



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

Processo n° 10314.722721/2014-06
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2301-005.840 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de fevereiro de 2019
Matéria IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF
Recorrente LOUIS DREYFUS COMMODITIES BRASIL S.A.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: IMPOSTO SOBRE A RENDA RETIDO NA FONTE - IRRF

Ano-calendário: 2009, 2010

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

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

MULTA QUALIFICADA.

Há presença de dolo quando o contribuinte demonstra ter consciência da conduta tendente a sonegar o imposto devido. A escrituração de lançamentos de BÔNUS saldados por meio de pagamentos de faturas da Previdência Complementar evidencia o desvirtuamento dos pagamentos a esse título, sendo pertinente a qualificação da multa.

MULTA ISOLADA. CABIMENTO.

Sujeita-se à multa de que trata o inciso I do caput do art. 44 da Lei n° 9.430, de 27 de dezembro de 1996 a fonte pagadora obrigada a reter imposto ou contribuição no caso de falta de retenção ou recolhimento.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade, em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto, Wesley Rocha, Marcelo Freitas de Souza Costa (Relator) e Juliana Marteli Fais Feriato. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Reginaldo Paixão Emos.

(assinado digitalmente)

João Mauricio Vital - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator.

(assinado digitalmente)

Reginaldo Paixão Emos - Redator Designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Joao Mauricio Vital (Presidente), Antonio Sávio Nastureles, Alexandre Evaristo Pinto, Reginaldo Paixão Emos, Wesley Rocha, Francisco Ibiapino Luz (Suplente convocado), Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato.

Relatório

Trata-se de autos de infração para a constituição de crédito tributário relativo à multa isolada qualificada (150%), por falta de retenção, incidentes sobre o Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, nos anos-calendário 2009 e 2010.

De acordo com o Termo de Verificação Fiscal (efls. 946/965), o contribuinte deixou de reter e recolher o imposto de renda (IRRF) incidente sobre os pagamentos das contribuições extraordinárias para o plano de previdência privada dos seus segurados, sendo que tais pagamentos foram considerados salários de contribuição, pois, entendeu a fiscalização que o plano Contribuição Variável não tinha o intuito de garantir a complementação dos benefícios do regime geral da previdência social. Ao contrário, pela análise dos documentos verificados, conclui-se que este plano está sendo usado como ‘conta-corrente’ dos participantes, que resgatam, durante o período de diferimento, os valores aportados pela Louis Dreyfus logo após o depósito da contribuição.

Outro fato que levou a fiscalização considerar como salário de contribuição foi de o referido plano não ser extensivo a todos os segurados, mas apenas aos dirigentes e que só a autuada efetuava os aportes.

Após a apresentação da impugnação, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto (SP) julgou procedente em parte a autuação e o contribuinte apresentou recurso onde alega em síntese que:

O PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL está em absoluta conformidade com a legislação e foi estruturado no Regime

Financeiro de Capitalização, tendo sido aprovado pela Superintendência de Seguros Privados ('SUSEP'), por meio do processo nº1006647/1994-0;

A aprovação do plano em referência pela 'SUSEP', por si só, deveria ser suficiente para evidenciar o descabimento do entendimento manifestado pela D. Autoridade Fiscal, pois este é o órgão responsável pela regulamentação do sistema de previdência privada, conforme destacado no Termo de Verificação Fiscal;

O fato de apenas a recorrente proceder com aportes não é proibido, tampouco o fato de tais aportes não terem critérios específicos não é causa suficiente para que sejam desnaturados, eis que tais disposições constam da legislação sobre a matéria de forma expressa. Cita o artigo 82, da Circular SUSEP nº 338/07;

A realização de aportes apenas por parte da Recorrente não desnatura o 'PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL', tampouco o fato de que os valores sejam vertidos de forma extraordinária. Ao contrário, aliás. Estas questões são inerentes ao modelo de plano estruturado sob a forma de contribuição variável.

Sustenta que oferecia a todos os seus segurados programas de previdência de planos diferenciados, a depender do cargo, mas é certo que a todos os seus segurados era oferecida a possibilidade em aderir a algum tipo de Programa de Previdência Privada, sejam eles Dirigentes ou Empregados.

Daí, não haver nenhuma ilegalidade no fato de que o 'PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL' ser oferecido a um determinado grupo de segurados, pois aos demais era franqueada a adesão a outros tipos de plano.

O oferecimento de planos diferenciados não encontra nenhuma vedação legal, tanto que, por exemplo, é bastante conhecida a existência de Planos distintos de Participação nos Lucros e Resultados para Empregados e Executivos, isto em razão do grau de participação de cada um daqueles segurados no desempenho da Empresa.

Aliás, tampouco a legislação exige que seja oferecido exatamente o mesmo plano a todos os segurados, como se depreende da leitura do artigo 28, parágrafo nono, alínea 'p', da Lei nº 8.212/91:

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

(...)

§ 9º. Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente: (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

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)'

Tampouco a legislação que trata sobre a isenção para fins de Imposto de Renda exige que empregados e dirigentes estejam submetidos ao mesmo plano:

Decreto nº 3.000/99:

‘Art. 39. Não entrarão no cômputo do rendimento bruto:

(...)

Contribuições Patronais para Programa de Previdência Privada

XI - as contribuições pagas pelos empregadores relativas a programas de previdência privada em favor de seus empregados e dirigentes (Lei nº 7.713, de 1988, art. 6º, inciso VIII);

A norma apenas determina a existência de programa de previdência privada disponível a todos os empregados e dirigentes, mas não que seja o mesmo programa, ou que estejam, todos, submetidos às mesmas bases.

Outra suposta restrição visualizada pela D. Autoridade Fiscal foi a previsão para a realização de resgates a partir do quinto dia útil seguinte ao aporte, a qual estaria em desacordo com a previsão constante do artigo 56, parágrafo quarto, da Resolução CNSP nº 139/05, bem assim configuraria um desvio de finalidade quanto à natureza da previdência privada;

Pela previsão do dispositivo acima reproduzido, os resgates dos aportes feitos pela Recorrente não poderiam ter sido realizados nos prazos em que previstos pelo ‘PLANO DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR DE CONTRIBUIÇÃO VARIÁVEL’.

Contudo, a previsão constante da Resolução CNSP nº 139/05 foi excepcionada pelo artigo 19, da Circular SUSEP nº 338/07, que autoriza o tratamento nos moldes estabelecidos no plano mantido pela recorrente;

De acordo com esta Resolução, o termo inicial para cumprimento da carência está vinculado à data de protocolo da proposta de inscrição junto à Entidade Aberta de Previdência Complementar (‘EAPC’), e não à data de realização do aporte. Naturalmente, e conforme previsto pelo parágrafo primeiro do artigo 19, da Circular SUSEP nº 338/07, o prazo do resgate não poderá ser inferior ao intervalo descrito no plano, que, no presente caso, é de cinco dias úteis no tocante às contribuições extraordinárias efetivadas pela Recorrente e, no presente caso, a D. Autoridade Fiscal não indicou nenhum caso em que o intervalo previsto no plano não tenha sido observado;

A autorização da norma legal para que os resgates sejam realizados está em linha com os fatos da vida, ante a necessidade de utilização daqueles recursos por parte dos segurados em algum determinado momento, ou caso decidam pela migração para outro tipo de plano de previdência privada ou, ainda, caso venham a deixar a Empresa e queiram fazer o levantamento daqueles valores.

Diante do exposto, não é possível comungar do entendimento da D. Autoridade Fiscal no sentido de que a simples existência de aportes vertidos pela Recorrente e de resgates todos realizados nos moldes previstos pela legislação e pelo plano a que estão vinculados, acarretem a desconsideração das normas que garantem a não incidência da retenção na fonte para o Imposto de Renda, impondo, por mais esse motivo, o cancelamento da autuação ora combatida.

Questiona a aplicação da multa isolada e requer o provimento do recurso para que seja parcialmente reformado o Acórdão recorrido reconhecendo a insubsistência do Auto de Infração.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa - Relator

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

A presente autuação foi lavrada por ter o recorrente deixado de reter e recolher o imposto de renda (IRRF) incidente sobre os pagamentos das contribuições extraordinárias para o plano de previdência privada dos seus segurados, sendo que tais pagamentos foram considerados salários de contribuição pela fiscalização pois, referidos planos; i) Não eram extensivos a todos os segurados; ii) Somente a recorrente efetuava os aporte e; iii) Os resgate dos valores aportados pela recorrente eram efetuados logo após o depósito da contribuição.

Esta autuação tem como fato gerador a mesma situação encontrada no PAF 10314.722131/2014-75, onde foram lançadas as contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos a título de previdência privada.

Na ocasião do julgamento do processo acima mencionado, concordei integralmente com o entendimento do Ilustre relator, Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto, motivo pelo qual adoto no presente caso os mesmos argumentos ali contidos que são os seguintes;

Da Questão da Incidência do Imposto de Renda sobre os Pagamentos a Título de Previdência Privada

O Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável, mantido pela Recorrente foi instituído com total atendimento às normas constitucionais e legais que disciplinam a matéria, em especial o artigo 202 da CF/88 e os artigos 26 e 27 da Lei Complementar 109, de 29.05.2011, que disciplinam os Planos de Benefícios instituídos por Entidades Abertas, como é o caso da Itaú Vida e Previdência S. A., como pode ser observado abaixo:

“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.

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

Assim, cumpre ressaltar que o Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável na modalidade FGB em causa é um plano coletivo que garante benefícios previdenciários a um grupo de pessoas, constituídos por mais de uma categoria de empregados e dirigentes, diretamente vinculados à Recorrente e outras empresas do Grupo LDC, implantado mediante contrato celebrado com a Itaú Vida e Previdência S. A. com atendimento a todas as exigências de forma, critérios, condições e requisitos mínimos estabelecidos pelo órgão regulador, no caso a SUSEP, que aprovou o Regulamento Básico Plano Fundo Corporate Itauprev – sob o Processo SUSEP nº 1006647/1994-0.

A *ratio* motivadora do legislador complementar parece ter sido o de estimular a poupança privada pelos vários meios possíveis, inclusive a instituição de programas pelos empregadores em benefício de categorias específicas de empregados quando se tratar de plano aberto, oferecido pelo mercado, evitando o “engessamento” que por certo desestimularia a concessão de planos se houvesse rigidez exagerada quanto no público alvo do plano.

Neste ponto, ainda que se entenda que a regulamentação do art. 202, parágrafo 2º da Constituição Federal deveria ser veiculada por lei ordinária, em vista do quanto previsto na parte final do dispositivo, a conclusão seria que, nesta parte, a LC 109/2001 atua materialmente como lei ordinária, regulando a matéria de modo diferente da regulamentação anterior da Lei n. 8.212/1991.

Esse mesmo entendimento foi consignado no voto proferido pelo Ilmo. Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes, no Acórdão nº 2402-002.806:

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

Mas, sem precipitações, a interpretação será mais segura quando considerado o todo da lei. No caso dos programas em regime aberto, embora não seja necessário estendê-lo à

totalidade dos empregados e dirigentes, os grupos selecionados são de categorias de empregados, sem discriminações dentro de um mesmo grupo. A escolha recaí sobre determinada categoria não como incentivo à produtividade ou outras finalidades relacionadas ao trabalho, mas em razão de necessidades específicas.

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

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

b) a partir da LC nº 109/2001, somente no regime fechado, a empresa deverá oferecer o benefício à totalidade dos segurados empregados, diretores, conselheiros ocupantes de cargo eletivo e outros dirigentes de patrocinadores e instituidores. Caso adotado o regime aberto, poderá oferecer o benefício a grupos de empregados ou dirigentes pertencentes a determinada categoria, mas não como instrumento de incentivo ao trabalho, eis que flagrantemente o caracterizaria como um prêmio e, portanto, gratificação.”(Destques originais)

(Acórdão 2402-002.806, de 21 de junho de 2012 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária / Segunda Seção de Julgamento)

No Título VIII – Da Ordem Social, a Constituição Federal de 1988 no Título VIII – Da Ordem Social – cuida da Seguridade Social e da Educação, da Cultura e do Desporto prevendo as ações dos Poderes Públicos e da sociedade destinadas a assegurar a todos os direitos à saúde, à previdência e à assistência social (arts. 194 a 204) e à educação (artigos 205 a 217).

Ainda que tais ações devessem caber ao Estado, o constituinte tem incentivado a participação dos particulares nestas áreas, de forma que as empresas que, por iniciativa própria ou por força de negociação coletiva, oferecem a seus empregados benefícios nestas áreas, ficam desoneradas de incidências tributárias.

Cumpramos ressaltar que tais benefícios não têm relação com o trabalho prestado, se originando da exclusiva vontade do empregador ou de negociações coletivas. Mesmo que sob a égide do contrato de trabalho, são prestações de caráter benemerente, em completa desconexão com seus aspectos contraprestacionais.

Diante da ausência do caráter contraprestacional, a CF/88, a legislação ordinária, a doutrina e a jurisprudência têm reconhecido a natureza assistencial e/ou previdenciária de tais prestações, que, assim, por natureza não integram o salário, nem a remuneração dos empregados para nenhum efeito.

Este é o caso das prestações no âmbito da previdência privada em causa que, a despeito das mencionadas normas constitucionais, o Fisco pretende indevidamente incluir na base de cálculo do Imposto de Renda.

Nesse ponto, ressaltamos a distinção entre verbas pagas "pelo" trabalho e verbas pagas "para" o trabalho, tão bem assinalada pelo ex-ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Pedro Paulo Teixeira Manus quando analisou a natureza não salarial da PLR:

“Busca-se assim instituir uma melhoria no padrão de vida dos trabalhadores, sem aumentar sua remuneração. Isso porque do ponto de vista trabalhista as verbas pagas “pelo” trabalho têm sempre natureza salarial. Já aquelas que são pagas “para” o trabalho não têm natureza de salário. Isso significa, por exemplo, que uma gratificação pela assiduidade, ou pela produção tem natureza de salário, pois é instituída pelo trabalho. Já uma verba paga para cobrir despesas comprovadas no exercício de uma função não tem natureza salarial, porque é requisito para desenvolvimento do trabalho, o que não ocorre no primeiro caso. (MANUS, Pedro Paulo Teixeira. Direito do Trabalho. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. Pp.151-152)

Embora tal texto tenha sido feito no âmbito da análise da PLR, o mesmo raciocínio pode ser aplicado para os pagamentos de previdência privada, uma vez que a previdência privada não é paga “pelo” trabalho, mas sim paga “para” o trabalho. O sistema de previdência privada foi instituído como forma de suplementar o sistema previdenciário oficial pela Lei nº 6.435/77, de modo que é reconhecido o seu relevante interesse social e econômico.

Vale notar que a previdência privada está regida no artigo 202 da CF/88 e pela Lei Complementar nº 109/01 que acabaram recepcionando e aperfeiçoando os institutos acima referidos. Nessa linha, observa-se o artigo 202, da Constituição caput e parágrafos 1º e 2º da CF/88, na redação da Emenda Constitucional nº 20/98, *verbis*:

“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)

(...)

§ 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).”

A partir da leitura do parágrafo 2º acima, o que era mera previsão legal (artigo 2º do Decreto-lei nº 2296/86), ganhou status constitucional. Assim, por força de norma constitucional expressa, as contribuições em causa não integram a remuneração dos participantes de Planos de Previdência Privada, não podendo em razão disso ser incluídas na base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Tal regra constitucional é reafirmada na Lei Complementar nº 109/01, que assim dispõe:

“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.”

De acordo com o parágrafo 2º do artigo 202 da CF/88, basta que as contribuições da empresa destinadas a custear planos de previdência privada em benefício dos empregados e dirigentes sejam pagas a entidades de previdência privada regularmente constituídas, cujos planos tenham sido instituídos na forma da lei, para que não sejam consideradas integrantes da remuneração.

Em sendo assim, desde que as contribuições sejam vertidas para Planos de Previdência Privada estruturados e administrados por empresa que se dedica a essa atividade com o atendimento da legislação específica, não pode a fiscalização pretender que tais contribuições sejam consideradas pagamento de remuneração disfarçada, porque essa não é a sua natureza.

Em que pese a disposição constitucional do §2º do artigo 202 da Constituição Federal no sentido de que os pagamentos de previdência privada não integram o contrato de trabalho, o artigo 28, §9º, p, da Lei nº 8.212/91 explicitou que o pagamento de previdência privada não integra o salário de contribuição, nos seguintes termos:

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).

Vale dizer que o referido dispositivo somente explicita uma não incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de previdência privada, sendo que no caso há uma não incidência qualificada constitucionalmente, de modo que ainda que não houvesse o oferecimento à totalidade dos empregados e dirigentes, isso não transformaria a natureza jurídica do pagamento de previdência privada a tornando parte do contrato do trabalho e lhe conferindo caráter salarial.

Assim como não incide contribuição previdenciária, também não há incidência de Imposto de Renda.

Os fatos invocados pela autoridade fiscal como justificativa para a exigência de Imposto de Renda, considerados indícios da suposta ilegalidade que teria sido praticada pela Recorrente, não são vedados ou são expressamente admitidos pela legislação que disciplina a matéria.

Assim, não há vedação para que os planos das entidades abertas sejam instituídos para grupos de pessoas constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador, bem como somente existam contribuições do empregador e não existam contribuições do empregado. Ademais, o resgate da previdência privada configura item de previsão obrigatória, constituindo um direito do participante.

Dessa forma, as contribuições são livres na medida em que se trata de um plano de previdência na modalidade de contribuição variável, no qual é inerente a possibilidade de as contribuições da instituidora serem feitas em qualquer valor e a qualquer tempo, constando expressamente do regulamento do plano aprovado pela SUSEP e no contrato não haver obrigatoriedade de o participante contribuir.

No tocante ao direito ao resgate dos participantes do plano de previdência privada, ao contrário do que entende a fiscalização não é possível vislumbrar a existência de uma conta-corrente paralela de pagamento de remuneração disfarçada, já que mais de 90% dos casos de resgates apontadas pela fiscalização ou os recursos permaneceram parcialmente depositados na conta de previdência ou são integralmente transferidos para outra conta de previdência. Ocorre que a Recorrente traz à baila a informação de que dos 230 resgates efetuados, somente 16 correspondem a resgates totais, enquanto 209 a resgates parciais e 5 a migração externa total. Some-se a isso o fato de que os resgates já são tributados no âmbito do imposto de renda.

Além disso, o artigo 27 da LC nº 109/2001 possibilita que o participante efetue o resgate total ou parcial das contribuições vertidas ao plano. Cabe salientar que as regras do plano FGB estão definidas no Regulamento Básico do Fundo Corporate Itauprev e no Contrato e estão rigorosamente de acordo com a legislação previdenciária em vigor, sendo que as regras relativas às contribuições e resgates de previdência privada estão previstas no Regulamento Básico do Fundo Corporate Itauprev e no Contrato, conforme pode ser observado abaixo:

Regulamento

5.1 O custeio das coberturas contratadas caberá ao Participante, à Instituidora, ou a ambos, na forma e/ou valor definidos na Proposta de Inscrição, conforme estabelecido em Contrato de Adesão.

9.3 O direito à solicitação de resgate relativo às contribuições efetuadas pelo participante é imediato e, como relação às contribuições efetuadas pela Instituidora, deverá estar previsto em Contrato de Adesão.

Contrato de Adesão

6.3 Contribuição Extraordinária: A efetivação da contribuição extraordinária não gera obrigação de contrapartida para a outra parte.

12. Resgate. Durante o período de diferimento será permitido ao Participante, após 60 dias a contar da data do protocolo da proposta de inscrição, solicitar o resgate total ou parcial da provisão do Participante, observada a legislação vigente na ocasião da solicitação e o disposto na cláusula 12.3 adiante.

12.3 O resgate, parcial ou total, pelo Participante, de contribuições extraordinárias aportadas pela Instituidora poderá ser efetuado a qualquer momento a partir do 5º dia útil contado da data em que a Instituidora fizer o aporte respectivo, mediante entrega da solicitação pelo Participante.

Tal Regulamento está em conformidade com a Circular SUSEP nº 338/07, que alterou e consolidou as regras e critérios de funcionamento e operação da cobertura por sobrevivência oferecida por planos de previdência.

No tocante aos diretores e gerentes, cumpre ressaltar que ainda que não façam aportes para o plano FGB, contribuem para os outros dois planos que integram o programa de previdência complementar mantido pela Recorrente.

- A fiscalização está se voltando contra a própria legislação, na medida em que esta prevê expressamente várias modalidades de planos, contribuições variáveis, valor e periodicidade livres, liberdade aos participantes para efetuar ou não suas contribuições e direito ao resgate.

Por fim, cumpre salientar que a natureza jurídica da verba não decorre da rubrica contábil, de modo que o mero registro contábil do valor dos aportes para o plano de previdência privada na rubrica 'bônus' e a falta de informação dos pagamentos desses 'bônus' em folha de pagamento e GFIP não autoriza a descaracterização dos aportes como contribuição para previdência privada e seu enquadramento como remuneração variável.

Assim, não ficou comprovada a afirmação, da autoridade fiscal, de que a Recorrente efetuou pagamento de remuneração variável em razão de metas atingidas, foi feita sem o amparo de qualquer prova contida nos autos. Ocorre que os aportes de previdência complementar não são fixados em razão de quaisquer metas acordadas, mas em virtude da remuneração dos participantes de forma a permitir que seus funcionários com maior remuneração possam depois de aposentados manter o padrão semelhante ao fruído durante a vida profissional.

Logo, a suposta simulação somente poderia ter ocorrido se houvesse o envolvimento de várias partes: a Recorrente, o participante, a Itaú Vida e Previdência S.A. e a própria SUSEP, que aprovou o regulamento do Fundo Corporate ITAUPREV, atestando tratar-se de verdadeiro plano de previdência privada.

Da Questão da Multa Isolada Qualificada

Caso este colegiado entenda de forma diversa ao meu posicionamento, entendo que a multa isolada não deve ser aplicada com a qualificadora.

Tal qual exposto pela Recorrente, não houve descrição de conduta que pudesse ensejar o seu enquadramento como sonegação, fraude ou conluio, previstas, respectivamente, nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, sendo que tais condutas típicas se referem a situações nas quais o contribuinte tenta ocultar o fato gerador ou seus elementos, ou impedir que a autoridade fiscal tome conhecimento dos fatos relevantes para permitir a correta exigência dos tributos devidos.

O mero fato da Recorrente ter qualificado como aporte à previdência privada algo que a autoridade fiscal entende possuir natureza salarial configura uma mera divergência quanto à qualificação jurídica dos fatos ocorridos, incapaz de deflagrar a aplicação da multa qualificada, por não configurar fraude.

Some-se a isso o fato de que todas as situações sobre as quais a fiscalização se pautou estão devidamente registrados na contabilidade da Recorrente e na documentação relativa ao plano de previdência privada, tendo sido prestadas todas as informações solicitadas pela fiscalização, não havendo assim que se falar em aplicação de multa qualificada.

Sendo assim, voto por afastar a multa qualificada no caso em tela.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário no tocante à não incidência da Imposto de Renda sobre os pagamentos a título de previdência privada

(assinado digitalmente)

Marcelo Freitas de Souza Costa

Voto Vencedor

Conselheiro Reginaldo Paixão Emos - Redator Designado.

Permito-me divergir do Conselheiro Relator, pelas razões adiante expostas.

Como dito pelo Relator esta autuação tem como fato gerador a mesma situação encontrada no PAF 10314.722131/2014-75, relativa ao lançamento de contribuições previdenciárias incidentes sobre os valores pagos a título de previdência privada. Nesse processo, foi proferido o acórdão nº 2301005.238 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária em que foi negado provimento ao recurso voluntário. Por se tratar do mesmo fato gerador, pagamento de remunerações a título de previdência complementar, transcrevo abaixo o voto vencedor desse acórdão, de autoria da conselheira Andrea Brose Adolfo, e adoto como minhas suas razões de decidir:

Descaracterização de Plano de Previdência Complementar

Incidência de Contribuições Previdenciárias

Trata-se de lançamento de contribuições previdenciárias sobre pagamentos de remuneração, efetuados pela empresa, através de crédito nas contas de Previdência Complementar dos empregados e contribuintes individuais elegíveis a BÔNUS. Estes lançamentos referem-se ao Plano FGB de Contribuição Variável junto à seguradora ITAU VIDA E PREVIDENCIA S A, no período de 06/2009 e 07/2009. Constatado o pagamento de

previdência privada de forma dissimulada pela empresa, tais valores passaram a integrar o salário de contribuição base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Afirma a recorrente que valores pagos a título de previdência complementar aberta não integram o salário de contribuição por força dos artigos 26 e 69 da LC 109/01, e entende ser inaplicável a Lei 8.212/91, art. 28, §9º, alínea 'p'.

Sobre a matéria transcrevo excertos do voto da Conselheira Miriam Denise Xavier Lazarini, no acórdão nº 2401004.939, de 04/07/2017, ao analisar lançamento idêntico de outra empresa do mesmo grupo:

Diante da possibilidade de se aplicar mais de uma lei perante um mesmo caso, os critérios clássicos de resolução do conflito sempre prezaram pela exclusão de uma das leis (critérios hierárquico, da especialidade e cronológico), e não pela conformação de todas as existentes na busca de tutelar a relação jurídica posta na melhor forma possível, tornando o sistema jurídico harmônico. Sobre o tema, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), Decreto 4.657/42, na redação dada pela Lei 12.376/10, estabelece que a lei nova nem sempre revoga ou modifica a anterior:

Art. 2º. [...]

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

Percebe-se então a necessidade de o Direito ser analisado como um todo, viabilizando a aplicação conjunta das normas citadas, já que ambas tratam do sistema previdenciário.

Assim, o disposto na Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea 'p', deve ser analisado em conformidade com o que determina a LC 109/01, artigos 16, 26, 68 e 69.

Sobre a previdência complementar, a Constituição Federal em seu art. 202, dispõe:

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. (grifo nosso)

§ 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.

§ 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.

Vê-se, portanto, que o regime de previdência privada deve estar baseado na constituição de reservas que garantam o benefício de caráter previdenciário contratado. Se assim o for, as contribuições vertidas pelo empregador (patrocinador do plano) não integram a remuneração, logo, não são base de cálculo de contribuição previdenciária.

Não cabe aqui interpretação diversa, pois somente cabe falar em previdência complementar quando suas características estão presentes. No caso da previdência complementar, deve ser observado o disposto na LC 109/01. Quanto à Lei 8.212/91, art. 28, § 9º, alínea 'p', ela deve ser aplicada no que não for incompatível com a LC 109/01, pois esta é especial e posterior àquela.

A LC 109/01, no que tange a previdência complementar, dispõe que:

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. (grifo nosso)

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

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.

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. (grifo nosso)

§ 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.

Da leitura dos dispositivos legais citados, conclui-se que para um plano ser considerado de previdência complementar, devem ser observadas as seguintes condições:

- i) constituição de reservas que garantam o benefício contratado; e*
- ii) as entidades de previdência complementar têm por objetivo instituir e executar planos de benefícios de caráter previdenciário.*

Pode-se observar ainda que a LC 109/01 inovou ao dispor que os planos coletivos, quando tenham por objetivo garantir benefícios previdenciários a pessoas físicas vinculadas, direta ou indiretamente, a uma pessoa jurídica contratante, poderão ser constituídos por uma ou mais categorias específicas de empregados de um mesmo empregador. E ainda determinou que 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 e que sobre essas contribuições não incidem tributação e contribuições de qualquer natureza.

Contudo, não há como interpretar o art. 69 da LC 109/01, sem antes observar o comando constitucional (art. 202) e o disposto no art. 1º da própria LC 109/01, onde se impõe a necessidade do caráter previdenciário e a constituição de reservas.

O caráter previdenciário está ligado à finalidade do sistema e não ao instrumento que o viabiliza. Tem como objetivo prover uma renda adicional aos trabalhadores quando do atendimento dos requisitos de elegibilidade aos benefícios previstos nos planos. Pressupõe o pagamento de contribuições, a constituição de reservas e a sua capitalização; o interesse deliberado em formar reservas, capitalizando contribuições, para uso futuro, quando ocorrerem eventos incapacitantes para o próprio sustento do segurado pelo produto do seu trabalho, seja por idade avançada, doença ou acidente.

Assim, o caráter previdenciário de um plano de benefícios somente pode ser concretizado por meio da constituição de reservas, realizando-se aportes financeiros, que investidos, formarão a reserva matemática do plano, objetivando-se atender às necessidades futuras.

A previsão legal do participante resgatar contribuições tem por objetivo resguardar seu direito de reaver as contribuições que verteu para o plano, caso não queira mais participar.

Entretanto, a previsão de resgates da contribuição para o plano efetuada pela patrocinadora, na forma como ora se apresenta, retira, por completo, o caráter previdenciário do plano contratado, configurando, como bem demonstrou

a fiscalização, que o plano foi usado simplesmente para remunerar os trabalhadores.

Assim, os valores pagos a título de previdência complementar, regime aberto, não estão sujeitos à incidência da contribuição previdenciária, desde que não sejam caracterizados como instrumento de incentivo ao trabalho, situação que não se verifica no presente caso.

Acrescente-se que para o plano em análise, também não restaram cumpridos os requisitos do art. 10 da LC 109/01:

Art. 10. Deverão constar dos regulamentos dos planos de benefícios, das propostas de inscrição e dos certificados de participantes condições mínimas a serem fixadas pelo órgão regulador e fiscalizador.

§1º A todo pretendente será disponibilizado e a todo participante entregue, quando de sua inscrição no plano de benefícios:

I - certificado onde estarão indicados os requisitos que regulam a admissão e a manutenção da qualidade de participante, bem como os requisitos de elegibilidade e forma de cálculo dos benefícios; (grifo nosso)

II - cópia do regulamento atualizado do plano de benefícios e material explicativo que descreva, em linguagem simples e precisa, as características do plano;

III - cópia do contrato, no caso de plano coletivo de que trata o inciso II do art. 26 desta Lei Complementar; e

IV - outros documentos que vierem a ser especificados pelo órgão regulador e fiscalizador.

No item 3.1 do contrato firmado entre a Louis Dreyfus e a Itaú Vida, consta que o plano é disponível a todos os empregados e/ou administradores da instituidora que sejam elegíveis. Esta cláusula é genérica, pois não há discriminação de quem são os empregados ou administradores elegíveis, ou seja, que podem ser admitidos no plano.(Grifos no original)

Portanto, a oferta do plano de previdência era feita a quem a empresa desejava, sem nenhuma previsão contratual, também efetuava as contribuições de forma totalmente discricionária.

Plano Aprovado Pela Susep

A recorrente alega que seu plano foi aprovado pela Susep e, por isso, está de acordo com a legislação.

Saliente-se que a atividade da Susep como órgão regulador e fiscalizador, previsto na LC 109/01, quis assegurar ao participante a solvência do plano, devendo sempre ser avaliado seu equilíbrio financeiro e atuarial. A fiscalização das entidades

de previdência complementar aberta pela Susep não afasta a competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária, conforme determina o § 4º do art. 41 da LC 109/01:

Art. 41. No desempenho das atividades de fiscalização das entidades de previdência complementar, os servidores do órgão regulador e fiscalizador terão livre acesso às respectivas entidades, delas podendo requisitar e apreender livros, notas técnicas e quaisquer documentos, caracterizando-se embaraço à fiscalização, sujeito às penalidades previstas em lei, qualquer dificuldade oposta à consecução desse objetivo.

[...]

§4º O disposto neste artigo aplica-se, sem prejuízo da competência das autoridades fiscais, relativamente ao pleno exercício das atividades de fiscalização tributária.

Portanto, não é porque a comercialização de referido plano de previdência foi autorizada pelo órgão competente e o contrato foi celebrado com entidade de previdência complementar regularmente constituída, que a autoridade fiscal não pode desqualificá-lo, para fins fiscais, se ficar comprovado que os valores pagos, o foram como instrumento de incentivo ao trabalho.

Aportes e Resgates

Sobre os valores aportados e resgatados nos Planos de Previdência Privada mantidos pela empresa fiscalizada, conforme consta do TVF, mediante diligência na seguradora ITAU VIDA E PREVIDENCIA S/A, foi constatado que:

- o Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável (Tipo FGB - Fundo Garantidor de Benefício) só apresentava Contribuições Extraordinárias da Instituidora (LDCA). Os resgates eram constantes (Totais ou parciais), indicando desvirtuamento do instituto da Previdência Privada pois, atuariamente, inviabilizava renda futura aos beneficiários. diversos resgates quase que em seguida ao aporte.

Analisando o contrato de previdência complementar anexado às efls. 91/104, verifica-se essa possibilidade, conforme as seguintes cláusulas:

12. RESGATE. Durante o período de diferimento será permitido ao Participante, após 60 (sessenta) dias a contar da data do protocolo da proposto de inscrição, solicitar o resgate total ou parcial da Provisão do Participante, observada a legislação vigente na ocasião da solicitação e o disposto na cláusula 12.3 adiante.

...

12.3. O resgate, parcial ou total, pelo Participante, de contribuições extraordinárias aportadas pela INSTITUIDORA poderá ser efetuado a qualquer momento

a partir do 5º (quinto) dia útil contado da data em que a INSTITUIDORA fizer o aporte respectivo, mediante entrega da solicitação pelo participante.

12.3.2. O intervalo mínimo entre resgates das contribuições extraordinárias da INSTITUIDORA é de 03 (três) dias úteis contados a partir do último crédito.

Vê-se que há autorização expressa para resgates logo após os aportes, contrariando, inclusive o disposto na Resolução CNSP 139/05, art. 56, § 4º:

Art. 56. Durante o período de diferimento, e na forma regulada pela SUSEP, será permitido ao participante resgatar os recursos da provisão matemática de benefícios a conceder.

[...]

§ 4º Os recursos correspondentes a cada uma das contribuições das pessoas jurídicas no plano de previdência somente poderão ser resgatados após período de carência de um ano civil completo, contado a partir do primeiro dia útil do mês de janeiro do ano subsequente ao da contribuição.

Alega ainda a recorrente que as disposições contratuais sobre contribuições e resgates estão em consonância com a Circular SUSEP nº 338/07, que altera e consolida critérios de funcionamento, operação e cobertura por sobrevivência oferecida por planos de previdência.

Tal Circular dispõe que:

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

...

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

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

Contudo, além de ter descumprido os prazos estabelecidos também na Circular SUSEP nº 338/07, ainda com base nesta Circular, o sentido de 'saldo da provisão matemática de benefícios a conceder' passível de resgate foi dado conforme abaixo:

CAPÍTULO III DA PROVISÃO MATEMÁTICA DE BENEFÍCIOS A CONCEDER

SEÇÃO I DAS DISPOSIÇÕES COMUNS

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

[...]

DOS PLANOS COLETIVOS INSTITUÍDOS PERÍODO DE VESTING

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

Art. 16. Além do disposto nos arts. 13 e 14 desta Circular, a EAPC deverá manter controle analítico do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora, segregando os valores referentes a participantes que tenham descumprido as cláusulas de vesting. (Grifamos)

Observe-se que as condições para o resgate do saldo da provisão matemática de benefícios a conceder, quando constituído pelo montante das contribuições pagas pela instituidora/patrocinadora, não se restringe à observância de prazos de carência mínimos (art. 19) e entre os resgates (art. 19, §1º). De acordo com a Circular SUSEP nº 338/07, o resgate também estaria sujeito à observância de cláusulas de vesting, assim conceituadas no ato normativo:

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

No contrato do plano de previdência ora em análise, não se verificou a instituição de tais cláusulas de vesting, haja vista que bastaria a observância do prazo (5º dia útil contado da data em que as instituidoras fizessem os aportes respectivos), e que fosse

formalizada a solicitação, para que o participante pudesse resgatar os recursos das provisões decorrentes das contribuições pagas pela instituidora. Mais um elemento a confirmar o caráter sui generis do contrato ora analisado.

Dai que os preceitos relativos aos prazos de resgates previstos na Circular SUSEP nº 338/07, não podem ser interpretados isoladamente dos demais preceitos normativos ali contidos, principalmente quando se verifica uma clara distinção de tratamento e destinação, estabelecida pelos atos normativos, entre os aportes de recursos feitos pelos próprios Participantes e pela Instituidora/Patrocinadora.

Sem razão a recorrente ao alegar que após a remessa dos valores cabia à instituição seguradora a responsabilidade de zelar pelas regras instituidoras da previdência complementar e de seus órgãos regulamentadores e se os resgates ocorrerem em desacordo com a legislação, é de exclusiva responsabilidade da instituição seguradora, pois a possibilidade do resgate já estava prevista nos contratos firmados, sem observar a legislação de regência.

Na verdade, o plano foi desqualificado como um todo, porque, além de tudo que já foi dito, as cláusulas contratuais acerca dos resgates não observaram a legislação de regência. O fato de os resgates terem ocorrido no ínfimo prazo previsto no contrato apenas confirmou que a contratação do plano não visava a constituição de reservas que garantissem os benefícios contratados, mas apenas o pagamento de valores de natureza salarial.

Ademais, da análise dos valores apresentados pela fiscalização, vê-se que na grande maioria dos casos, os resgates parciais representavam a quase totalidade dos recursos aportados pela autuada (cotejo entre DOC 03 (RESGATES efls. 246/257) e DOC 05 (APORTES PLANO FGBefls. 259/260).

Portanto, uma vez descaracterizado o plano de previdência complementar citado, todos os valores aportados foram considerados como salário de contribuição.

(...)

Do conjunto fático presente nos autos, conclui-se que houve ofensa ao mandamento do Art. 202 da Carta Magna. Essa norma, de hierarquia superior, exige do regime de previdência privada **que este seja baseado na formação de reservas para garantia do benefício previdenciário contratado**. Redação no mesmo sentido se vê no art. 1º da própria Lei Complementar 109/01. **Impossível, portanto, afastar o requisito constitucional de existência de um propósito previdenciário**. Esse mesmo mandamento determina o alcance da própria regra do parágrafo 2º do Art. 202, que prevê a não integração das contribuições à remuneração dos participantes. Essa não integração deve observar a condição do caput, de que o regime seja baseado na constituição de reservas para a concessão de benefícios.

A título de cotejo, vale recordar que, na esfera civil, se o agente agir em prejuízo alheio, deixando de considerar a finalidade social do direito subjetivo utilizado,

mesmo que atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, poderá cometer ato ilícito. Contra essa utilização do direito, em detrimento dos fins sociais e em prejuízo de outrem, foi positivada a figura jurídica do chamado "abuso de direito". O Código Civil de 2002 introduziu esse conceito por meio do artigo 187 e lhe declarou a ilicitude, embora sem referência explícita:

"Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes."

De retorno ao campo tributário, cumpre observar que a própria norma que previu a não integração ao salário-de-contribuição dos aportes vertidos aos programas de previdência complementar, resguardou a observância ao Art. 9º da CLT, que traz uma ressalva contra atos capazes de desvirtuar a aplicação da lei, mostrando, assim, a preocupação do legislador com o mau uso do direito criado. Seguem os artigos:

Lei 8.212/91

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) (Grifei)*

CLT

*Art. 9º - Serão nulos de pleno direito os atos praticados **com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar** a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação. (Grifei)*

No caso destes autos, a busca pela realidade substancial do fato justificou-se pela proteção ao interesse público diante da liberdade do contribuinte de utilizar formas jurídicas capazes de contornar ou diminuir, exacerbadamente, a tributação. A autoridade fiscal identificou um desencontro entre a intenção de fato e a intenção de direito e, a partir daí, promoveu uma requalificação dos fatos. Os pagamentos antes qualificados como aportes à previdência complementar foram requalificados como remunerações, em razão de sua expressividade e de seus resgates. Essa realidade, subjacente às normas que tratam da previdência complementar, foi retratada no relatório fiscal e na decisão recorrida, evidenciando o caráter remuneratório dos aportes no Plano de Previdência Complementar de Contribuição Variável.

Assim, não há nenhum reparo a ser feito no Acórdão recorrido nesse ponto, devendo ser mantida a exação.

Da Imposição de Multa Qualificada

Por também expressar de forma clara a pertinência da qualificação da multa, transcrevo e adoto as razões do mesmo acórdão antes citado (acórdão nº 2301005.238 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária):

Observa-se que consta do Termo de Verificação Fiscal TVF (efls. 263/279), no item 19, que os valores das contribuições para previdência privada foram contabilizados nas contas: Bônus a pagar conta 24340023, Bônus CPP a pagar conta 24340028, Bônus EPP a pagar – conta 24340029 e Merit Bônus – conta 48101028, e não previdência privada a pagar.

Descreve ainda a ocorrência de negócio simulado:

7 – DA SIMULAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO

48. O Código Civil (Lei nº 10.406, de 10.01.2002) dispõe sobre a simulação no § 1º e incisos, do art. 167, nos seguintes termos:

§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:

I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;

II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;

III - os instrumentos particulares forem ante-datados, ou pós-datados.

49. No que diz respeito ao pagamento de verbas remuneratórias mediante depósito em conta de previdência privada há uma divergência entre a vontade real e a aparente: a fiscalizada quer pagar salário, mas para se furtar à tributação o faz mediante depósitos em conta de previdência privada como se tratassem de contribuições normais a estes planos. Enquadra-se, pois, no inciso II, § 1º, do art. 167, do Código Civil em vigor.

E ainda, sob o título "Da qualificação da multa de ofício", no item 65, a fiscalização explica que:

A ocorrência da conduta de sonegação por parte do contribuinte fica caracterizada quando se verifica que a fiscalizada tinha total conhecimento da legislação, ou seja, forjou a desvirtuação de um produto financeiro chamado PREVIDÊNCIA PRIVADA, para pagamento de Remuneração Variável. Isto está claro quando para os demais empregados temos uma Previdência Privada nos moldes legais e, com operacionalização condizente com as premissas de tal produto financeiro, inclusive lançados em folha de pagamento.

O dolo está visível, pois, para evitar que a autoridade fiscal tomasse ciência da obrigação principal em sua totalidade, já que ofereceu outras verbas salariais à tributação, quis disfarçá-la com o título de Previdência Privada, mas, sem as características legais e operacionais inerentes a esta verba. DF CARF MF Fl. 539

A contabilidade da empresa faz prova desta conduta quando exhibe os lançamentos de BONUS sendo saldados através de pagamentos das faturas ao ITAU VIDA e PREVIDENCIA. Esta conduta ocorreu em todas as competências aqui lavradas. Intencionalmente a empresa apresentou ao fisco declarações (GFIPs) inverídicas sobre as remunerações de alguns de seus empregados e diretores. As declarações ao fisco ocultam o efetivo valor da obrigação tributária principal, constituindo fato que evidencia intuito de sonegação previdenciária, implicando na qualificação da multa de ofício, além de formalização de representação fiscal para fins penais. (Grifos nossos.)

Pelo exposto, correta a aplicação da multa de ofício qualificada, nos termos do artigo 44, §1º, da Lei nº 9.430/96, uma vez que restou demonstrada a simulação de negócio jurídico, configurada na prática de sonegação, conforme prevista no artigo 71 da Lei nº 4.502/64, em razão do procedimento adotado pela empresa, consistente no pagamento de bônus através de conta de previdência complementar privada.

(GRIFEI)

Da Ausência de Certeza e Liquidez do Auto de Infração

Entende a recorrente que não haveria certeza e liquidez no lançamento por ter a fiscalização entendido, erroneamente, que os valores aportados pela recorrente foram resgatados no mesmo exercício e que os valores resgatados não estariam relacionados integralmente aos valores aportados.

Segundo o Termo de Verificação Fiscal - TVF, e-fls. 946, item 2.2, alínea "c", "*Os resgates eram constantes (Totais ou parciais) indicando desvirtuamento do instituto de Previdência Privada, pois atuariamente inviabilizava renda futura aos beneficiários*". Ou seja, toda a sistemática apurada mostrava que os valores aportados permaneciam pouco tempo nas contas, escancarando a ausência de propósito previdenciário, constitucionalmente prescrita.

Portanto, os valores foram apurados como se remuneração fossem.

Sendo remuneração, a data do pagamento ou da colocação à disposição do beneficiário, caracteriza a percepção do rendimento e, portanto, o fato gerador do imposto de renda.

Portanto, descabe a alegação de ausência de certeza e liquidez, por que os valores lançados foram apurados justamente com base nos aportes de previdência privada efetuados pela recorrente e que foram requalificados como remuneração.

Do Não Cabimento da Multa Isolada

Argumenta a recorrente que o fiscal teria deixado de aplicar o inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96 ao presente caso, o que resultaria numa multa isolada de 50%.

No entanto, em que pese o entendimento defendido, o fato é que aplica-se ao caso a multa isolada no percentual previsto no inciso I do art. 44 da Lei 9.430/96 por expressa disposição legal, verbis:

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

Parágrafo único. As multas de que trata este artigo serão calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição que deixar de ser retida ou recolhida, ou que for recolhida após o prazo fixado. (GRIFEI)

Portanto, não assiste razão à recorrente.

Conclusão

Com base no exposto, voto por conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Reginaldo Paixão Emos