



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

Processo nº 11330.000314/2007-71
Recurso nº 154.968 De Ofício
Acórdão nº 2301-00.460 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 01 de junho de 2009
Matéria Caracterização segurado empregado: contribuinte individual
Recorrente DRF-RIO DE JANEIRO I /RJ
Interessado BECHTEL DO BRASIL CONSTRUÇÕES LTDA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2003

CARACTERIZAÇÃO. SEGURADO EMPREGADO - Uma vez caracterizados os pressupostos do segurado empregado, são devidas as contribuições previdenciárias pertinentes à relação de emprego.

FALTA DE CLAREZA NOS MOTIVOS DO LANÇAMENTO. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

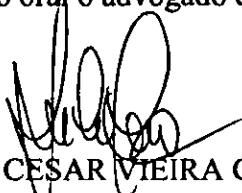
A fiscalização deve lavrar lançamento com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente nulidade.

Lançamento Anulado.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª câmara / 1ª turma ordinária do Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de ofício. por maioria de votos, em anular o lançamento, nos termos do voto do Relator. Vencido o Conselheiro Marco André Ramos Vieira que votou pela nulidade da decisão de primeira instância. Fez sustentação oral o advogado da recorrente Cristiane Romano, OAB/SP 123.771.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente



MARCELO OLIVEIRA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Edgar Silva Vidal (Suplente), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de recurso de ofício, apresentado pelo Acórdão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRFBJ), Rio de Janeiro I, Acórdão 12-17225, fls. 04744 a 04788, que julgou procedente em parte o lançamento efetuado por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001, e recurso voluntário, apresentado contra o Acórdão citado, fls. 04798 a 04839.

Na análise dos autos, verificamos que, segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 029 a 033, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga a segurados caracterizados como empregados, correspondentes a contribuição dos segurados, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, os valores foram obtidos devido o Fisco ter constatado que os segurados contratados preencheram as condições características do segurado empregado, constantes na legislação, o que levou a fiscalização a desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 27/08/2004 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 02712 a 02812, acompanhada de anexos.

Diante dos argumentos da defesa, a Delegacia da Receita Previdenciária (DRP) solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 02773 a 02790.

A fiscalização respondeu aos questionamentos da DRP, fl. 02791 e 02792.

Novamente, a DRP solicitou esclarecimentos à fiscalização, fl. 02798.

A fiscalização respondeu aos questionamentos da DRP, fl. 04723 a 04724.

A DRP deu ciência das diligências efetuadas à impugnante e reabriu seu prazo para defesa, fls. 04725.

A impugnante apresentou novos argumentos, fls. 04728 a 04738.

A DRFBJ analisou o lançamento, a impugnação e as diligências, julgando procedente em parte o lançamento.

Em sua decisão, a DRFBJ manteve em parte o lançamento. Na retificação o Acórdão corrigiu a aplicação do teto máximo à contribuição dos segurados empregados e corrigiu competência, em que o valor informado estava equivocado, fls. 04787 e 04788.

No trâmite, os autos foram enviados ao Conselho de Contribuintes quando a Presidência da Quinta Câmara, do Segundo Conselho de Contribuintes, determinou seu retorno ao órgão de origem, a fim de ciência do recurso ao sujeito passivo e, caso desejasse, apresentação de recurso voluntário, fls. 04790 a 04791.

A recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 04798 a 04839, onde alega, em síntese, que:

O lançamento é deficiente em relação a descrição dos fatos que o ensejaram, prestando-se, apenas, para a inversão do ônus da prova;

Há vício de cálculo nas competências 07/2002, 01/2003 e 04/2003;

Não há vínculo empregatício entre a recorrente e os segurados (sócios e empregados das empresas prestadoras de serviço);

A legislação, lei 11.196/2005, veda a desconsideração de personalidade jurídica;

O Decreto que autoriza o Fisco a desconsiderar pactos firmados viola a Constituição Federal (CF/88);

Só a Justiça do Trabalho poderia caracterizar a relação empregatícia;

O Fisco não possui competência para criar relação de emprego;

Somente o Poder Judiciário pode desconsiderar personalidade jurídica, conforme Art. 50, do Código Civil;

As empresas prestadoras de serviços possuem personalidade jurídica e vida próprias, assumindo o risco da atividade econômica;

As empresas possuem contratos com outras empresas e forma constituídas a muito tempo;

O Fisco deve respeitar o Art. 129 da Lei 11.196/2005;

É irrelevante a natureza das atividades realizadas pelas prestadoras de serviços para a caracterização do vínculo empregatício;

Não há relação de emprego entre a recorrente e os sócios ou empregados das empresas prestadoras de serviços;

A subordinação, característica presente na relação empregatícia, não foi comprovada;

Não há habitualidade, outra característica presente na relação empregatícia, nos serviços prestados;

A contribuição ao SEBRAE, do SAT e a aplicação da Taxa SELIC são inconstitucionais;

O Fisco tem que observar o teto máximo de contribuição, a que está sujeita a contribuição do segurado.

