



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 19515.003728/2010-00
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-010.228 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de setembro de 2022
Recorrente SCOPUS TECNOLOGIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. PREVIDÊNCIA PRIVADA COMPLEMENTAR ABERTA. AUSÊNCIA DE PROPÓSITO PREVIDENCIÁRIO. INSTRUMENTO REMUNERATÓRIO. INCIDÊNCIA.

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

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei 8212, de 1991, com a redação da Lei 11.941, de 2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991.

PAF. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.

Com arrimo nos artigos 62 e 72, e parágrafos, do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

JUROS DE MORA SOBRE A MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA. 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 Súmula CARF nº 108

TAXA SELIC. LEGALIDADE. SÚMULA CARF Nº 4

Não há que se falar em inconstitucionalidade ou ilegalidade na utilização da taxa de juros SELIC para aplicação dos acréscimos legais ao valor originário do débito, porquanto encontra amparo legal no artigo 34 da Lei nº 8.212/91.

Com fulcro na legislação vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, incide multa de mora sobre as contribuições previdenciárias não recolhidas no vencimento, de acordo com o artigo 35 da Lei nº 8.212/91 e demais alterações.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento parcial ao recurso voluntário para aplicar a retroação da multa da Lei 8.212/91, art. 35, na redação dada pela Lei 11.941/2009.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Gustavo Faber de Azevedo, Rayd Santana Ferreira, Wilderson Botto e Miriam Denise Xavier.

Relatório

SCOPUS TECNOLOGIA LTDA, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 13ª Turma da DRJ em São Paulo/SP, Acórdão nº 16-31.762/2011, às e-fls. 517/533, que julgou procedente o lançamento fiscal, referente às contribuições sociais destinadas aos TERCEIROS, em relação ao período de 01/2007 a 12/2007, conforme Relatório Fiscal, às e-fls. 43/93, consubstanciados no DEBCAD nº 37.309.508-2.

De conformidade com o Relatório Fiscal, o lançamento abarca as contribuições previdenciárias incidentes sobre os pagamentos efetuados através de crédito nas contas dos planos de previdência privada complementar dos participantes (indivíduos remunerados pela empresa instituidora do plano) junto à empresa Bradesco Vida e Previdência S/A.

Os fatos geradores lançados foram verificados na contabilidade da empresa, vez que não transitaram pela folha de pagamento nem, tampouco, pela Guia de Recolhimento ao FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP. Os respectivos recolhimentos não foram comprovados nem constam dos bancos de dados da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB.

Ainda, citado relatório informa que o contribuinte, em benefício próprio e de seus administradores e empregados contratados (funções de direção), efetuou pagamento de remuneração disfarçada mediante crédito em contas de previdência privada, de forma a assegurar sua dedução do lucro real e a evitar a incidência de contribuições previdenciárias, demais encargos trabalhistas e incidência do Imposto de Renda Retido na Fonte - IRRF.

Pormenorizando o quanto constatado, informa que da análise dos livros contábeis e esclarecimentos prestados pela Autuada, foram observadas as seguintes situações:

Contabilização do valor total de R\$ 3.418.624,61, nas contas: a) 0670811 - Previdência Privada dos Funcionários; b) 0671208 - Previdência Privada dos Diretores Estatutários.

Tal informação constou da Declaração de Informações Econômico-fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ de 2008, na Ficha 64 (Informações Previdenciárias), Linha 07 (Despesa com Planos de Previdência Privada).

Da análise dos documentos societários, ressalta o que segue:

Consta da Ata de Reunião dos Sócios-cotistas de 28/04/2006 a fixação do montante global anual da remuneração dos administradores no valor de até, R\$3.500.000,00 e, adicionalmente, previsão da verba de, até, R\$ 2.000.000,00, destinada a custear Plano de Previdência Complementar Aberta dos Administradores, dentro do Plano de Previdência destinados aos Funcionários e Administradores da Organização Bradesco.

