



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

Processo nº 11176.000114/2007-49
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-006.504 – 2ª Turma
Sessão de 26 de fevereiro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado VIVO S.A.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 28/02/2006

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

Não se conhece de Recurso Especial de Divergência, quando não resta demonstrado o alegado dissídio jurisprudencial, tendo em vista a ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial. Votou pelas conclusões a conselheira Maria Helena Cotta Cardozo.

(assinado digitalmente)

Maria Helena Cotta Cardozo - Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva - Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Patrícia da Silva, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Paula Fernandes, Mário Pereira de Pinho Filho (suplente convocado), Ana Cecília Lustosa da Cruz, Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri, Maria Helena Cotta Cardozo (Presidente em Exercício).

Relatório

Trata-se de recurso especial de divergência interposto com fundamento no artigo 67 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – RICARF, aprovado pela Portaria MF nº 256, de 22/06/2009. Seguem trechos do **acórdão recorrido**:

Acórdão nº 2401-003.571

PREVIDÊNCIA PRIVADA NÃO EXTENSÃO A TODOS OS EMPREGADOS E DIRIGENTES IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO LEGAL NO CASO DE INCORPORAÇÃO QUANDO A SUCESSORA NÃO FOI A INSTITUIDORA DO PLANO

Embora a lei 8.212/90, exija em seu art. 28, § 9 que a previdência privada seja disponível a totalidade de empregados e dirigentes, entendendo que os argumentos do recorrente são pertinentes a que se diga que nesse ponto também o lançamento não se aperfeiçoou para que se possa afirmar que o recorrente descumpriu os preceitos legais para usufruir do benefício de exclusão da base de cálculo PREVIDÊNCIA PRIVADA.

Ao manter benefício de previdência privada apenas aos trabalhadores vinculadas a empresa incorporada não podemos dizer que a empresa descumpriu preceito legal, posto que não foi ela a instituidora do plano, nem tampouco poderia suprimir o direito dos beneficiários por força da relação contratual a que está obrigada a obedecer

...

ACORDAM os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a)

negar provimento ao recurso de ofício; b) rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância; e c) reconhecer a decadência até a competência 11/2001. II) Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento o levantamento PPI, vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que excluía o levantamento por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Igor Araújo Soares.

...

No caso em concreto, o motivo considerado à unanimidade por esta Turma que ensejou a necessidade de exclusão do lançamento do levantamento PPI foi o fato de que a empresa autuada, por se tratar de incorporadora da empresa que instituiu o benefício, não poderia vir a ser responsabilizada por eventuais inconsistências na concessão do plano de previdência privada complementar instituída pela empresa incorporada, sem que em face desta tenha sido verificado o descumprimento da legislação.

...

No entanto, com as devidas vênias, entendo que tal irregularidade, não pode ser considerada, apenas, como um mero vício formal.

O lançamento, a meu ver, foi de encontro ao que determinado pelo art. 142 do CTN, uma vez que se trata de uma situação em que o lançamento efetuado da forma como o foi não possui qualquer condição de procedibilidade, tendo em vista que no presente caso, o lançamento em face da empresa incorporadora sequer poderia ser realizado, o que vai de encontro ao disposto no art. 142 do CTN, a seguir:

...

Dessa forma, em não tendo havido a demonstração da ocorrência do fato gerador no caso em concreto e mesmo considerando-se o erro na eleição do sujeito passivo, situação que não enseja a devida caracterização da relação jurídico tributária, não há que se falar na possibilidade do lançamento da própria exigência tributária em si, de modo que há de ser reconhecida a total improcedência do lançamento da verba PPI.

Ante todo o exposto, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso para determinar a exclusão do levantamento PPI, acompanhando a Em. Relatora quanto aos demais fundamentos de seu voto.

Trata-se, na origem, da NFLD, lavrada sob o n. 37.046.9674, em desfavor da recorrente tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados não descontada em época própria, da empresa, destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, bem como a destinadas a terceiros, , levantadas sobre os valores pagos a pessoas físicas na qualidade de empregados e contribuintes individuais no período de 02/1999 a 02/2006.

Inconformada, a ora Recorrida apresentou, tempestivamente, Impugnação ao Auto de Infração suscitando as razões de fato e de direito que ensejam o cancelamento do lançamento, acompanhado dos respectivos documentos comprobatórios, a fim de demonstrar, em síntese: (i) a extinção de parte do lançamento por força da decadência, (ii) a não incidência das contribuições previdenciárias sobre a previdência complementar oferecida a parte dos funcionários, por força da ressalva prevista no art.28, §9º, alínea ‘p’ da Lei 8.212/91, (iii) a inconsistência e contradição do cálculo efetuado pela Fiscalização, que, para apurar o montante supostamente devido, considerou todos os funcionários da Recorrente como beneficiários dos planos de previdência privada, (iv) a existência de acordos de PLR homologados pelo Sindicato da categoria de acordo com a legislação previdenciária e, por fim, (v) o pagamento da contribuição incidente sobre os valores pagos aos seus diretores estatutários.

Antes que o mérito da referida defesa fosse devidamente apreciado pela Delegacia Regional da Receita Federal do Brasil, o julgamento foi convertido em diligência, a fim de que o Fiscal que lavrou o referido Auto prestasse esclarecimentos acerca da base de cálculo utilizada para aferição do montante da contribuição previdenciária incidente sobre os planos de previdência complementar, especificando o número de funcionários considerados em sua apuração.

Não obstante a manifestação fiscal tenha sido genérica e imprecisa, os autos foram encaminhados para julgamento, ocasião em que a defesa apresentada foi julgada parcialmente procedente para reconhecer apenas a ocorrência da decadência dos lançamentos relativos aos períodos de 02/1999 a 11/2000, mantendo-se inalterados os demais lançamentos impugnados.

Irresignada, a Recorrida interpôs Recurso Voluntário requerendo, preliminarmente, a aplicação o artigo 150, §4º do CTN para contagem do prazo decadencial e a declaração de nulidade da r. decisão reconhecida em virtude do cerceamento de defesa causado pelo indeferimento da perícia. No mérito, reiterou-se as razões que confirmam a não incidência das contribuições previdenciárias sobre os valores apurados a título de previdência privada complementar, PLR e bonificação. Ao apreciar o referido Recurso Voluntário e também o Recurso de Ofício, a 1ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção houve por bem dar-lhe provimento parcial apenas para excluir do lançamento, pela fluência do prazo decadencial, as competências de 02/1999 até 11/2001 e excluir do o levantamento denominado “PP1”, por nulidade, conforme a ementa supra.

Já no que tange a parcela relativa à previdência privada concedida a apenas parte de seus funcionários, a União Federal interpôs o presente Recurso Especial objetivando a reforma parcial da decisão, para que seja reconhecida a ausência de nulidade da parcela autuada a título de previdência privada complementar concedida a apenas parte de seus funcionários, ou, alternativamente, que tal nulidade seja reconhecida por vício formal, a fim de permitir o reinício do prazo para lançamento, nos termos do art. 173, II do CTN.

Do despacho de admissibilidade realizado pela Ilustre Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, destaco:

Em uma melhor reflexão sobre o acórdão recorrido, ainda apenas quanto à existência de vício de nulidade ou não, constato que a conclusão no voto condutor não corresponde com os fundamentos, o que acabou provocando divergências. Senão vejamos.

Houve uma interpretação do artigo 28, §9º alínea “p” da Lei 8.212/1991 no sentido de que a expressão “disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes” deve levar em consideração os motivos porque nem todos os segurados tiveram acesso ao benefício. Como os beneficiários assim o foram em razão do contrato de trabalho anterior com a empresa incorporada não se estaria infringido o dispositivo legal.

Não cabe, nessa instância, modificar-se o entendimento do acórdão, mas é importante se pronunciar que tal fundamento está relacionado ao mérito e não à motivação do lançamento. Caso a turma julgadora, de fato, entende que não haveria incidência da contribuição previdenciária nessas condições então seria o caso de provimento ao recurso.

Quando se concluiu pela nulidade, com efeito, faltou a comprovação de um prejuízo à defesa. Na verdade, não se trata de vício, mas da tese pela não incidência. Para o entendimento adotado pela fiscalização, o relatório está completo, com a descrição detalhada e minuciosa dos fundamentos.

Assim, entendo que os acórdãos indicados se prestam como paradigma. E consequentemente também houve comprovação quanto à natureza do vício, pois se, de fato, sequer existe vício, seria incoerente compreendê-lo como material.

Em sede de contrarrazões a Recorrida requer-se o não conhecimento do Recurso Especial da Fazenda Nacional pela ausência de ocorrência do fato gerador pelo sujeito passivo autuado, ou, quando menos, seu desprovemento, mantendo-se o acórdão inalterado no que tange à nulidade por vício material que macula o lançamento fiscal relativo a exigência de contribuições previdenciárias sobre a previdência privada complementar (PP1).

O contribuinte não teve conhecido seu Recurso Especial em que suscitava as seguintes matérias: **a) Nulidade da decisão -indeferimento de perícia e b) Salário Indireto - PLR empregados.**

É o relatório.

Voto

Conselheira Patrícia da Silva - Relatora

A matéria em litígio está adstrita ao Recurso Especial da Fazenda Nacional e às seguintes matérias:

- a) Ausência de vício de nulidade quando não comprovado prejuízo à defesa;
- b) Natureza do vício: se formal ou material.

Admissibilidade

Importa notar que, não há referência no voto vencedor a qualquer nulidade, de ordem formal ou material. Entretanto, no Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional, que ora está a ser analisado, alçou-se como paradigmas acórdãos que tratam apenas e tão-somente da descaracterização da nulidade por cerceamento ao direito de defesa, quando suficientemente descritos os fatos e motivos no auto de infração. Como o acórdão recorrido não declarou qualquer nulidade, mas reconheceu a improcedência do lançamento no que tange aos valores pagos a título de previdência privada, entendo que não restou caracterizada a divergência.

Ausência de similitude fática:

Conforme destacado do despacho de admissibilidade,

Em uma melhor reflexão sobre o acórdão recorrido, ainda apenas quanto à existência de vício de nulidade ou não, constato que a conclusão no voto condutor não corresponde com os fundamentos, o que acabou provocando divergências. Senão vejamos.

Houve uma interpretação do artigo 28, §9º alínea “p” da Lei 8.212/1991 no sentido de que a expressão “disponível à

totalidade de seus empregados e dirigentes” deve levar em consideração os motivos porque nem todos os segurados tiveram acesso ao benefício. Como os beneficiários assim o foram em razão do contrato de trabalho anterior com a empresa incorporada não se estaria infringido o dispositivo legal.

Não cabe, nessa instância, modificar-se o entendimento do acórdão, mas é importante se pronunciar que tal fundamento está relacionado ao mérito e não à motivação do lançamento. Caso a turma julgadora, de fato, entende que não haveria incidência da contribuição previdenciária nessas condições então seria o caso de provimento ao recurso.

O d. acórdão recorrido, com fundamento no art. 142 do Código Tributário Nacional, afastou a exigência das contribuições previdenciárias sobre os valores pagos a título de previdência privada concedida aos empregados da empresa GLOBAL TELECOM, incorporada pela VIVO S/A. Entendeu-se que, em verdade, a Recorrida não instituiu o benefício, mas manteve direito adquirido pelos empregados da empresa incorporada, em razão de disposições da legislação trabalhista que impedem a supressão de benefícios, em respeito ao contrato de trabalho (artigos 10, 448 e 448-A da CLT). Assim, prevaleceu o entendimento de que os fatos postos nos autos não atraem a incidência da ressalva estabelecida na alínea “p” do §9º do artigo 28 da Lei 8.212/91, que exige, para não incidência da contribuição previdenciária sobre os valores pagos a título de previdência complementar, que o benefício seja disponibilizado a todos os empregados. Considerou-se que, o benefício foi disponibilizado a todos os empregados da GLOBAL TELECOM, empresa incorporada pela Recorrida. E que, por força do disposto no art. 448 da CLT, a incorporadora não poderia deixar de conceder o referido benefício, daí porque não há falar-se em benefício instituído pela incorporadora e não estendido aos demais empregados, visto que o benefício não só não foi instituído por ela, como também, por força de comando legal, não poderia ela deixar de conceder referido benefício àqueles empregados.

Entretanto, o voto vencedor e que prevaleceu para o julgamento, não declarou nulidade, mas apenas excluiu a exigência de contribuição previdência sobre a parcela, por ausência de subsunção dos fatos à norma. A ementa do julgado confirma essa assertiva, como também o voto vencedor e a deliberação do colegiado. Confira-se trecho da ementa e a deliberação do colegiado:

“(…) PREVIDÊNCIA PRIVADA – NÃO EXTENSÃO A TODOS OS EMPREGADOS E DIRIGENTES – IMPOSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO LEGAL NO CASO DE INCORPORAÇÃO QUANDO A SUCESSORA NÃO FOI A INSTITUIDORA DO PLANO. Embora a Lei 8.212/90, exija em seu art. 28, §9º que a previdência privada seja disponível a totalidade de empregados e dirigentes, entendo que os argumentos do recorrente são pertinentes a que se diga que nesse ponto também o lançamento não se aperfeiçoou para que se possa afirmar que o recorrente descumpriu os preceitos legais para usufruir do benefício de exclusão da base de cálculo PREVIDÊNCIA PRIVADA. Ao manter benefício de previdência privada apenas aos trabalhadores vinculados a empresa incorporada não podemos dizer que a empresa descumpriu preceito legal, posto que não foi ela a instituidora do plano, nem tampouco poderia suprimir o

direito dos beneficiários por força da relação contratual a que está obrigada a obedecer. (....)”.

“ACORDAM os membros do Colegiado. I) Por unanimidade de votos: a) negar provimento ao recurso de ofício; b) rejeitar a preliminar de nulidade da decisão de primeira instância; e c) reconhecer a decadência até a competência 11/2001. II) Por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para excluir do lançamento o levantamento PPI, vencida a Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que excluía o levantamento por vício formal. Designado para redigir o voto vencedor o conselheiro Igor Araújo Soares”.

Em seu Recurso Especial, a Fazenda Nacional apresenta dois paradigmas que tratam da impossibilidade do reconhecimento de nulidade do lançamento quando não caracterizado o cerceamento ao direito de defesa, eis que suficiente a descrição dos fatos e motivação posta no auto de infração.

As situações postas nos paradigmas colacionados no referido apelo especial – acórdãos 108-08.499 e 204-01.947 – são absolutamente diversa da verificada no acórdão recorrido. De fato, no acórdão recorrido **não foi reconhecida nulidade**, como já anotado, mas a simples ausência de subsunção dos fatos à norma. Daí porque os paradigmas não se prestam ao confronto jurisprudencial.

A ausência de similitude fática no caso é patente, pois em momento algum ao longo de todo o seu recurso a Fazenda Nacional enfrenta os argumentos mencionados no acórdão recorrido, muito pelo contrário, pela leitura do aludido recurso sequer é possível compreender a natureza da matéria discutida nos autos e o fundamento da decisão que é a **manutenção de contratos de trabalho em virtude de incorporação**.

Não fosse suficiente, o manual de admissibilidade do recurso especial exige que haja demonstração da legislação tributária que está sendo interpretada de modo divergente, de forma que os paradigmas, que não tratam da interpretação do art. 28, §9º, alínea “p” da Lei nº 8.212/91, não são hábeis a demonstrar o dissenso interpretativo.

Outrossim, toda a fundamentação do recurso especial verte-se apenas e tão-somente para afastar pretensa nulidade, que, como já apontado, não foi acolhida pelo acórdão recorrido, nos termos do voto vencedor. Com efeito, houve a exclusão da exigência tributária por simples ausência de subsunção dos fatos à norma, não prevalecendo o voto vencido, da Conselheira Elaine Cristina, única Conselheira que entendeu pela existência de nulidade por vício formal.

O que, portanto não dá ensejo ao Especial nem quanto a nulidade, nem quanto à natureza de vício inexistente.

Diante do exposto, não conheço do Recurso Especial da Fazenda Nacional.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Patrícia da Silva

Processo nº 11176.000114/2007-49
Acórdão n.º **9202-006.504**

CSRF-T2
Fl. 2.670
