



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

Processo nº 10166.730472/2016-27
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2201-004.760 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 06 de novembro de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente BRASIL TELECOM CALL CENTER S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2012, 2013

FATOR DE ACIDENTÁRIO DE PREVENÇÃO - FAP. DISCORDÂNCIA.
INCOMPETÊNCIA DO CARF.

O CARF não detém competência para decidir sobre inconformismo do contribuinte acerca da definição do FAP especificado pelo Ministério da Previdência Social

LANÇAMENTO FISCAL. SOLIDARIEDADE.

É correto o lançamento que atribui responsabilidade solidária por débito previdenciário quando, de forma inequívoca, restar configurada a existência de grupo econômico.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares arguidas e, no mérito, em negar provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente e Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Douglas Kakazu Kushiya, Debora Fofano, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo.

Relatório

Trata o presente de recurso voluntário formalizado em face do Acórdão nº 12-91.102, de 08 de setembro de 2017, exarado pela 13ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento no Rio de Janeiro/RJ, fl. 257 a 274, que assim relatou a lide administrativa:

Trata-se de Auto de Infração através do qual são exigidas contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social relativas à diferença de alíquota - SAT/GILRAT, ajustada pelo FAP, no período de 01/2012 a 12/2013, inclusive 13º salário, no valor principal de R\$ 6.354.313,53.

2. Esclarece a Autoridade Tributária responsável pelo lançamento, em Relatório Fiscal de fls. 11/22, que a auditoria foi deflagrada em razão da identificação de divergências em relação aos valores de FAP determinados pelo Ministério da Previdência Social, tendo a Autuada informado que há de processos administrativos contestando as alíquotas do FAP determinadas pelo Ministério da Previdência Social em todos os anos objeto da fiscalização (2012 a 2014), e que utilizou, no mesmo período, o índice FAP = 1,000.

3. A atividade do contribuinte está enquadrada no CNAE: 8220-2-00 - Atividades de Teleatendimento, cuja alíquota RAT, a partir de 2010, é de 3%. Entretanto, a partir de 01/2010, com a edição do Decreto 6.957/2009, foi normatizado o FAP – Fator Acidentário de Prevenção, o qual consiste num multiplicador a ser aplicado sobre a citada alíquota RAT. Para o contribuinte em tela, o índice FAP em 2012 é de 1,5087, e em 2013 é de 1,4661, conforme apurado e divulgado pelo Ministério da Previdência Social (MPS).

4. Para os referidos anos-calendário (2012 e 2013), já há decisão nos processos administrativos protocolados pela Autuada, sendo a resolução no sentido de manter as alíquotas conforme apuradas pelo MPS, não havendo mais que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário. A empresa teve ciência da decisão do julgamento, porém não efetivou o recolhimento das diferenças decorrentes da decisão, conforme determina o § 17 do art. 72 da Instrução Normativa RFB nº 971, de 13 de novembro de 2009, sendo por esse motivo constituído o presente Auto de Infração.

5. Foi considerada como base de cálculo a remuneração dos segurados empregados declarada em GFIP, sendo aplicada a alíquota correta do RAT Ajustado (a saber, RAT x FAP), como detalhado em planilha (fls. 57/61).

6. Foi aplicada multa de ofício prevista no artigo 44 da Lei 9.430/96, no percentual de 75% do tributo devido.

7. Foi identificada a formação de grupo econômico do Sujeito Passivo com as empresas TELEMAR NORTE LESTE S/A, CNPJ 33.000.118/0001-79, e OI S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, CNPJ 76.535.764/0001-43, nos termos dos artigos 124 do CTN; 30, IX da Lei 8.212/91 e 222 do Decreto 3.048/99.

8. A Autoridade Tributária arrola, os seguintes elementos como comprovação da configuração do grupo econômico de fato entre as supracitadas empresas:

8.1. As Declarações de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica - DIPJ, ficha 60, e a ECF - Escrituração Contábil Fiscal indicam que a empresa TELEMAR NORTE LESTE S/A é detentora de 100% do Capital da BTCC e que, por sua vez, a empresa OI S/A é detentora de 100% do Capital da TELEMAR NORTE LESTE S/A, além das três possuírem o mesmo contador responsável (Sr. Marcelo Antônio Leal Gomes) e a mesma informação de contato.