Ainda, o § 5º, cláusula 6º, do 2º Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social (30/04/07), estabelece que: *A remuneração dos Diretores será afixada pelos Sócios-cotistas, de comum acordo, os quais poderão conceder gratificações aos Administradores que considerar merecedores delas.*

No tocante aos quatro contratos de Previdência Privada firmados entre a autuada e Bradesco Previdência e Seguros S/A, tece as seguintes ponderações:

O contrato (Convênio de Adesão ao Plano I) foi comprovadamente contratado a partir de 07/1994. A partir de 20/05/99, passou a oferecer aos seus empregados e dirigentes o denominado Plano de Benefícios, na modalidade contribuição definida e benefício definido.

Em 30/07/99, foi formalizado o 6º Termo Aditivo ao plano, do qual se extrai do item 1.1 da Cláusula Primeira instituição de Plano de Benefícios Suplementares na Companhia, na modalidade de um Plano Gerador de Benefício Livre - PGBL.

No item 2.1 da Cláusula Segunda, determina que serão considerados participantes deste plano os Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargos de assessor da Diretoria da Instituidora, participantes dos Planos I e II mantidos por esta. Tal previsão, consoante esclarecimentos da Empresa, referir-se-iam a contribuições suplementares.

Ademais, informa que a partir de 30/04/2000 a Empresa decidiu implementar Plano de Previdência Privada de Benefício Livre — PGBL, para os empregados e dirigentes da companhia.

Em conclusão, afirma que foi verificada a existência de dois planos distintos sendo um extensivo a todos os funcionários (Plano II - PGBL) - Contrato: A037337 - Contribuições Básicas; outro que abarcaria somente os Diretores da empresa, Contrato: 34537 - Contribuições Suplementares. Na verdade este último versa sobre plano de Benefícios Suplementares da Companhia, na modalidade de PGBL.

É de ser observado que da Cláusula Segunda, item 2.1, do 6.º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada, referente às Contribuições Suplementares, considera como participantes Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e os investidos em cargos de Assessor da Diretoria, da Instituidora que participem do plano de Contribuições Básicas.

Desta sorte, os lançamentos consubstanciados neste AI referem-se às indigitadas contribuições suplementares (contrato: 34537) efetuadas pela Autuada/Instituidora.

No tocante aos valores dos aportes efetuados pela Autuada em nome dos diretores da empresa (contrato: 34537), a própria empresa esclarece que para fins do cálculo dos montantes a serem aportados a título de "contribuições suplementares" levava em consideração o quanto fixado e aprovado em reunião dos sócios da empresa segundo critérios objetivos e uniformes em função do tempo de cargo na organização e honorários/vencimentos.

Quanto às questões de aporte e resgates envolvidas nos planos de previdência privada, ressalta-se:

No plano de Contribuições Básicas, o resgate equivale ao saldo formado exclusivamente pelas contribuições feitas às expensas do Participante, enquanto a parte do saldo formado pelas contribuições da Instituidora será revertida ao Plano de Benefícios.

No plano de Contribuições Suplementares, as contribuições da Instituidora são levadas a crédito da *Conta de Reserva do Participante - Parte INSTITUIDORA*, sendo possibilitado o resgate, mesmo durante o período de diferimento, de parte ou totalidade do saldo da *Conta de Reserva do Participante - PARTE INSTITUIDORA e PARTE PARTICIPANTE*.

Complementarmente, quando de eventual desligamento do Participante junto à Instituidora, aquele poderá resgatar parte ou a totalidade do saldo da *Conta de Reserva do Participante - Parte INSTITUIDORA*.

Na forma de planilhas, fls. 41, a Autoridade Fiscal demonstra os resgates efetuados por todos os participantes do plano em tela (Contribuições Suplementares) no transcorrer dos anos de 2005 a 2007.

A seguir, a Autoridade Fiscal afirma que o Sujeito Passivo efetuou o pagamento de gratificação ajustada através de depósitos em conta de previdência privada para dois diretores estatutários e dois superintendentes executivos, estes empregados.