Diante do exposto, requer a procedência dos argumentos apresentados.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro MARCELO OLIVEIRA, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Quanto às preliminares, no tocante ao primeiro argumento da recorrente, de que o lançamento é deficiente em relação a descrição dos fatos que o ensejaram, prestando-se, apenas, para a inversão do ônus da prova, devemos analisar questão.

A fim de analisar a questão, verificamos o RF, o anexo Fundamentos Legais do Débito (FLD) e as diligências efetuadas.

No RF, fls. 029 a 033, verificamos que o lançamento ocorreu pela desconsideração do vínculo pactuado entre a recorrente e os segurados que lhe prestaram serviço, com o respectivo enquadramento dos segurados como empregados, devido estar presentes os requisitos que caracterizam a relação empregatícia. Com essa descaracterização, o Fisco aferiu a remuneração, com base no valor presente em Notas fiscais de prestação de serviços, Contratos e lançamentos contábeis, aferindo, inclusive, a contribuição do segurado, pois foi aplicada a alíquota mínima.

Portanto, o Fisco utilizou da ferramenta aferição para lançar.

Esclarecemos, antes de mais nada, que o Fisco possui competência para realizar a aferição.

Lei 8.212/1991:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

...

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal - DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Como, para o Fisco, a documentação apresentada pela empresa era deficiente, pois não demonstrava a realidade no vínculo dos segurados com a recorrente, foi utilizada a aferição.

Para a utilização da aferição, a fim de que se respeitasse o direito ao contraditório e à ampla defesa, o Fisco deve fundamentar o procedimento.

É de se destacar que a Administração Pública é obrigada a motivar seus atos.

Lei 9.784/1999:

Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

I - neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses;

II - imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;

III - decidam processos administrativos de concurso ou seleção pública;

IV - dispensem ou declarem a inexigibilidade de processo licitatório;

V - decidam recursos administrativos;

VI - decorram de reexame de ofício;

VII - deixem de aplicar jurisprudência firmada sobre a questão ou discrepem de pareceres, laudos, propostas e relatórios oficiais;

VIII - importem anulação, revogação, suspensão ou convalidação de ato administrativo.

§ 1º A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

§ 2º Na solução de vários assuntos da mesma natureza, pode ser utilizado meio mecânico que reproduza os fundamentos das decisões, desde que não prejudique direito ou garantia dos interessados.

§ 3º A motivação das decisões de órgãos colegiados e comissões ou de decisões orais constará da respectiva ata ou de termo escrito.

A fundamentação legal para a utilização da aferição poderia constar no anexo FLD, fls. 018 a 023, mas não há menção ao fundamento no anexo.

A fundamentação também poderia ter sido descrita nas duas diligências efetuadas, fls. 02791 a 02792 e 04723 a 04724, pois as diligências foram efetuadas antes da decisão de primeira instância, não ocorrendo assim o cerceamento ao contraditório e a ampla defesa, pela supressão de instância, mas verificando as duas diligências não encontramos, em momento algum, a indicação do fundamento jurídico que possibilita o uso da aferição.

Assim, fica evidenciado que o lançamento não possuiu os requisitos para sua confecção, que geraram, consequentemente, restrição ao contraditório e ao amplo direito de defesa, pela omissão constatada.

Lei 8.212/1991:

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Portanto, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que o lançamento foi elaborado preterindo o direito de defesa da recorrente, decido pela nulidade do processo.

Em respeito ao § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve verificar a ocorrência ou não do fato gerador, que não foi comprovado no presente lançamento, e tomar as devidas providências.

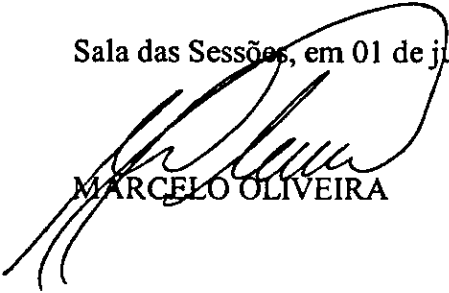
Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação do lançamento.

Sala das Sessões, em 01 de junho de 2009



MARCELO OLIVEIRA