8.2. As três empresas utilizam o mesmo nome fantasia ("OI").

8.3. As empresas Telemar Norte Leste S/A e OI S/A possuem o mesmo endereço como sede das suas matrizes, e possuem a mesma atividade econômica principal (Serviços de telefonia fixa comutada - STFC).

8.4. O endereço da matriz da Autuada é o mesmo do estabelecimento 76.535.764/0045-64 da OI S/A, e outras filiais das mesmas empresas tem também endereços em comum, como, por exemplo, os estabelecimentos 76.535.764/0036-73 da OI S/A e 04.014.081/0013-73 da BTCC, no Rio de Janeiro.

8.5. Analisando-se o histórico dos administradores da Autuada revela-se a ingerência da OI S/A e da Telemar sobre a mesma, visto que foram eleitos diversos empregados dessas últimas como presidentes e diretores da BTCC, como demonstra a tabela integrante do Relatório Fiscal.

8.6. Há diversas decisões da Justiça do Trabalho condenando em ações trabalhistas solidariamente as empresas Brasil Telecom S/A (atual OI S/A) e a Brasil Telecom Call Center S/A.

9. Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais por ter o contribuinte incorrido, em tese, Crime contra a Ordem Tributária, previsto no artigo no artigo 337-A, inciso III do Código Penal, com redação dada pela Lei 9.983, de 14/07/2000.

Da Impugnação

10. O Sujeito Passivo, bem como os responsáveis solidários OI S/A e Telemar Norte Leste S/A, foram notificados pessoalmente do lançamento em 21/12/2016 (fls. 143/173). Apenas a BTCC apresentou a Impugnação, de fls. 178/201, em 19/01/2017, assinada por seu patrono, com documentos que comprovavam a regularidade da representação às fls. 202/224, trazendo as alegações abaixo sintetizadas:

10.1. Preliminarmente, argui a ilegitimidade passiva tributária das empresas OI S/A e TELEMAR NORTE LESTE S/A, afirmando que a impugnação de responsabilidade solidária entre estas empresas e a Defendente afronta a "regra de ouro" que normatiza a imputação de responsabilidade tributária,

contida no art. 128 do Código Tributário Nacional, a qual condiciona a transferência de responsabilidade a terceiros à vinculação destes com o fato gerador da respectiva obrigação. Afirma que a responsabilidade não se presume, cabendo à Fiscalização comprová-la.

10.2. *Assevera que não se comprovou ao longo do procedimento fiscalizatório qualquer poder de gerência ou atuação direta dos Responsáveis Solidários que aqui se apresentam na constituição do crédito ora cobrado, sendo a responsabilidade a eles atribuída somente em função da sua participação no quadro societário da Impugnante, o que configura, por si só, um absurdo jurídico contrário ao artigo 124 do CTN.*

10.3. *Alega que o inciso I do art. 124 do Código Tributário Nacional não pode servir de fundamento para, por si só, justificar a extensão da responsabilidade tributária aos devedores solidários porque tal dispositivo só emana seus efeitos às situações em que mais de uma pessoa ocupa uma mesma posição econômica em relação a outras, sendo o fato gerador realizado conjuntamente por mais de uma pessoa, ou seja, havendo mais de uma pessoa enquadrada na definição legal de contribuinte, o que não se enquadra no caso em tela.*

10.4. *Argumenta que a configuração do grupo econômico pressupõe a existência de pelo menos uma relação de coordenação entre os entes coligados, de forma que resulte numa orientação empresarial comum, uma combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos com a participação em atividades ou empreendimentos comuns. No caso em apreço, a Fiscalização limitou-se a verificar a composição societária dos responsáveis tributários, deixando de demonstrar claramente a vinculação entre o contribuinte principal e aquelas outras pessoas e de demonstrar a unicidade de comando entre as pessoas acrescidas ao pólo passivo da obrigação tributária. Sendo assim, é inexistente esse grupo econômico suscitado pela Fiscalização, especialmente por não se enquadrar no conceito contido nos artigos 265 e seguintes da Lei nº 6.404/76.*

10.5. *Aduz que a Fiscalização não comprovou ao longo do procedimento fiscal a existência de um núcleo decisório de onde emanariam decisões atinentes às obrigações tributárias, de modo que não se aplicaria sequer as regras externadas do art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/91 e art. 222 do Decreto 3.048/99. Acosta excerto de acórdão da DRJ Belo Horizonte. Sem a comprovação de gestão conjunta tributária, não pode ser aplicada a responsabilização solidária contida no art. 30, IX da Lei 8.212/91, sob pena de afronta direta ao art. 128 do CTN.*

10.6. *Assim, são inaplicáveis ao caso os artigos 124 do Código Tributário Nacional; art. 30, inciso IX da Lei nº 8.212/91; e art. 222 do Regulamento da Previdência Social (Decreto 3.048/99), motivo pelo qual devem ser excluídos do pólo passivo tributário todos os devedores solidários.*

10.7. No mérito, afirma que o FAP, na forma como calculado pelas Autoridades Administrativas para os anos de 2012 e 2013 encontram-se eivados de inúmeros vícios, equívocos e ilegalidades, e por isso a Defendente deixou de declará-lo.

10.8. Aponta irregularidade na métrica do FAP por indevida inclusão de acidentes de trajeto como elemento inerente ao meio ambiente do trabalho, contrariando o art. 10, da Lei nº 10.666/03, que impôs limites materiais e formais à regulamentação do FAP. Assim, nem todas as prestações do RGPS, portanto, interessam ao cálculo do desempenho dos contribuintes em relação às prestações concedidas em razão do grau de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho. Cita doutrina acerca da definição de “acidente de Trabalho”, e afirma que a inclusão dos acidentes de trajeto dentre os dados utilizados para a apuração do FAP é, na verdade, um total despropósito, tendo sido tal regra já alterada para o cálculo do FAP a partir de 2017. Conclui que as irregularidades constantes dos índices de FAP atribuídos para os anos de 2012 e 2013 tornam improcedentes os lançamentos.

10.9. Contesta o cálculo do FAP, alegando que muitos benefícios por incapacidade foram considerados como acidentários pelo NTEP, porém a nos termos do § 3º do artigo 6º da Instrução Normativa INSS/PRESS (IN) nº 31, de 10/09/2008 impõe a presunção relativa, com possibilidade de prova em contrário, podendo acarretar a suspensão dos efeitos de natureza acidentária. Não há como se sustentar a inclusão no cômputo do FAP de eventos cuja qualidade acidentária encontra-se suspensa em razão de recurso administrativo apresentado pelo empregador. Ademais, é irregular o índice apurado se leva em consideração prestações cuja natureza acidentária que o próprio INSS reconhece não existir. Aponta irregularidades também na aferição da variável de frequência dos acidentes de trabalho.

10.10. Afirma haver irregularidade na eleição do sujeito passivo, sendo necessário individualizar o índice FAP por CNPJ. Acosta jurisprudência do STJ no sentido de que alíquota da Contribuição ao SAT deve ser aferida pelo grau de risco da atividade preponderante de cada empresa, de forma individualizada por CNPJ, consolidada na Sumula 351, o que não foi considerado na aferição do índice para os anos de 2012 e 2013, visto que o modelo de aferição para a empresa como um todo permaneceu até a divulgação do FAP 2016, com a edição da Portaria Interministerial MPS/MF nº 432/2015, bem como da Resolução nº 1.327/2015, do Conselho Nacional de Presidência Social, corrigindo o equívoco.

10.11. Alega que a premissa de que o cálculo deve ser realizado de forma individualizada foi sumulada pelo STJ em 2008, muito antes da atribuição dos índices de FAP ora questionados, e, portanto, já deveria ter sido adotada pela Administração quando da definição do procedimento para apuração e métricas do FAP em 2009. A correção do equívoco promovida pela Resolução n. 1.327/2015, com vigência a partir do FAP 2016, apenas

evidencia a irregularidade dos índices atribuídos para os anos anteriores.

10.12. *Com base nisso, assevera que é indevida a apuração do índice de FAP 2012 e 2013, eis que, além de conter em sua base de cálculo dados absolutamente estranhos à aferição dos índices de frequência gravidade e custo no que tange à ocorrência dos acidentes de trabalho, para tal, considerou a empresa como um todo indivisível, quando na verdade, deveria ter feito o cálculo de forma individualizada, levando em conta os dados de cada CNPJ de forma segregada.*

10.13. *Finalmente, requer que, preliminarmente, seja reconhecida a improcedência do Termo de Sujeição Passiva Solidária lavrado contra (i) OI S/A – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.; (ii), e TELEMAR NORTE LESTE S/A. – EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL, e, no mérito, sejam declarados insubsistentes os Autos de Infração, ou, caso não seja reconhecida a improcedência total dos índices FAP atribuídos à Impugnante para os anos 2012 e 2013, que seja refeito o cálculo dos mesmos, excluindo-se os acidentes de trajeto, os eventos com natureza acidentária suspensa em razão de recurso administrativo, os eventos que não redundaram na concessão de qualquer benefício e, por fim, determinando-se a apuração de um FAP para cada estabelecimento da Impugnante dotado de CNPJ.*

É o Relatório.

No julgamento em 1ª Instância Administrativa, a 3ª Turma de Julgamento da RFB em Campo Grande/MS, por unanimidade de votos, julgou improcedente a impugnação, lastreadas nas razões que estão sintetizadas na Ementa abaixo transcrita:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2012 a 31/12/2013

SOLIDARIEDADE. GRUPO ECONÔMICO.

As empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza, de fato ou de direito, respondem entre si, solidariamente, pelas contribuições previdenciárias devidas por uma delas.

Caracteriza-se grupo econômico quando 2 (duas) ou mais empresas estiverem sob a direção, o controle ou a administração de uma delas, compondo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. GILRAT AJUSTADO. FAP. APURAÇÃO DE ALÍQUOTA. REVISÃO DE ÍNDICE. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA RFB.

A contribuição da empresa, para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de

incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho, incidente sobre as remunerações dos segurados empregados varia de 1% a 3%, de acordo com os riscos de sua atividade preponderante.

O FAP - Fator Acidentário de Prevenção, fundamentado no artigo 10 da Lei 10.666/2003, é apurado anualmente com base nos dados informados por cada empresa acerca de seus trabalhadores, não cabendo a revisão do índice calculado pelo Ministério da Previdência Social no âmbito do contencioso da Receita Federal do Brasil, por falta de competência para tal.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Ciente das conclusões da DRJ em 26 de setembro de 2017, fl. 293, ainda inconformado, o contribuinte apresentou, tempestivamente, o Recurso Voluntário de fl. 298 a 326, no qual reitera as razões já expressas em sede de impugnação, as quais serão tratadas de forma mais detalhada no decorrer do voto a seguir.

É o relatório necessário.

Voto

Conselheiro Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Relator

Por ser tempestivo e por atender aos demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso voluntário.

Após breve síntese dos fatos relacionados à presente lide administrativa, o recorrente aponta sua convicção de que não deve prosperar a decisão recorrida, a partir das considerações que se seguem.

PRELIMINAR

Da ilegitimidade passiva tributária das pessoas responsabilizadas solidariamente

Aduz que, em razão de sua relação de superposição com a autuada, foram arroladas como responsáveis solidários as empresas OI S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL e TELEMAR NORTE LESTE S/A - EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL.

Afirma que embora a OI detenha 100% do capital social da Telemar Norte Leste, que, por sua vez, detém 100% do capital social da Brasil Telecom Call Center, a mera composição societária não é suficiente para caracterizar um grupo econômico.

Alega que não se identifica no caso em apreço nenhuma das situações instituídas pelo art. 124 do CTN, utilizado como fundamento da responsabilização solidária pela fiscalização e que a desconsideração da independência das sociedades empresárias afronta

o art. 128 do mesmo Código Tributário Nacional, pela qual só seria válida a transmissão de responsabilidade tributária a pessoa vinculada ao fato gerador.

A seguir, o recorrente traz à balha uma sequência argumentos tendentes a corroborar sua tese de inexistência de grupo econômico capaz de ensejar a responsabilização solidária, citando, inclusive, lição da doutrina que aponta que a configuração de grupo econômico pressupõe a existência de, pelo menos, uma relação de coordenação entre os entes coligados, de forma que resulta em uma orientação empresarial comum, sendo necessário que as atividades tenham algum grau de complementaridade, a fim de possibilitar a maximização no uso dos recursos, sendo imprescindível haver uma combinação de recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos.

A Decisão recorrida entendeu:

... não se aplica ao caso concreto o entendimento segundo o qual a solidariedade passiva, para empresas integrantes do mesmo grupo econômico, pressupõe a prova do “interesse comum” na situação que constitua o fato gerador, tendo em vista que essa locução - interesse comum - é oriunda do inc. I do art. 124 do CTN, e não do inc. II, sob análise. Tal interpretação seria válida para os demais tributos, para os quais não há previsão legal específica.

Também não se trata aqui das hipóteses de responsabilidade tributária que se encontram previstas no artigo 128 do CTN. As regras exaradas nesse capítulo do Código dizem respeito à responsabilização indireta pela própria obrigação, junto com, ou no lugar daquele que seria o contribuinte principal. No caso ora em análise, não se trata de substituição tributária, para efeitos de definição da responsabilidade tributária, mas sim de solidariedade para com o sujeito passivo, em face do qual foi lançado o crédito. Cuida-se aqui do estabelecimento de uma solidariedade legalmente prevista, com a finalidade precípua de alargar as garantias do crédito. Nesse sentido, se manifesta Mizabel Derzi: (...)

Assim, o fundamento jurídico para a atribuição da responsabilidade solidária pelo crédito ora constituído se encontra no já mencionado inciso II do Artigo 124 do CTN, em conjunto com o artigo 30, IX da Lei 8.212/91, o qual vem a ser a concretização normativa da hipótese prevista na Lei Complementar, tratando-se, inclusive de uma presunção legal da ocorrência da solidariedade.

Dessa maneira, temos que, uma vez configurado o Grupo Econômico, cabe atribuir aos integrantes do mesmo a responsabilidade solidária em relação às contribuições previdenciárias. Nessa linha, devemos considerar que a legislação previdenciária não é restritiva quanto à configuração do grupo econômico, sendo o único elemento relevante para a caracterização da responsabilidade solidária é mera integração a um grupo, de fato ou de direito, de sorte que as contribuições

devidas por uma empresa passam automaticamente a ser de responsabilidade das demais participantes do mesmo grupo, ampliando assim as garantias de solvabilidade do crédito tributário. (...)

A questão, então, circunscreve-se, essencialmente, à identificação de um núcleo de controle, uma “influência significativa” de uma sociedade sobre outra ou outras.(...)

Na verdade, da análise do Relatório Fiscal, conclui-se estar demonstrado, mesmo na versão das Impugnantes, que elas unem esforços para desenvolver de forma mais produtiva e eficiente suas atividades econômicas. Comprovou o Auditor Fiscal autuante que as pessoas jurídicas distintas que compõem uma mesma unidade empresarial, tendo demonstrado que a Impugnante, sendo uma subsidiária integral da OI S/A e da TELEMAR NORTE LESTE S/A, é por estas controlada, inclusive tendo seus Diretores origem no quadro de funcionários destas últimas. Em relação a essa configuração de grupo, cabe trazer aos autos excerto do “Prospecto Preliminar de Oferta Pública de Distribuição de Debêntures Simples, Não Conversíveis em Ações”, elaborado pela OI S/A em 29/05/2013 (disponível em: https://www.italu.com.br/_arquivosstaticos/italuBBA/Prospectos/Oi_Prospecto_Preliminar_da_11_Emissao_de_Debentures.pdf), onde figura a estrutura do Grupo da empresa emitente das Debêntures: (...)

Diante de tais informações, somados às evidências trazidas aos autos pela autoridade lançadora, e com base no artigo 243 da Lei das S.A., temos como irrefutável o fato de que as empresas OI S/A e TELEMAR NORTE LESTE S/A, na qualidade de controladoras da Impugnante, detentoras de 100% do seu Capital Social, tem influência relevante em seus atos, não sendo factível a alegação de que não integram um mesmo Grupo Econômico.

Outra evidência da formação de Grupo Econômico advém do fato de que as três empresas compartilham o mesmo nome fantasia (“OI”), identificando-se como um único empreendimento, o qual, perante o mercado e clientes, atuam e se fazem perceber enquanto um ente unitário, até porque ostentam objetos sociais similares ou interdependentes, unidos por um interesse econômico. Tal integração como um único empreendimento (está descrita também na página da internet da própria controladora OI S/A, arrolada como responsável solidária(http://ri.oi.com.br/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=43303&conta=28), como vemos abaixo: (...)

Diante do extenso quadro fático e jurídico acima delineado, não subsistem dúvidas de que as empresas OI S/A, TELEMAR NORTE LESTE S/A e a BTCC integram um grupo econômico, sendo solidariamente responsáveis pelo crédito tributário consubstanciado neste lançamento.

Entendo absolutamente irretocáveis as conclusões do Julgador de 1ª Instância, em particular em razão do que a própria recorrente afirmou em impugnação formulada nos autos do processo nº 10166.723415/2011-87, cuja relatoria coube a este mesmo Conselheiro, em que houve autuação em razão da constatação de pagamentos registrados na contabilidade a título de compartilhamento de remuneração de gestores.

Na oportunidade, a ora recorrente afirmou que pagou certa quantia, a título de compartilhamento de despesas, à Brasil Telecom S/A, sociedade empresária distinta, mas pertencente ao mesmo grupo econômico. E mais, assegurou que o montante *foi pago sim à Brasil Telecom S/A com fins de reembolsá-la pelas despesas administrativas havidas com a Diretoria que também serviu à Impugnante*.

Neste sentido, considerando que a OI S.A. é a nova denominação da Brasil Telecom S/A e considerando, ainda, que, nos termos do Comunicado ao Mercado¹ datado de 29 de fevereiro de 2012, esta empresa apresentou plano de reestruturação envolvendo, dentre outras, a segunda solidária, a Telemar Norte Leste S/A. Tal reestruturação consolidou uma única companhia listada em Bolsa, resultando economia anual de milhões de Reais envolvendo diversos aspectos operacionais, administrativos e financeiros, maximização do uso de recursos, simplificação da estrutura societária e de governança das Companhias OI.

Ora, se no caso sob apreço não há grupo econômico capaz de ensejar a responsabilização solidária de que trata o inciso IX do art. 30 da Lei 8.212/91, o instituto em questão não alcança mais ninguém.

Pelo exposto, rejeito a preliminar arguida.

MÉRITO

1. Da ausência de nova discussão do Fator Acidentário de Prevenção (FAP) em via administrativa

O recorrente contesta a conclusão da DRJ de que a Receita Federal do Brasil não seria competente para julgar eventual procedimento administrativo em que se discuta a apuração do FAP.

Afirma que, de fato, o art. 5º da Portaria MPS/MF nº 451/2010 estabelece que a competência para analisar e julgar impugnações relativas a dados que compõem o FAP é do Ministério da Previdência Social, mas tal impugnação só pode versar sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP, não alcançando discussões relacionadas à metodologia do cálculo ou à sua legalidade. E que seus argumentos versariam sobre a ilegalidade da metodologia apresentada. Assim, não haveria de se falar em rediscussão administrativa da mesma questão.

A partir de tais considerações, entende a defesa que é dever da Receita Federal analisar e julgar as matérias de direito que envolvem a metodologia de cálculo da alíquota FAP. Passando a enumerá-las a seguir.

1.1 Da irregularidade da seleção dos dados: Acidentes de trajeto

¹ Fonte: http://ri.oi.com.br/conteudo_pt.asp?idioma=0&tipo=43089&conta=28&id=158678

Em síntese, o recorrente alega que os acidentes de trajeto, por sua própria natureza, estão totalmente fora do controle das empresas. Logo, a consideração destas ocorrências no cálculo do FAP vai contra os próprios princípios que nortearam a concepção do Fator regulador.

Destaca que recente decisão do Conselho Nacional da Previdência Social promoveu alterações na metodologia de cálculo do FAP, com vigência em 2018, dentre as quais foram excluídos da base de cálculo do FAP os eventos de acidente de trajeto.

Como seu viu alhures, a defesa caminhou por reconhecer que a competência para analisar e julgar impugnações relativas a dados que compõem o FAP é do Ministério da Previdência Social, mas tal impugnação só pode versar sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP, não alcançando discussões relacionadas à metodologia do cálculo ou à sua legalidade. E que seus argumentos versariam sobre a ilegalidade da metodologia apresentada.

Ao tratar da questão da inclusão dos acidentes de trajeto no cálculo do FAP, aponta que o Ministério da Previdência Social, por meio de decisão exarada pelo Conselho Nacional da Previdência Social, alterou a metodologia do cálculo do FAP com vigência a partir de 2018.