Justifica seu entendimento asseverando que, de fato, há uma contratação firmada entre empregado e a empresa acordando o pagamento de uma *remuneração variável* em virtude do desempenho do beneficiário, em razão de decisões tomadas pelos sócios da empresa.

Ademais, tornando a citar o quanto previsto no § 5º, cláusula 6º, do 2º Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social (30/04/07), relembra que a remuneração dos Diretores é afixada pelos Sócios-cotistas, sob forma de gratificações.

Em complemento, articula que a Ata de Reunião dos Sócios-cotistas de 28/04/2006, em observância expressa ao supracitado dispositivo contratual, determinou, além do valor da remuneração dos diretores, o pagamento de R\$ 2.000.000,00 a título de Plano de Previdência Complementar Aberta dos Administradores.

Na continuidade de seu raciocínio, afirma que o 6º Termo Aditivo, acaba por instituir plano diferenciado de Previdência Privada não extensivo a totalidade dos empregados e administradores, vez que impede a participação daqueles que não se enquadram como administradores da Instituidora.

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a procedência do seu pedido.

Por sua vez, a Delegacia de Julgamento em São Paulo/SP entendeu por bem julgar procedente o lançamento, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 538/618, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, repisa às alegações da impugnação, motivo pelo qual adoto o relato da decisão de piso:

2.1. A Impugnante mantém disponível a todos os seus empregados **Plano de Previdência Privada Aberta Coletivo - Plano II** - do tipo PGBL, Renda Fixa, estruturado no Regime Financeiro de Capitalização e na modalidade Contribuição Variável, conforme Regulamento e Contrato A037337 - Contribuições Básicas, com benefícios diferenciados para os diretores estatutários e superintendentes executivos conforme 6. Termo Aditivo - Plano de Benefícios Suplementares, conforme Contrato 34537 - Contribuições Suplementares, junto à empresa BRADESCO VIDA E PREVIDÊNCIA S/A.

(...)

2.3. Contudo, a exigência fiscal não pode prevalecer vez que não pautada no ordenamento vigente, resultando que o questionamento fiscal volta-se contra a própria legislação.

2.4. Ademais, alega equívoco quanto à multa aplicada (75%), vez que não seria a mais benéfica.

2.5. Ainda, os juros moratórios jamais poderiam incidir sobre a multa nem ser calculados na dimensão pretendida, não havendo que se falar em co-responsabilidade dos diretores.

2.6. Após breve arrazoado sobre os incentivos às iniciativas dos particulares em áreas de atuação do Estado, referindo-se, especialmente, à previdência, conclui que se trata de benefício de significado social e não tem relação como o trabalho prestado, nascendo da exclusiva vontade do empregador ou de negociações coletivas.

2.7. Buscando amparo nas previsões constitucionais, mormente art. 195, I, 'a', e art. 201, § 11, conclui que a base de cálculo da contribuição previdenciária é a folha de salário, que compreende os rendimentos decorrentes do trabalho.

2.8. Diferencia os conceitos de salário e remuneração, para, novamente, concluir que estariam excluídos do salário de contribuição os benefícios que, ainda que concedidos em decorrência do contrato de trabalho, são despojados de caráter remuneratório e, portanto, salarial.

2.9. Transcreve, parcialmente, as alíneas do § 9º, do art. 28, da Lei nº 8.212/91, destacando a previsão contida na letra "p".

2.10. Suscita atenção ao previsto no art. 2º, do Decreto-Lei nº 2.296/86 e, ainda, combinado com art. 202, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, para concluir que as contribuições do empregador para planos de benefícios de entidades privadas de previdência não integram a remuneração.

2.11. Ademais, sustenta que a indigitada previsão do § 2º, art. 202, da Carta Política Brasileira, encerra verdadeira imunidade.

2.12. Apresenta apanhado legislativo/normativo.

2.13. Assevera que a Previdência Privada, que no princípio era assemelhada à Previdência Oficial, em termos de coberturas, evoluiu para abarcar modalidades

semelhantes a poupanças forçadas (PGBL) que, dentre outras características, assegura liberdade dos participantes e da instituidora quanto ao pagamento das contribuições, em relação aos valores e periodicidade, bem como garantia do direito de resgate total ou parcial, a qualquer tempo, respeitada a carência e intervalo entre resgates.

2.14. Ademais, o Regulamento do Plano II foi devidamente aprovado pela SUSEP, conforme processo SUSEP nº 10.003048/01-23 e é disponível a todos.

2.15. Complementando, entende que nem a Constituição, nem a LC 109/01, exigem que os planos estabeleçam benefícios em valores idênticos a todos os empregados e dirigentes da empresa.

2.16. Ainda, o Plano II prevê benefícios para todos os empregados e dirigentes da empresa, custeados com as contribuições normais. Para os dirigentes, são previstas contribuições complementares, porque sendo a remuneração desses profissionais mais elevada, apenas as contribuições normais não permitiriam atingir os objetivos da Previdência Privada, que é proporcionar na inatividade padrão de vida semelhante ao que o beneficiado tinha em atividade. Assim, a previsão de benefícios diferenciados além de não implicar em violação à LC 109/01, tem por finalidade o exato atendimento de seus objetivos fundamentais.

2.17. Articula, desta forma, que o objetivo da aposentadoria complementar é minorar para os empregados (e para seus dependentes) os efeitos dos riscos sociais que os atingiram, no caso a velhice, a doença e eventualmente a invalidez e a morte, e que dão origem à aposentadoria".

2.18. Seria este o justo motivo para que os planos ofereçam aos dirigentes benefícios diferentes daqueles oferecidos aos demais empregados sob pena de em relação àqueles a previdência privada não atingir seus objetivos.

2.19. Ademais, quanto à extensividade do plano, a previsão que determina serem os planos disponíveis a todos não implica em que sejam idênticos para todos.

2.20. Sita, novamente, a LC 109/01 (art. 14, III e 27) e, ainda, Resolução CNSP 6/97, art. 11, Circular SUSEP 101/99, art. 7.e 27, Circular SUSEP 183/02, art. 9., 12 e 21 e Circular SUSEP 338/07, art. 19, para fundamentar acerca do direito de resgate.

2.21. Complementarmente, enfatiza que a responsabilidade por fiscalizar o cumprimento desses prazos é da EAPP (Bradesco Vida e Previdência), não podendo, assim, ser a Impugnante penalizada pelo exercício do direito de resgate do participante em prazo inferior ao previsto na legislação.

2.22. Quanto à alegação de simulação (art. 167, §1º, II, Código Civil), para que tal prosperasse, deveria o Fisco ter comprovado de forma cabal a participação de pelo menos 4 sujeitos (Impugnante, dirigentes, a EAPP e a SUSEP), o que não fez.

2.23. Cita, ainda, doutrina para afirmar que na simulação o ato ou negócio jurídico aparente não reflete a realidade, ou porque nenhum ato ou negócio foi praticado, ou porque aquele praticado é diverso do aparente.

2.24. Conclui que a simulação só ocorre nas hipóteses elencadas no artigo 167 do Código Civil, e ainda exige a existência de dois negócios: um aparente e outro real e que, no caso concreto, há, tão-somente, um negócio que é o aparente e o real.

2.25. Assim, não se vislumbrando a existência de declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira, nem documentos ante ou pós-datados, não se cogita de simulação no caso concreto.

2.26. No atinente às multas aplicadas no presente AI, conforme art. 44 da Lei nº 9.430/96, em virtude do art. 144 do CTN, deveria ter sido aplicada a multa no patamar de 24%, em virtude do previsto, ao tempo dos fatos geradores autuados, no art. 35, II, 'a', da Lei nº 8.212/91.

2.27. Defende, desta sorte, que a aplicação da atual redação do art. 35-A da Lei nº 8.212/91, conforme efetuado pela Autoridade Fiscal, não traduz a inteligência do previsto no art. 106, II, 'c', do CTN, especialmente porque o AI referente à obrigação

acessória e somado ao presente para fins do cômputo da multa inclui outro fato gerador que não o incluído no guerdado AI.

2.28. No tocante aos juros, entende desarrazoada a incidência de juros de mora sobre o valor da multa de ofício. Colaciona julgados administrativos de segunda instância.

2.29. Finalmente, combate a incidência dos juros calculados com base na taxa SELIC por revelar-se figura híbrida, composta de correção monetária, juros (...)

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço dos recursos e passo ao exame das alegações recursais.

MÉRITO

DA PREVIDÊNCIA PRIVADA

A fiscalização concluiu que estaria havendo desvirtuamento do Plano de Previdência Privada que teria sido instituído e mantido pela autuada com descumprimento da legislação previdenciária, em síntese, porque:

- O Plano II não estaria disponível a todos porque as contribuições suplementares beneficiam apenas os diretores estatutários e os superintendentes executivos.

- Não há metas pré-estabelecidas para estipular as contribuições destinadas a fazer frente aos benefícios diferenciados; seus montantes são fixados em Reuniões de Sócios da Empresa atendendo a critérios objetivos e uniformes que levam em conta tempo de cargo na organização e honorários/vencimentos; seus valores são expressivos se comparados com a remuneração dos beneficiários e com as contribuições por eles vertida ao Plano.

- Ocorreram resgates anuais praticamente na mesma época por todos os beneficiários em valores expressivos muito próximos aos valores das contribuições anuais, frustrando o objetivo dos Planos que é a complementação de aposentadorias.

- No caso há uma contratação firmada especificamente entre empregado e empresa, acordando o pagamento de remuneração variável, em razão de decisões tomadas pelos sócios da empresa: o pagamento é efetuado como contraprestação dos serviços prestados, tendo a empresa procurado ocultar, deliberadamente, do Fisco, o pagamento de tais verbas de natureza salarial através de depósito em conta corrente de empresa de previdência privada.

Por sua vez, a recorrente, em suma, afirma que no plano de previdência em questão (cópia anexa), não há qualquer prejuízo para os empregados e tampouco se busca fraudar direitos, e que efetivamente, tal plano é de inteiro acesso a todos.

Segundo ela, referido plano de previdência obedece a todas as regras da lei, não se justificando o entendimento da fiscalização ao efetivar a autuação nos termos propostos.

Faz menção, então, ao art. 195, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal e ao art. 22 da Lei n.º 8.212/91, informando que a legislação de regência da matéria pressupõe, à exigência de contribuições, o pagamento de salário e demais rendimentos do trabalho (remuneração por serviços prestados). Concluindo pela impossibilidade de exigência de contribuições sobre valores que se refiram a previdência privada.

No caso sob julgamento, o acórdão recorrido entendeu pela incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de previdência privada complementar sob o argumento de que *"tendo sido os pagamentos relativos a previdência privada efetuados, pela empresa, sem que o referido benefício estivesse disponível a todos os seus empregados e dirigentes, tem-se que tais verbas integram o salário-de-contribuição e sobre elas incidem as contribuições destinadas à Seguridade Social e aos terceiros, nos termos do artigo 28, parágrafo 9º, alínea "p" da Lei n.º 8.212/91, e assim agiu corretamente a fiscalização ao lavrar o presente AI, em atendimento ao parágrafo único do artigo 142 do CTN."*

Pois bem, antes de adentrar ao mérito, cabe tecer alguns comentários quanto a matéria.

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

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

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

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

Recurso especial conhecido e provido.

(...)

Voto Conselheiro Gustavo Lian Haddad, Relator (...)

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

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

(...)

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

§ 1º Sobre as contribuições de que trata o caput não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza (...)”Da leitura dos dispositivos acima se constata que eles não contêm a condição antes prevista no art. 28, § 9º, p, da Lei 8.212/91.

Isto é, nos termos dos arts. 68 e 69 acima citados, as contribuições que o empregador faz ao plano de previdência complementar do empregado não devem ser consideradas parte de sua remuneração e, especificamente, sobre elas não devem incidir quaisquer tributos ou contribuições.

Especificamente em relação aos planos abertos de previdência complementar, como é o caso dos presentes autos (conforme item 4.6 do Relatório fiscal da NFLD, fls. 549), a Lei Complementar 109/2001 permite de forma expressa que sejam disponibilizados pelo empregador a grupos de uma ou mais categorias específicas dos seus empregados:

Dos Planos de Benefícios de Entidades Abertas “Art. 26. Os planos de benefícios instituídos por entidades abertas poderão ser:

I – individuais, quando acessíveis a quaisquer pessoas físicas; ou II – coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante.

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

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

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

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

(...)

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

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

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

Neste sentido já me manifestei no Acórdão nº 2401-005.131, acolhido pela unanimidade da Turma e, além do mais, caminha em consonância com a jurisprudência da Câmara Superior deste Colendo Tribunal, conforme decisão encimada e diversas outras.

Contudo, essa questão, de não abranger a totalidade de empregados e dirigentes da empresa ("plano diferenciado"), não foi a única razão que levou à tributação de referida verba. De acordo com o Relatório Fiscal e a decisão recorrida à verba cognominada de previdência complementar foi utilizada como instrumento de incentivo ao trabalho, tendo assumido característica de gratificação e, por esse motivo, foi mantida a tributação.

Sendo assim, continuaremos na análise da demanda.

Primeiramente, 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 à matéria de natureza tributária a justificar a fruição do benefício.

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

Fixadas as premissas básicas acima, ao avaliar o conjunto fático-probatório dos autos estou convencido de que os aportes suplementares em contas de previdência complementar relacionados ao 6º Termo Aditivo ao Contrato de Previdência Privada, vinculados aos Diretores Estatutários, Diretores Técnicos e Assessores da Diretoria não foram destinados à formação de reserva previdenciária, caracterizando-se como parcelas de natureza remuneratória, sujeitas à

incidência da contribuição previdenciária, bem como às contribuições reflexas devidas a terceiros.

A autoridade lançadora descreve no Relatório Fiscal uma série de evidências fáticas com o fim de demonstrar o uso com viés remuneratório dos aportes suplementares em contas de previdência privada.

É verdade que não são todos os aspectos apontados pelo agente lançador hábeis a comprovar um desvio de finalidade. Por exemplo, a impossibilidade de resgate dos valores pagos pelo patrocinador. Ao contrário, nos planos abertos é permitido o resgate, desde que observados a forma, as condições e os critérios fixados pelo órgão regulador, além das cláusulas do contrato firmado com a entidade de previdência complementar. Tanto é verdade, que a própria autoridade lançadora frisa que o motivo “resgate” é apenas mais um indicio e não foi o ponto chave para o lançamento. No entanto, evolui o raciocínio quanto ao tema, elencando diversos pontos e, especialmente, demonstrando a incongruência da possibilidade do resgate entre os planos (coletivo x aditivo).

Todavia, a acusação fiscal trás elementos contundentes que entendo dotados de seriedade e convergência, os quais, ao final, ganham força probante da natureza remuneratória dos pagamentos efetuados. Vejamos:

Quando se analisa os contratos assinados, há disposições contratuais significativamente distintas entre os planos básicos e suplementares, que afetam a natureza dos aportes realizados.

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

Já no que tange ao contrato de benefícios suplementares, as contribuições do plano são igualmente suportadas pela instituidora e pelo participante. Porém, a instituidora faz contribuições mensais, individualizadas a cada participante, sem qualquer critério geral ou limite previamente estabelecido em contrato. Por sua vez, as contribuições do participante são por semestre no percentual de 10% do valor da gratificação e 5% sobre os honorários mensais que lhe foram atribuídos pela instituidora.

Segundo apurou a fiscalização, os aportes da instituidora eram substanciais e invariavelmente muito superiores às respectivas contrapartidas do participante. A própria empresa afirmou que realizou contribuições básicas mensais em nome dos participantes com base no Contrato Previdenciário e contribuições suplementares, cujos montantes foram fixados e aprovados em Reunião dos sócios. (item 34 do Relatório Fiscal).

A recorrente, s.m.j., não apresentou memória de cálculo com a demonstração que os aportes efetuados estavam baseados, concretamente, na formação de reservas mediante a adoção de critérios de caráter previdenciário.

Outro ponto que merece destaque, a meu ver, foge ao senso comum da realidade do sistema previdenciário brasileiro, um regime de contribuição previdenciária em que a empresa aporta mais do que 100% do salário do participante.

A tabela 8 constante do REFISC (cópia abaixo) resume os valores de aportes da empresa e do participante e seu percentual representativo. Além disso, demonstra que os aportes

feitos no ano de 2007 para cada um dos Diretores representam mais do que o salário anual, conforme mencionado anteriormente. Vejamos:

Tabela 8

					Contribuições do total de R\$ 3.151.170,97	Contribuições do total de R\$ 267.453,64			
Trabalhador	Honorários anual em 2007 (sem 13º sal)	Gratificação	5%	10%	Total APORE empresa - Contrato 34537 - Contribuições - Suplementares	Total APORE empregado	APORE empresa / Gratificação	APORE empresa / Aporte empregado	
Jose	460.800,00	1.036.800,00	23.040,00	103.680,00	693.768,48	89.062,31	126.720,00	75,50%	6,18
Wilson	576.000,00	1.296.000,00	28.800,00	129.600,00	867.210,60	111.327,89	158.400,00	75,50%	6,18
Sebastião	185.464,75	270.149,90		27.014,99	271.665,70	31.468,53	27.014,99	112,21%	11,22
Raul	165.419,09	238.832,00		23.883,20	245.130,30	35.594,91	23.883,20	117,54%	11,75

Sendo assim, o APORE efetuado pela empresa para os dois diretores estatutários representa 75,50% da gratificação anual paga a eles e 6,18 vezes a mais que o valor de APORE feito pelo próprio beneficiário. Para os superintendentes executivos o APORE efetuado pela empresa representa 112,21% e 117,54% da gratificação anual paga a eles e 11,22 e 11,75 vezes a mais que o valor de APORE feito, pelo empregado.

Ademais, convém registrar que este Tribunal vem examinando 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 de relatoria das Ilustres Conselheiras Rita Eliza Reis da Costa Bacchieiri e Maria Helena Cotta Cardozo, por exemplo.

Neste diapasão, 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.

Portanto, nego provimento ao pleito da contribuinte.

MULTA – RETROATIVIDADE

A recorrente insurge-se ainda contra as multas aplicadas, pugnando pela aplicação da retroatividade da legislação ao caso.

Pois bem! Pondero que o Parecer SEI Nº 11315/2020/ME, a se manifestar acerca de contestações à Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, foi aprovado para fins do art. 19-A, caput e inciso III, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, pelo Despacho nº 328/PGFN-ME, de 5 de novembro de 2020, estando a Receita Federal vinculada ao entendimento de haver retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A, da Lei nº 8.212, de 1991.

A Súmula CARF nº 119¹ foi cancelada justamente pela prevalência da interpretação dada pela jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal de Justiça de incidência do art. 35-A da Lei nº 8.212, de 1991, apenas em relação aos fatos geradores ocorridos a partir da vigência da MP nº 449, de 2009.

Assim, adota-se a interpretação de que, por força da retroatividade benigna do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, a multa de mora deve ser limitada a 20%.

O entendimento em questão não destoa da atual jurisprudência da 2ª Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais:

DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. COTA DOS SEGURADOS. APLICAÇÃO DE PENALIDADE. RETROATIVIDADE BENIGNA. NOTA SEI Nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME.

Conforme a Nota SEI nº 27/2019/CRJ/PGACET/PGFN-ME, é cabível a retroatividade benéfica da multa moratória prevista no art. 35 da Lei 8212/91, com a redação da Lei 11.941/09, no tocante aos lançamentos de ofício relativos a fatos geradores anteriores ao advento do art. 35-A da Lei nº 8.212/91.

Acórdão nº 9202-009.929 – CSRF/2ª Turma, de 23 de setembro de 2021.

JUROS SOBRE A MULTA

Já em relação ao questionamento acerca dos juros sobre a multa.

Afora posicionamento pessoal a propósito da matéria, deixo de tecer maiores considerações, considerando a publicação da Súmula CARF nº 108, que assim dispõe:

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

Em observância a Súmula encimada, mantém a incidência dos juros sobre a multa.

TAXA SELIC

Quanto aos juros infirmar ser indubitável que a espécie de juros adotada pelo Ordenamento Jurídico Tributário é a dos juros moratórios, visto que constituem uma indenização pelo retardamento no cumprimento da obrigação. Através da leitura simples e objetiva do art. 161, § 1º do Código Tributário Nacional, pode-se auferir que o legislador pátrio definiu de forma explícita e imutável o valor do percentual anual a ser cobrado a título de taxa de juros, sendo inadmissível a exigência, por qualquer outro instrumento legal, de taxas de juros superiores a doze por cento ao ano. Portanto, em obediência ao ordenamento jurídico que

¹ **Súmula CARF nº 119.** “No caso de multas por descumprimento de obrigação principal e por descumprimento de obrigação acessória pela falta de declaração em GFIP, associadas e exigidas em lançamentos de ofício referentes a fatos geradores anteriores à vigência da Medida Provisória nº 449, de 2008, convertida na Lei nº 11.941, de 2009, a retroatividade benigna deve ser aferida mediante a comparação entre a soma das penalidades pelo descumprimento das obrigações principal e acessória, aplicáveis à época dos fatos geradores, com a multa de ofício de 75%, prevista no art. 44 da Lei nº 9.430, de 1996” (revogada pela 2ª Turma da CSRF em sessão de 06/08/2021, conforme Ata da Sessão Extraordinária de 06/08/2021, DOU de 16/08/2021; efeito vinculante para a RFB revogado pela Portaria ME nº 9.910 de 17/08/2021, DOU de 18/08/2021).

disciplina as taxas de juros incidentes sobre o crédito tributário não pago à época do vencimento, é ilegal a utilização de taxa que represente juros compensatórios e que exceda o limite máximo fixado pelo CTN (art. 161, § 1º) e pela CF (art. 192, § 3º) qual seja, 12% ao ano.

Destarte, as contribuições sociais arrecadadas pelo INSS estão sujeitas à taxa referencial do SELIC – Sistema Especial de Liquidação e de Custódia, nos termos do artigo 34 da Lei nº 8.212/91, não prosperando a alegação da impossibilidade de utilização para a fixação de juros de mora, senão vejamos:

Art. 34. As contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pelo INSS, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas com atraso, objeto ou não de parcelamento, ficam sujeitas aos juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia SELIC, a que se refere o art. 13 da Lei nº 9.065, de 20 de junho de 1995, incidentes sobre o valor atualizado, e multa de mora, todos de caráter irrelevável. (Restabelecido com redação alterada pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97. A atualização monetária foi extinta, para os fatos geradores ocorridos a partir de 01/95, conforme a Lei nº 8.981/95. A multa de mora esta

Além do que a aplicação da taxa SELIC é matéria pacificada no âmbito desse Conselho conforme se verifica pela Súmula CARF nº 4 abaixo transcrita:

Súmula CARF nº 4: A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia SELIC para títulos federais.

Em face do exposto, improcedente é o pedido.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração sub examine em consonância parcial com as normas legais que regulamentam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO e, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO apenas para reconhecer a retroação do art. 35 da Lei nº 8.212, de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira