



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 35301.002959/2006-73
Recurso nº 143.310 Voluntário
Matéria Salário Indireto
Acórdão nº 206-01.854
Sessão de 05 de fevereiro de 2009
Recorrente LATAS DE ALUMÍNIO LATASA - ATUALMENTE: REXAN
BERVERAGE CAN SOUTH AMÉRICA S/A
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA
FEDERAL DO BRASIL)

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/12/2001

**CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA A CARGO DA
EMPRESA - TERCEIROS - PLANO DE PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR - NÃO INCIDÊNCIA.**

Os valores pagos pela empresa para o plano de previdência complementar dos seus empregados não integram o Salário-de-Contribuição quando esse benefício estiver disponível à totalidade dos empregados e dirigentes.

Recurso Voluntário Provido.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em dar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa e as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESI, SENAI, SEBRAE e INCRA).

O lançamento foi efetuado em 29/04/2002, data da ciência do sujeito passivo.

O Relatório Fiscal (fls. 24/30) informa que em análise no Razão das contas contábeis de Despesa denominadas "Gratificações e Bônus" e "Remuneração Variável" foram constatados diversos pagamentos efetuados a empregados da empresa.

Questionada a respeito de tais pagamentos, a notificada alegou tratar-se de pagamentos destinados ao Plano de Previdência Complementar dos empregados, não sofrendo, portanto, incidência de contribuição previdenciária.

A empresa foi instada a esclarecer as razões de tais valores não estarem sendo contabilizados em conta própria de nº 511.09.1.006 – "Contribuição para Previdência Privada", entretanto, a mesma não o fez.

A empresa apresentou contrato realizado entre a mesma e o Bradesco Previdência e Seguros S/A, datado de 30/09/1999, bem como o primeiro Termo Aditivo ao Contrato Previdenciário, datado de 05/03/2001.

As condições iniciais do contrato eram contribuições não individualizadas por participante, custeio de 100% por parte da empresa, benefício correspondente a renda mensal vitalícia ou temporária e opção pelo resgate de cotas somente na data da concessão do benefício. Com o primeiro termo aditivo, as contribuições passaram a ser individualizadas.

Foi solicitado à empresa que apresentasse outras informações como os valores creditados ao Plano de Previdência Complementar e Razão da Conta Contábil desta despesa evidenciando os pagamentos. Os critérios para pagamento do Plano Previdenciário em contas individualizadas, conforme art. 1º, § 2º do Termo Aditivo. Demonstrativo emitido pelo Bradesco Previdência Complementar com a movimentação do Fundo Gerador de Benefício Individualizado, conforme previsto no art. 8º, alínea "d", e art. 9º, alínea "a", do Termo Aditivo. Regras de elegibilidade estabelecidas pela notificada e benefícios previdenciários aos empregados com a utilização do Fundo Gerador de Benefício –Excedentes, citado no art. 7º, § 6º, do Contrato Previdenciário. Relação de funcionários demonstrando o valor por eles recebido a título de contribuição para a previdência complementar, por competência, o seu salário de contribuição para o INSS e a respectiva contribuição descontada.

A notificada somente apresentou cópia de três aportes realizados ao Plano, emitidos pelo Bradesco Previdência, nos meses de agosto de 2000, março de 2001 e dezembro de 2001. Apresentou o razão da conta 215.01.1.203 "Remuneração Variável" evidenciando os pagamentos efetuados.

Foi informado à fiscalização por Gerente da notificada que os critérios para pagamento do Plano Previdenciário em contas individualizadas estão condicionados ao processo de Avaliação de Desempenho da empresa. A empresa negou acesso às informações sobre este assunto constante de sua Rede Intranet.

A empresa apresentou a relação dos empregados, demonstrando o valor pago a cada um, porém não apresentou a informação do salário de contribuição dos mesmos e a contribuição ao INSS descontada.

A notificada não apresentou o Demonstrativo emitido pelo Bradesco Previdência Complementar com a movimentação do Fundo Gerador de Benefício Individualizado, conforme previsto no art. 8º, alínea “d”, e art. 9º, alínea “a”, do Termo Aditivo, bem como as regras de elegibilidade estabelecidas pela notificada e benefícios previdenciários aos empregados com a utilização do Fundo Gerador de Benefício –Excedentes, citado no art. 7º, § 6º, do Contrato Previdenciário.

A análise da restrita documentação apresentada e a ausência de informações básicas sobre a execução do Plano de Previdência Complementar instituído pela empresa levou a auditoria fiscal a considerar que os pagamentos efetuados aos empregados nada mais seriam do que gratificações ajustadas entre a empresa e os mesmos, baseadas em critério de avaliação de desempenho, pagas através de um suposto contrato de Previdência complementar.

A auditoria fiscal baseou suas conclusões nas seguintes constatações:

Nas disparidades dos percentuais obtidos na relação entre a remuneração e a contribuição para o plano, ou seja, na diferenciação de tratamento dado aos níveis salariais mais altos e aos mais baixos;

Pelo fato de a notificada não ter apresentado os critérios para pagamento do Plano Previdenciário em contas individualizadas, fundamentada em documentos pertinentes ao processo de concessão do benefício;

À não apresentação de informação relativa aos valores do Fundo Gerador de Benefício-Individualizado, obrigação constante no art. 8º, alínea “d”, do Contrato com a finalidade de verificar a participação de todos os empregados no Plano, a constituição das reservas, os saldos existentes e eventuais movimentações;

A não contribuição dos empregados na constituição do Fundo Gerador de Benefício;

O procedimento de contabilização adotado pela empresa que qualificou tais despesas com os empregados como “gratificações e bônus” e o pagamento a eles efetuado como “remuneração variável”

A notificada apresentou defesa (fls. 59/92) onde alega que o auditor fiscal notificante seria incompetente para lavrar o presente lançamento. Argumenta que em 21/08/2001, a sede da empresa localizar-se-ia fora da área de abrangência da Gerência Executiva Irajá, mas na área da Gerência Executiva Centro. Ressalta que a ação fiscal foi iniciada em 19/02/2002, depois da mudança de endereço da sede da Companhia conforme

comprova o Extrato da Ata de Reunião do Conselho de Administração e que a ação do auditor fiscal é limitada à zona de abrangência da Gerência Executiva em que o mesmo está lotado.

Afirma que houve cerceamento de defesa em razão da notificação encaminhada à empresa não conter as cópias de documentos que acompanharam a primeira via da presente NFLD, em especial as Notas de Cobrança emitidas pelo Bradesco Previdência e movimentação contábil da conta 215.01.1.203 – Remuneração Variável.

Alega que os documentos de que dispõe a empresa afetos aos Plano de Previdência Complementar foram todos apresentados ao auditor.

Argumenta que o valor das contribuições pago pela pessoa jurídica relativo a plano de Previdência Complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade dos empregados e dirigentes, não tem incidência de contribuição previdenciária.

Entende que houve exacerbação de competência do auditor fiscal notificante que, com base e elementos alheios às suas atividades, deduziu sobre a natureza jurídica dos valores sob análise.

Afirma que os critérios para pagamento dos benefícios estão cristalinos no contrato e, mesmo que não estivesse, caberia ao órgão competente, no caso a Secretaria de Previdência Complementar, aplicar a sanção cabível, que jamais seria a descaracterização do Plano de Previdência Complementar da Bradesco Previdência e Seguros S/A.

Reconhece que houve erro na contabilização dos valores que deveriam ter sido contabilizados na conta contábil 511.09.1.006 – Contribuição para a Previdência Privada. Porém, informa que está implementando medidas para o acerto da referida contabilização.

Aduz que os valores não foram pagos aos empregados da empresa, mas ao Bradesco Previdência e Seguros S/A e que o contrato de Previdência Complementar firmado é real, válido, celebrado entre duas pessoas jurídicas idôneas e que gera para ambos direitos e deveres.

Considera que houve arbitramento da base de cálculo uma vez que se baseia em valores que não correspondem a remunerações pagas aos empregados.

Afirma que o levantamento correspondente ao exercício de 2001 é irregular uma vez que tomou por base valores lançados na contabilidade da empresa e esta não apresentou sua contabilidade no exercício de 2001. Portanto, entende que o lançamento seria nulo por basear-se em documento não confiável.

Finaliza com as alegações de que seria impossível a aplicação da taxa SELIC e de que a auditoria fiscal teria se equivocado ao elencar os co-responsáveis pelo débito, uma vez que conforme Ata de reunião do Conselho de Administração de 23/04/2002, a auditoria fiscal incluiu diretores já afastados da companhia, bem como deixou de incluir outros que já ocupam o referido cargo.

A defesa foi submetida à auditoria fiscal que manifestou-se por meio da Informação Fiscal de folhas 138/144.

Pela Decisão-Notificação nº 17.401.4/0445/2003 (fls. 146/158), o lançamento foi considerado procedente.

Após a apresentação de recurso, os autos foram encaminhados à então 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que pelo Acórdão 1524/2005 (fls. 227/229) anulou a decisão recorrida em decorrência de cerceamento de defesa consubstanciado na não cientificação ao sujeito passivo da Informação Fiscal emitida após a apresentação da defesa.

Reaberto o prazo para manifestação, a empresa apresentou nova defesa informando mudança em sua denominação que passou a ser Rexam Berverage Can South América S/A. No mais, em nada inova.

Foi emitida a Decisão-Notificação nº 17.401.4/0117/2006 (fls. 241/253), a qual concluiu pela procedência do lançamento.

Em 20/03/2006, a notificada junta aos autos documentação comprobatória da alteração da denominação social, bem como cópia de julgados proferidos pela então 4ª Câmara de Julgamentos do CRPS que anularam notificações oriundas da mesma ação fiscal.

Posteriormente, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 307/335) onde efetua a repetição dos argumentos já apresentados na defesa.

A SRP apresentou contra-razões (fls. 338/339) e o recurso teve seguimento sem o depósito recursal por força de decisão judicial.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ANA MARIA BANDEIRA, Relator

O recurso é tempestivo e não á óbice ao seu conhecimento.

A recorrente apresenta como preliminar a nulidade do lançamento sob o argumento de que o mesmo teria sido lavrado por auditor fiscal incompetente, uma vez que a empresa teria alterado sua sede para área de atuação de Gerência Executiva diversa daquela em que estaria lotado o auditor fiscal notificante.

A preliminar de nulidade acima já foi afastada no âmbito desta 6ª Câmara do Conselho de Contribuintes, nos autos do recurso nº 144014 de relatoria da Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, cujo voto transcrevo com a devida licença.

“Em primeiro lugar cumpre-nos destacar que o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, não havendo, pois, nulidade por cerceamento de defesa. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento:

autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento;

intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;

autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura do auto de infração ora contestado, com as informações necessárias para que o autuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes, conforme demonstrado às fls. 01 a 47.

Neste sentido, as alegações de que o procedimento não poderia prosperar são infundadas, visto que a mera declaração de mudança de domicílio fiscal, não possui o condão de obstruir procedimento fiscal. A informação fiscal, fls. 99, deixa clara as razões pelas quais o procedimento teve continuidade no mesmo estabelecimento. Ademais, a própria autoridade pode recusar a mudança se entender que esta possui o cunho de obstruir procedimento fiscal.

Quanto ao argumento de que não caberia fiscalização tributária em domicílio tributário diferente do local de origem dos fatos geradores, não assiste razão à recorrente.

Não se pode esquecer que o domicílio tributário é interpretado sempre no interesse na fiscalização e da arrecadação de tributos, conforme disposto no art. 127, § 2º do CTN, tanto a possibilidade de recusa do mesmo. A fiscalização foi feita em estabelecimento diverso do eleito pelo recorrente, em função de já ter sido iniciado o procedimento fiscal no domicílio anterior, e só haver sido encerrado parcialmente por trâmites administrativos.

Ressalte-se que a comunicação da mudança só foi realizada em dezembro de 2003, sendo que o início da ação se deu em data anterior e a continuidade do procedimento por outro auditor fiscal poderia causar prejuízo ao bom andamento dos trabalhos, para não dizer gastos desnecessários com a prorrogação de procedimentos. Ademais, as relações entre Fisco e contribuinte devem se basear na lealdade e na boa-fé, desse modo não é lícito ao contribuinte receber a fiscalização, tolerar o procedimento fiscal, apresentar toda a documentação, esperar a lavratura da NFLD e somente então alegar que aquele não seria o seu verdadeiro domicílio tributário.

Uma vez que o domicílio tributário, previsto no CTN, é apenas uma referência para fiscalização e arrecadação de tributos, se não houve demonstração do prejuízo para o contribuinte de a ação fiscal se realizar em tal estabelecimento, não há que se reconhecer a nulidade do procedimento fiscal. Há permissão legal para a autoridade fiscal fiscalizar a pessoa jurídica de direito privado no local da sede, conforme previsto no art. 127, inciso I do CTN.

No mesmo sentido manifestou-se o Conselheiro Marco André Ramos Vieira em declaração de voto da empresa MI Montreal, senão vejamos:

Os trabalhos realizados por meio de equipe fiscal em outra localidade da desejada pelo sujeito passivo não ocasiona o cerceamento do direito de defesa, uma vez que a fiscalização caracteriza-se por uma fase investigativa, precedente à fase litigiosa. Na fase de investigação, o Auditor utilizará das prerrogativas do art. 142 do CTN, verificando a ocorrência do fato gerador, constituindo o crédito tributário, determinando a matéria tributável, calculando o montante do tributo devido, identificando o sujeito passivo, e se for o caso, aplicando a penalidade. Sendo essa etapa exclusiva, e de ofício, tarefa da fiscalização, não há participação do sujeito passivo. Com a constituição do crédito, por meio do lançamento, haverá a notificação do sujeito passivo, momento a partir do qual lhe é facultada a impugnação do lançamento realizado; lhe sendo, ai sim, assegurado o contraditório e ampla defesa.

Nessa mesma linha de entendimento já houve posicionamento da 1ª Câmara do 2º Conselho de Contribuintes no julgamento dos autos de nº 10768.000478/2001-19, por meio do Acórdão de nº 201-79261, cuja ementa, publicada no Diário Oficial da União de 15 de fevereiro de 2007, transcrevo a seguir:

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. INCOMPETÊNCIA DA AUTORIDADE LANÇADORA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA.

Não ocorre incompetência da autoridade quando esta, embora competente, seja de jurisdição diversa do domicílio fiscal da contribuinte e efetue o lançamento. Também não há, em decorrência deste fato, cerceamento ao direito de defesa, posto que o procedimento de fiscalização caracteriza-se por ser inquisitorial. Somente após a ciência do lançamento, momento em que algo é imputado ao contribuinte, estará garantido o direito à ampla defesa.

CPMF. ADIANTAMENTO SOBRE O CONTRATO DE CÂMBIO - ACC.

Por se tratar de uma operação de crédito, o ACC se subsume ao disposto no § 1º do art. 16 da Lei nº 9.311/96, ou seja, deverão ser pagos exclusivamente ao beneficiário. O pagamento de modo diverso enseja a ocorrência do fato gerador previsto no inciso III do art. 2º da mesma lei. A dispensa trazida pela Portaria MF nº 6/97, art. 4º, II, refere-se à liquidação, ou seja, quando do encerramento do ACC.

Recurso negado."

Portanto, também rejeito a preliminar de incompetência do auditor fiscal notificante.

No mérito, a notificada alega que a auditoria fiscal não poderia ter descaracterizado o Plano de Previdência Complementar oferecido pela mesma.

Cumprе esclarecer que a presente notificação refere-se às contribuições da empresa e as destinadas a terceiros. Para os mesmos fatos geradores, foi lançada na NFLD nº 35.411.583-9 contendo as contribuições destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho.

A notificação citada acima já foi objeto de julgamento pela então 4ª Câmara de Julgamentos do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que pelo Acórdão nº 2715/2005 (fls. 275/239) deu provimento ao recurso apresentado sob o argumento de que “as razões trazidas pelo agente notificante não incluem o descumprimento do único requisito legal exigido para que tal pagamento seja considerado salário de contribuição, qual seja, que o programa de previdência complementar oferecido pela empresa esteja disponível a todos os empregados e dirigentes.”

Com a devida vênia, transcrevo trecho do voto de lavra da Conselheira Bernadete de Oliveira Barros:

“A presente NFLD tem como fato gerador o pagamento efetuado pela recorrente ao plano de previdência complementar de seus empregados.

Contudo, conforme disposto na alínea “p”, do § 9º, do art. 28, da Lei 8.212/91, o legislador ordinário expressamente excluiu do salário-de-contribuição os valores pagos pela pessoa jurídica relativos a programa de previdência complementar, aberto ou fechado, desde que disponível à totalidade de seus empregados e dirigentes.

Para justificar o presente lançamento, a fiscalização tentou descaracterizar o Plano de Previdência Complementar, contratado pela recorrente, para seus empregados, da Bradesco Previdência e Seguros S.A. Para isso, utilizou-se dos argumentos dispostos no item 3.6, subitens 1 a 7, do relatório fiscal, fl. 25.

Observe-se que as razões trazidas pelo agente notificante não incluem o descumprimento do único requisito legal exigido para que tal pagamento não seja considerado salário-de-contribuição, qual seja, que o programa de previdência complementar oferecido pela empresa esteja disponível a todos os empregados e dirigentes. Os motivos que levaram o fiscal a entender que os pagamentos efetuados compõem o salário-de-contribuição não estão previstos na Lei 8.212/91 como hipótese de perda à isenção legal.

É oportuno observar que para se descaracterizar uma Previdência Complementar seria necessário uma ação fiscal na entidade fornecedora do Plano, e não, como no presente caso, na contratante do serviço. E cabe à Secretaria de Previdência Complementar - SPC e ao Conselho de Gestão de Previdência Complementar - CGPC, regular e fiscalizar as entidades de previdência complementar.

Em fiscalização em empresa que possui plano de previdência complementar para seus empregados, os valores pagos a esse título somente integrarão o salário de contribuição se a fiscalização verificar e provar a não ocorrência da hipótese de isenção prevista na lei. Caso contrário, não há que se falar em incidência de contribuição previdenciária. Constatando irregularidades concernentes ao plano, a

autoridade fiscal deverá formalizar Representação Administrativa - RA, a ser encaminhada ao órgão competente."

A meu ver, o entendimento contido no acórdão supra está correto. Está demonstrada nos autos a existência do Plano de Previdência Complementar instituído pela empresa e não há qualquer informação de que não seria fornecido à totalidade dos empregados.

As observações efetuadas pela auditoria fiscal não demonstram descumprimento do requisito estabelecido na alínea 'p', do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991, portanto, o lançamento não pode prevalecer.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso, REJEITAR AS PRELIMINARES e DAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 05 de fevereiro de 2009


ANA MARIA BANDEIRA