos e fechados, não deveriam integrar a base de cálculo das exações destinadas ao custeio do Regime Geral de Previdência Social, uma vez atendidos os requisitos previstos na alínea “p” do § 9º de seu art. 28. Vejamos:

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

[...]

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

[...]

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

Ocorre que, com a alteração da redação do art. 202 da Constituição, a Lei Complementar 109/2001, fazendo as vezes de lei ordinária, estabeleceu condições para que as contribuições pagas a regimes privados de previdência deixassem de estar incluídas entre as hipóteses de incidência das contribuições destinadas à previdência oficial. Em virtude disso, a alínea “p” do § 9º do art. 28 acima, acabou por ser derogada pela Lei Complementar nº 109/2001 naquilo que não lhe é compatível.

A respeito do tema, insta reproduzir inicialmente os arts. 1º e 4º da Lei Complementar 109/2001:

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

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

Quanto à incidência de tributos sobre as contribuições pagas pelas empresas para o custeio da previdência complementar de empregados os arts. 68 e 69 da citada Lei Complementar estabelecem:

CAPÍTULO VIII DISPOSIÇÕES GERAIS

Art. 68. As contribuições do empregador, os benefícios e as condições contratuais previstos nos estatutos, regulamentos e planos de benefícios das

entidades de previdência complementar não integram o contrato de trabalho dos participantes, assim como, à exceção dos benefícios concedidos, não integram a remuneração dos participantes.

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

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

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

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

§ 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. (Grifou-se)

Neste ponto, cumpre rememorar que o § 2º do art. 202 da Constituição determinou que as contribuições das pessoas jurídicas a planos de benefícios de entidades de previdência privada não integram a remuneração dos participantes, desde que observados os termos da lei. Especificamente sobre os planos de benefícios de entidades fechadas, o art. 16 da própria Lei Complementar nº 109/2001 é no seguinte sentido:

CAPÍTULO II DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS

[...]

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.

§ 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. (Grifou-se)

Aperceba-se que, neste ponto, o art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001 segue lógica idêntica à da alínea “p” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 ao estatuir que os planos de benefícios de previdência privada mantidos por meio de entidades fechadas devem ser, obrigatoriamente, oferecidos a todos os empregados dos patrocinadores. Por conseguinte, um programa dessa natureza, quando destinado a apenas uma parcela dos empregados, deixa de observar tanto a Lei Complementar nº 109/2001 quanto a Lei de Custeio Previdenciário e, nesse

caso, não encontra amparo no § 2º do art. 202 da CF/1998, estando sujeito às contribuições ao Regime Geral de Previdência Social.

Em relação ao caso concreto, tem-se que o argumento veiculado no Termo de Verificação Fiscal e nas Contrarrazões da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, de que o plano de previdência aberto, quando colocado à disposição apenas de uma parte dos trabalhadores a serviço da empresa, estaria em desacordo com o art. 16 da Lei Complementar nº 109/2001, não merece acolhida. É que citado dispositivo, reproduzido acima, integra a Seção II do Capítulo II da citada Lei Complementar, que, como se viu, refere-se exclusivamente a planos de benefícios de entidades fechadas de previdência privada. Os critérios para instituição de planos relacionados a entidades abertas foram inseridos na Seção III do mesmo capítulo, mais especificamente no art. 26 da norma, que se colaciona a seguir:

*CAPÍTULO II
DOS PLANOS DE BENEFÍCIOS*

[...]

*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.

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

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

De se notar que o art. 26, embora faça referência grupos de pessoas constituídos por uma ou mais categorias específicas, em momento algum exige que o benefício seja estendido a todos os empregados ou dirigentes da empresa, como referido na Lei nº 8.212/1991.

Em decorrência das inovações normativas que se sucederam à alteração do art. 202 da Constituição, vê-se que, em se tratando de regime aberto de previdência complementar:

- a) antes de 30/05/2001, data de publicação da Lei Complementar nº 109, somente poderiam ser excluídos da base de cálculo das contribuições previdenciárias os valores relativos à previdência complementar aberta se extensíveis à totalidade segurados e dirigentes a serviço da empresa (Lei nº 8.212/1991, § alínea “p”); e
- b) a partir de referida data, a exigência para a não incidência das contribuições passou a ser a destinação do benefício a categorias específicas de empregados (§§ 2º e 3º do art. 26 da Lei Complementar nº 109/2001).

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 entidades fechadas, a empresa deverá oferecê-lo à totalidade de seus empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes; e ii) em se tratando de planos de entidades abertas, esse pode ser destinado a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria.

De se ressaltar que essa matéria tem sido debatida de forma reiterada no âmbito deste Colegiado, exemplo disso são as decisões prolatadas no Acórdãos nº 9202-003.193, de 07/05/2014, e 9202-005.241, 22/02/2017, da lavra dos Ilustres Conselheiros Gustavo Lian Haddad e Luiz Eduardo de Oliveira Santos, respectivamente. Mais recentemente, em 18/06/2019, a matéria foi também abordada no Acórdão nº 9202-007.974, de relatoria da Ilustre Conselheira Maria Helena Cotta Cardozo. Em todas essas situações, o entendimento foi no sentido de que o fato de o benefício não se estender à totalidade dos empregados e dirigentes, de forma isolada, não pode fundamentar a desqualificação de plano aberto de previdência privada.

Contudo, essa questão, de não abranger a totalidade de empregados e dirigentes da empresa, não foi a única razão que levou à tributação de referida verba. De acordo com a decisão recorrida a verba cognominada de previdência complementar foi utilizada como instrumento de incentivo ao trabalho, tendo assumido característica de gratificação ou prêmio e, por esse motivo, foi mantida a tributação. Nos termos de referida decisão:

- a) a empresa possui um comitê de remuneração composto por membros escolhidos dentre os integrantes do Conselho de Administração;
- b) a linha geral de atuação do comitê é estabelecer a remuneração dos administradores com base em resultados e performances tanto da empresa como individuais;
- c) o objetivo do comitê de remuneração é propor ao Conselho de Administração as políticas e diretrizes de remuneração dos Administradores Estatutários da organização, tendo por base as metas de desempenho estabelecidas pelo Conselho;
- d) o Comitê submete ao Conselho de Administração a política e diretriz de remuneração dos Administradores Estatutários, com base nas metas, objetivos e performance da Sociedade e retorno aos acionistas;
- e) as reuniões do comitê de remuneração definiam os valores a serem pagos aos administradores estatutários do banco a título de previdência privada, sendo que

eram feitas sempre antes das assembleias gerais, ou seja, os valores eram definidos pela direção do banco e apenas ratificados nas assembleias;

f) o comitê de remuneração estipulava de forma antecipada e unilateral o valor a ser aportado na previdência complementar a seus dirigentes;

g) no ano calendário de 2009, os montantes destinados como remuneração global anual foram de R\$170.000.000,00 e para custear planos de previdência complementar dos administradores do banco foram de R\$100.000.000,00;

h) a empresa possui um Plano de Previdência Complementar fechado, disponível a totalidade de seus empregados desde junho de 1985, e um outro plano, chamado “PGBL - EMPRESARIAL”, disponível apenas para o Presidente do Conselho, os Conselheiros, Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessor da Diretoria e Superintendentes;

i) os critérios de elegibilidade são definidos única e exclusivamente pela Instituidora, que pode recusar a proposta de inscrição do participante;

j) não foi verificada regra geral para as contribuições da Instituidora;

k) os participantes em gozo de benefícios devem passar a se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência S/A, não havendo mais obrigações contratuais para a Instituidora,

l) não restou comprovado o caráter previdenciário/atuarial das contribuições vertidas para a previdência complementar;

m) a empresa apresentou os aportes feitos por ela como instituidora de maneira individual para os elegíveis ao plano PGBL - EMPRESARIAL, sendo anexadas as planilhas com os valores;

n) na 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, verificou que os valores aportados na previdência complementar são substanciais e em vários casos maiores que o próprio rendimento do trabalho;

o) vários dirigentes e empregados em gozo de benefício do plano de previdência privada continuaram a receber os aportes da empresa nas suas contas, o que leva à conclusão de que esses deveriam ter outra finalidade que não a previdenciária, pois o regulamento do plano estabelece que os participantes nesta situação deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência;

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

À evidência, o contexto fático resumido acima revela que os valores pagos a título de previdência privada complementar configuram-se, de fato, como uma gratificação ou prêmio, eis que a recorrente seleciona tanto os valores a serem vertidos à previdência como os beneficiários do programa de previdência complementar.

Além disso, as razões acentuadas no acórdão desafiado demonstram que os aportes a título de previdência privada destinados aos dirigentes estão atrelados a metas de desempenho estabelecidas pelo Recorrente e decorre de critérios subjetivos, tendo em vista que: (i) não foram apresentadas pela empresa as memórias de cálculo das referidas contribuições ao plano de previdência privada, não tendo sido demonstrado o seu caráter previdenciário; (ii) as contribuições suplementares, efetuadas mensalmente em benefício desses dirigentes, foram realizadas em valores substanciais, tendo sido definidas pelo comitê de remuneração de forma unilateral e a partir dos resultados alcançados; (iii) houve resgates efetuados pelos dirigentes no período fiscalizado, no mesmo mês, e em valores próximos aos das contribuições vertidas, frustrando o objetivo de complementação das aposentadorias.

No que diz respeito aos critérios de elegibilidade, entendo que se deva acolher as razões recursais, pois o Contribuinte figura no 6º Termo Aditivo (fls. 61/67), instrumento que instituiu os benefícios suplementares que ora se analisa, na condição de “Instituidor” e o documento faz referência à hipótese de a “Companhia” (que é a entidade de previdência complementar) recusar proposta de inscrição, ou seja, não se mostra possível afirmar que a Recorrente tem o poder de recusar a adesão de participantes.

Por outro lado, o argumento recursal de que a Recorrente mantém um único plano, mas com benefícios diferenciados, em nada altera as constatações indicadas no Relatório Fiscal de que, com relação aportes suplementares, o que se visava era tão-somente remunerar determinada parcela de colaboradores.

Como dito na própria peça recursal, “os planos de Previdência Privada visam proporcionar a todos os funcionários a possibilidade de obter na inatividade vencimentos em valor próximo aos da época em que estavam na ativa”. Porém, esse argumento mostra-se contraditório quando se defende que os resgates efetuados, inclusive no valor total das contribuições, não descaracterizaria a natureza desses planos.

De outra parte, e na mesma linha de raciocínio desenvolvida no citado Acórdão nº 9202-007.974, faz necessário esclarecer que não está em discussão a possibilidade ou não de haver no mercado de previdência privada plano que possibilite operações financeiras das mais diversas. Questões essas que devem ser reguladas pelos órgãos que detêm competência para tanto. O que se está a tratar nos autos é da exclusão de valores destinados à previdência complementar da base de cálculo das contribuições previdenciárias, o que envolve o atendimento de pressupostos relacionados a matéria de natureza tributária a justificar a fruição do benefício.

Assim, faz-se mister analisar as características do plano mantido pela Instituidora, no intuito de verificar se esse atende efetivamente a finalidade da norma, de modo a proporcionar a exclusão da verba da base de incidência das contribuições sociais, o que resta impossibilitado caso haja desvirtuamentos aptos a convertê-la em remuneração. Nesse passo, afasta-se toda e qualquer alegação de que normas da Susep sobrepor-se-iam às regras da tributação.

Seguindo raciocínio semelhante, tem-se o Acórdão nº 2401-004.776, que retrata o posicionamento aqui exposto:

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

[...]

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

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

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

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

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

Para a recorrente, entretanto, basta que as contribuições da empresa destinadas a custear planos de previdência complementar aberta em benefícios de empregados e dirigentes sejam pagas a entidades de previdência privada regularmente constituídas para que deixem de ser consideradas integrantes da remuneração. Atendidas essas exigências, referida verba estaria desonerada de quaisquer tipos de tributos, inclusive de contribuições previdenciárias.

Não obstante, o art. 26 da Lei Complementar nº 109/2001 é absolutamente claro no sentido de que os planos de previdência complementar coletivos têm por objetivo “*garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante*”. Assim, tem-se que o plano instituído com base no 6º Termo Aditivo contém regras que o distanciam sobremaneira dos objetivos da lei e da própria Constituição Federal que estabelece que “*O regime de previdência privada[...] será [...] baseado na constituição de reservas que garantam o benefício contratado*”.

A manutenção de plano de previdência de caráter privado que possibilite a efetivação de resgates regulares do total dos valores aportados não somente pelo participante, mas também pela empresa acaba por desnaturá-lo, visto que o resgate das contribuições constitui obstáculo à formação de reservas garantidoras destinadas à implementação dos benefícios respectivos. Em virtude disso, embora a empresa infira não ter descumprido exigências contidas em lei ou em atos normativos expedidos por órgãos responsáveis por regular a previdência complementar aberta, é nítida a natureza remuneratória do plano por ela oferecido e, por conseguinte, não há como reconhecer a existência de direito ao benefício tributário.

Ademais, a alegação contida no Recurso Especial, segundo a qual “*o Recorrente não tem controle algum sobre os resgates efetuados pelos beneficiários*” nem ao menos encontra

guardada nos elementos de prova trazidos aos autos. Veja-se que a Cláusula Quarta do 6º Termo Aditivo (fl. 64) é expressa no sentido de que tais resgates devem ser precedidos de autorização da Instituidora. Confira-se:

Cláusula Quarta – Do Resgate

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

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

De mais a mais, sustentar que os valores resgatados por determinado funcionário referem-se às contribuições existentes dois anos antes, já afetados pela valorização das quotas do fundo de investimento, também não serve de amparo ao Sujeito Passivo, pois, pelo que se expôs até aqui, os valores vertidos ao plano de benefícios suplementares têm característica de gratificação ou prêmio, por estarem atrelados a resultados alcançados e caracterizarem-se como instrumento de incentivo ao trabalho.

Além do que, a constatação de que diversos dirigentes e empregados continuaram a receber aportes da empresa em suas contas bancárias, mesmo após estarem em gozo de benefício do plano de previdência privada, situação em que deveriam se relacionar diretamente com a Bradesco Vida e Previdência (entidade de previdência complementar), demonstra que essas contribuições tinham finalidade outra que não a complementação de aposentadorias.

Inferire ainda o Recorrente que o fato de os aportes relativos ao plano de previdência privada dos seus administradores estatutários serem propostos ao Conselho de Administração pelo comitê de remuneração não significa que tal comitê só delibere a respeito de remunerações. Contudo a caracterização dos valores pagos a título de previdência complementar como salário, repita-se, não se deve exclusivamente ao fato de referidos valores terem sido estabelecidos pelo comitê, mas à forma com que essa verba era atribuída aos administradores da recorrente. Problema algum haveria se, mesmo definidos pelo comitê de remuneração, tais contribuições cumprissem os objetivos definidos por lei e pela Constituição quanto à formação de reservas com vistas a garantir o pagamento de benefícios previdenciários, inclusive com o estabelecimento de critérios objetivos para a definição dos aportes sob responsabilidade do Sujeito Passivo o que, como visto, não é o caso.

De outra parte, é justificável que os aportes efetuados de previdência privada sejam maiores para aqueles que detêm maiores remunerações, o que não se coaduna com as normas de regência é que esses aportes sejam definidos de forma unilateral e com base nos resultados alcançados pelo destinatário do benefício, em valores que se aproximam da remuneração do participante e sem a definição de metodologia apta a demonstrar que as contribuições efetuadas ao plano tem como finalidade a garantia dos benefícios previdenciários nele previsto.

Convém registrar que este Colegiado já examinou planos de previdência privada complementar de empresas do Grupo Bradesco, concluindo-se no mesmo sentido do presente voto. Nessas oportunidades foram prolatados os Acórdãos nº 9202-007.559, de 25/02/2019, e nº 9202-007.974, de 18/06/2019 (já citado anteriormente) de relatoria das Ilustres Conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieiri e Maria Helena Cotta Cardozo, que acompanhei e trago à colação:

Acórdão nº 9202-007.559*Ementa*

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2010 a 31/12/2011

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. CONCEDIDA A TÍTULO DE REMUNERAÇÃO. 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, no caso de não restar comprovado o caráter previdenciário destas contribuições.

JUROS SOBRE MULTA DE OFÍCIO. SÚMULA CARF Nº 108.

Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.

Voto

As demais argumentações do recurso se debruçam sobre as regras constantes dos contatos valendo destacar que três foram as razões adotadas pelo acórdão recorrido para descaracterização do plano: i) aportes da empresa de quase 100% do valor dos salários dos funcionários, ii) ausência de critérios objetivos para os aportes e iii) possibilidade de resgates ilimitados.

[...]

Assim, em que pese a argumentação recursal, da leitura feita das cláusulas contratuais e da análise do demais elementos trazidos aos autos, deve-se concluir que o PGBL Empresarial oferecido pela Contribuinte aos seus executivos não pode ser classificado como planos de previdência complementar, afinal se os aportes na prática não se destinam a garantir a concessão de um benefício futuro, não se justifica que sejam os mesmos isentos da tributação nos termos em que proposto pela norma do art. 28, §9º, 'p' da Lei nº 8.212/91. (Grifou-se)

Acórdãos nº 9202-007.974

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO ESPECIAL DE DIVERGÊNCIA. PRESSUPOSTOS. CONHECIMENTO.

Atendidos os pressupostos regimentais, mormente no que tange à demonstração da divergência jurisprudencial suscitada, o Recurso Especial deve ser conhecido e apreciadas as razões nele contidas, independentemente da forma como a matéria foi especificada no respectivo despacho de admissibilidade.

PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. REMUNERAÇÃO CARACTERIZADA. HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

No caso de plano de previdência complementar em regime aberto, a empresa pode eleger como beneficiários grupos de empregados e dirigentes pertencentes a determinada categoria, desde que não se caracterize como incentivo ao trabalho, gratificação ou prêmio, situação em que os respectivos valores

integram a remuneração e sujeitam-se à incidência de Contribuição Previdenciária.

Em razão dos fatos acima evidenciados, nego provimento ao Recurso Especial do Contribuinte nessa parte.

Juros moratórios sobre o valor da multa de ofício

Com relação à incidência de juros de mora sobre o valor da multa de ofício, de se esclarecer que se trata de exigência decorrente de disposição legal expressa, sendo vedado seu afastamento por decisão administrativa. Além disso, a questão encontra-se pacificada no âmbito deste Conselho, tendo sido inclusive editada a respeito do tema a Súmula CARF nº 108, com efeito vinculante por força da Portaria ME nº 129, de 01/04/2019, o que torna obrigatória sua observância pelos julgadores de 2ª instância administrativas e por todos os órgãos da Administração Tributária Federal:

Súmula CARF nº 108. *Incidem juros moratórios, calculados à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC, sobre o valor correspondente à multa de ofício.*

Desse modo, e filiando-me ao entendimento revelado nos acórdãos que serviram como precedentes para a elaboração da Súmula, não vejo como conferir razão aos argumentos trazidos na peça recursal.

Conclusão

Em razão de todo o exposto, conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional e, no mérito, dou-lhe provimento; e conheço do Recurso Especial do Contribuinte e, no mérito, nego-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Mário Pereira de Pinho Filho