Vejamos o que dispõe a Portaria MPS/MF nº 451/2010:

Art. 5º O FAP atribuído às empresas pelo Ministério da Previdência Social poderá ser contestado perante o Departamento de Políticas de Saúde e Segurança Ocupacional, da Secretaria de Políticas de Previdência Social, do MPS, de forma eletrônica, por intermédio de formulário que será disponibilizado na rede mundial de computadores nos sítios do MPS e da RFB.

§ 1º A contestação de que trata o caput deverá versar, exclusivamente, sobre razões relativas a divergências quanto aos elementos previdenciários que compõem o cálculo do FAP.

Não consigo identificar a linha visualizada pela defesa que segrega a inclusão dos acidentes de trajeto no cálculo do FAP da competência do MPS. Tanto é de sua competência que o Conselho Nacional da Previdência Social promoveu alterações para exercícios posteriores.

Quanto a eventuais alegações de ilegalidade da exigência, em razão da natureza vinculada da atividade de lançamento, não há espaço para discussões dessa natureza em âmbito administrativo, podendo o contribuinte, caso entenda pertinente, submeter a questão ao crivo do judiciário.

Assim, foi precisa foi a DRJ ao pontuar:

Assim, da análise dos dispositivos acima, é de fácil constatação que a legislação do FAP possui procedimento próprio para processar pedidos de revisão dos índices atribuídos às empresas, cuja competência para decisão é de órgãos do Ministério da Previdência Social, e não da Receita Federal do Brasil. Devemos frisar que a Defendente já se socorreu desse recurso,

tendo protocolado procedimento administrativo para revisão de apuração do FAP perante o órgão competente, já tendo sido, inclusive, prolatada decisão no âmbito dos mesmos. Assim, não cabe a rediscussão administrativa da mesma questão, e muito menos cabível é a tentativa de rediscussão perante órgão incompetente para tal.

Há de se lembrar, ainda, que a autoridade tributária não deve, e nem pode, fazer um juízo valorativo sobre a conveniência do lançamento. O lançamento tributário é rigidamente regrado pela lei, ou, no dizer do art. 3º do CTN, é “atividade administrativa plenamente vinculada”. O que é determinante para a efetivação do lançamento é a ocorrência do fato gerador, devendo ser observado todo o conjunto normativo vigente para a efetivação do lançamento, conforme dispõe o art. 142 do CTN.

Pelo exposto, nego provimento ao recurso voluntário neste tema.

1.2 Da irregularidade da seleção dos dados: dados com qualidades suspensas ou que tenham tido a qualidade acidentária revogada por decisão administrativa

A defesa ressalta que o FAP a ela indevidamente atribuído qualificou como dado importante todos os benefícios de aposentadoria por invalidez, auxílio doença, auxílio acidente e pensão por morte decorrentes de alguma causa acidentária, acidente de trabalho, doença profissional e doença do trabalho.

Afirma que parcela substancial desses dados foi caracterizada como acidentária pelo Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário, o que não configura verdade absoluta, admitindo-se a descaracterização mediante apresentação de prova contrária, nos termos do § 3º do art. 6º da IN INSS/PRESS nº 31/2008.

Sustenta que a mesma IN, observando o art. 21-A da Lei 8213/91 e o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social proceduraliza a prova contrária à presunção relativa do NTEP, permitindo ao interessado impugná-lo administrativamente ou recorrer à Junta de Recursos da Previdência Social.

O recorrente sustenta que não há como se incluir no cômputo do FAP eventos cuja qualidade acidentária encontram-se suspensa em razão de recurso administrativo apresentado pelo empregador, o que revela a improcedência do método utilizado na definição dos índices aplicados à recorrente para os anos de 2012 e 2013.

Mais uma vez, a defesa, utilizando-se de boa argumentação, acaba desviando o que atesta ser matéria de competência da RFB e volta a tratar de metodologia de cálculo do FAP. Assim, sobre este tema, entendo não haver matéria a ser tratada neste julgamento, devendo-se adotar as mesmas conclusões expressas no tema anterior.

Assim, nego provimento ao recurso voluntário neste tema.

1.3 . Da irregularidade da seleção dos dados: indevida inclusão de eventos acidentários que não redundaram na concessão de benefícios

Neste tópico, por economia processual, deixo de detalhar as alegações recursais, já que, assim como nos temas anteriores, o recurso volta a tratar de metodologia de cálculo do FAP. Assim, sobre este tema, entendo não haver matéria a ser tratada neste julgamento, devendo-se adotar as mesmas conclusões expressas no item 1.1 Da irregularidade da seleção dos dados: Acidentes de trajeto, que adoto como razão de decidir para, da mesma forma que no tema anterior, negar provimento ao recurso voluntário.

1.4 Da irregularidade na eleição do sujeito passivo: da necessidade de individualização do índice por CNPJ

Alega o recorrente que, paralelamente ao contexto do FAP, discutiu-se de forma intensa, no judiciário, a possibilidade de apuração da alíquota SAT de forma individualizada, por CNPJ, tendo se consolidado jurisprudência no sentido de que a alíquota da Contribuição ao SAT deve ser obtida pelo grau de risco da atividade preponderante de cada empresa, de forma individualizada por CNPJ.

Afirma que apesar de todo este contexto, o MPS, quando da regulamentação do FAP, não observou os mesmos pressupostos, muito menos a interpretação jurisprudencial sobre o tema, atribuindo para a recorrente um FAP único para a empresa.

A partir de 2016, o MPS, por meio da Portaria Interministerial PMS/MF nº 432/2015, reconheceu e corrigiu o equívoco, prevendo, finalmente, que o índice FAP deveria ser apurado de forma individualizada para cada CNPJ. Ato contínuo, o Presidente do Conselho Nacional da Previdência Social emitiu a Resolução nº 1.327/2015, determinando que o FAP deverá ser calculado por cada estabelecimento dotado de CNPJ próprio.

Sobre o tema, assim se manifestou a Decisão recorrida:

(...) Nesse sentido, não compete à instância administrativa a análise dos argumentos referentes às supostas violações legais ou constitucionais (como o alegado desrespeito ao comando que determina o cálculo do SAT/RAT por estabelecimento), pois tal análise está restrita à esfera judicial. Nesse tema, as decisões administrativas trazidas como exemplo de mudança de entendimento da Administração Tributária (Ato Declaratório da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – PGFN nº 11/2011, de 20/12/2011, SCI COSIT/RFB nº 180/2015 e IN RFB nº 1.453, de 24/02/2014) referem-se exclusivamente à aplicação da alíquota RAT/SAT a cada estabelecimento, de acordo com sua atividade preponderante, não se referindo à aplicação do FAP, cuja metodologia de cálculo, como já explicado, é definida pelo Ministério da Previdência Social. Assim, os atos normativos vigentes que norteiam a atuação da RFB no que tange ao FAP é a lei 8.212/91, em seu artigo 22, II, e Decreto 3.048/99, artigo 202, além dos atos específicos do MPS e do MF em relação ao tema, incluindo aí a Portaria Interministerial MPS/MF nº 432/2015, definindo a aplicação do índice FAP por estabelecimento a partir de 2016 (com base em 2015).

Mais uma vez irretocável as conclusões do Julgador de 1ª Instância. Nota-se que o contribuinte, mesmo identificando que há posicionamento administrativo que vai ao encontro de seus argumentos, mas alcançando apenas efeitos para períodos de apuração

posteriores, busca o reconhecimento de mácula no lançamento sem mesmo tentar indicar que a apuração do SAT de seus estabelecimentos resultaria em números diferentes, não apresentando os elementos de que certamente deveria dispor para demonstrar a que atividades se ocupa a maioria de seus segurados e trabalhadores avulsos.

Assim, ressaltando que os valores do FAP atribuídos para o contribuinte pelo MPS foram mantidos administrativamente e considerando ainda que, mesmo neste tema, a insurgência do contribuinte está relacionada ao cálculo do índice, cuja análise em sede de impugnação não compete a este Conselho, não identifiquei motivos que justifiquem a alteração do lançamento ou das conclusões da decisão recorrida, razão pela qual nego provimento ao recurso voluntário neste tema.

Conclusão

Por tudo que consta nos autos, bem assim nas razões e fundamentos legais que integram o presente, rejeito a preliminar arguida e, no mérito, nego provimento ao recurso voluntário.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo