

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

Processo nº 11474.000020/2007-13
Recurso nº 159.460 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.415 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de setembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS - OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente EMPREITEIRA DE MÃO-DE-OBRA BODEMULLER LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 27/03/2007

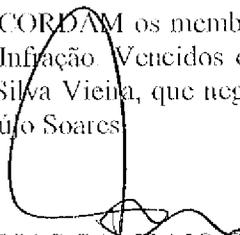
NFLD. ENQUADRAMENTO DE CONTRIBUINTES AUTÔNOMOS COMO SEGURADOS EMPREGADOS. POSSIBILIDADE. O auditor fiscal, a teor do art. 229, § 2º do Regulamento da Previdência Social, pode desconsiderar o vínculo pactuado entre as partes e efetuar o enquadramento do trabalhador como segurado empregado.

LANÇAMENTO. ENQUADRAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL OCORRÊNCIA. Deve o auditor fiscal, quando da formalização do lançamento, indicar pormenorizadamente no relatório fiscal todos os elementos de fato que o levaram a efetuar o enquadramento de autônomo como segurado empregado, demonstrando inequivocamente e de forma cumulativa, a presença da onerosidade, habitualidade, pessoalidade e subordinação, de forma a não restarem dúvidas sobre a legitimidade e fundamentação do procedimento levado a efeito, sob pena de nulidade.

PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em anular, por vício material, o Auto de Infração. Vencidos os Conselheiros Kleber Ferreira de Araújo (relator) e Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que negavam provimento. Designado para redigir o voto vencedor o Conselheiro Igor Araújo Soares.


ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente




KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator


IGOR ARAÚJO SOARES - Redator Designado

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristita Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Wilson Antônio Souza Corrêa, Igor Araújo Soares e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Ausente os Conselheiros Cleusa Vieira de Souza e Marcelo Freitas de Souza Costa.

Relatório

Trata-se do Auto de Infração – AI nº 37.060.859-3, com lavratura em 27/03/2007, posteriormente cadastrado na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho. A penalidade aplicada foi de R\$ 5.784,75 (cinco mil, setecentos e oitenta e quatro reais e setenta e cinco centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal da Infração, fl. 09/11, a empresa deixou de inscrever na Previdência Social segurados empregados conforme relação especificada.

A autuada apresentou impugnação, fls. 50/51, alegando que dois dos trabalhadores apontados pelo fisco eram realmente empregados, pelo que tiveram o seu registro regularizado, os demais, no entanto, eram autônomos e tiveram suas remunerações regularmente lançadas em folha de pagamento. Depois pugna pela dispensa da multa.

O órgão de primeira instância, fls. 116/117, acatou as alegações da empresa em relação aos segurados empregados, reconhecendo a correção da falta e relevando a penalidade, haja vista o preenchimento dos requisitos normativos pelo sujeito passivo.

Quanto aos trabalhadores que autuada alegou serem autônomos, o entendimento da DRI foi divergente. Asseverando que os pressupostos da relação empregatícia estariam presentes nesses casos, o relator do voto condutor, seguido pelos demais julgadores, decidiu manter a multa pela falta de inscrição como segurados empregados dos trabalhadores tidos pela empresa como autônomos.

Não se conformando, a autuada interpôs recurso voluntário, fls. 125/127, no qual alega, em síntese, que, para os trabalhadores que eram efetivamente segurados empregados a falta foi corrigida, conforme se reconheceu na decisão recorrida.

Quanto aos demais, afirma que são autônomos, como passa a comentar:

a) O Sr. Vanderlei Kuster prestou serviços para empresa na qualidade de autônomo, haja vista que o mesmo desempenha a função de pedreiro autônomo há vários anos, mais especificamente desde 1988, conforme cópia de certidão obtida junto à Prefeitura Municipal de Trombudo Central, acostada;

b) o Sr. Volnei Velho é autônomo também, haja vista o mesmo ser funcionário da Prefeitura Municipal de Trombudo Central e se encontrar em férias e licença prêmio na época em que prestou serviços a esta empresa e;

c) o Sr. Lindonir Beber é aposentado, tendo prestado serviço à empresa num curto período.

Depois, arremata que foram regularizados os pagamentos feitos aos senhores Vanderlei Kuster, Volnei Velho e Lindonir Beber na modalidade de autônomos, registrando estes fatos em seu resumo de folha de pagamento e calculando todas as contribuições previdenciárias pertinentes conforme resumos anexos. Afirma ainda que todos os fatos

geradores foram lançados na escrita contábil, conforme Livro Diário n. 04, e declarados na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP.

Chama atenção que a própria autoridade fiscal na, NFLD 37.087.037-9, ao calcular as contribuições devidas pela impugnante classificou-os como autônomos.

Por fim, alegando preencher os requisitos regulamentares, pede a relevação integral da penalidade.

É o relatório.



Voto Vencido

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade, além de que a recorrente possuía decisão judicial garantindo o seguimento do recurso independentemente de depósito prévio.

O deslinde da presente contenda tem como núcleo a verificação do correto enquadramento dos segurados tratados pela empresa como contribuintes individuais e pelo fisco como segurados empregados.

Caso se entenda que os trabalhadores eram autônomos, o pedido de relevação integral da penalidade deve ser prontamente atendido, posto que, assim se reconheceria a correção da infração, único requisito não cumprido, que impediria a concessão do favor fiscal.

Pois bem, iniciemos pela análise fática, a fim de vislumbrarmos qual eram as atividades desenvolvidas pelos trabalhadores Vanderlei Kuster, Volnei Velho e Lindonir Beber, quando a serviço da recorrente.

Afirma o fisco que a recorrente executou serviços reforma de construção civil para a Prefeitura Municipal de Rio Oeste, na qual laborou o Sr. Vanderlei Kuster, que também atuou em obra de pavimentação de logradouro do Município de Trombudo Central.

A empresa não se contrapõe à afirmação do fisco, apenas contesta o enquadramento do trabalhador como empregado, alegando que o mesmo vem atuando como autônomo desde o ano de 1988, como atesta certidão emitida pela Prefeitura Municipal de Trombudo Central.

A certidão referida, fl.57, serve para demonstrar a inscrição desse trabalhador no cadastro municipal de autônomos, todavia, não é documento hábil a afastar a caracterização do trabalhador como empregado, quando presentes os pressupostos fático-jurídicos que norteiam a relação de emprego, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, conforme consta do art. 3.º, "caput"¹, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT.

A ocorrência de pessoalidade e onerosidade exsurge naturalmente dos autos, posto que aqui não se discute se o trabalhador prestou o serviço e se foi remunerado pelo mesmo. Sobre esses aspectos, ambas as partes não têm divergências.

Não tenho dúvida de que o requisito da não eventualidade se fez presente no caso concreto, haja vista que o trabalhador foi contratado para atuar na atividade fim da empresa - construção civil - executando tarefas inerentes a esse ramo negócio.

¹ Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário

Fosse a empresa de outra atividade, na qual o pedreiro pudesse ser requisitado esporadicamente, por exemplo, a montagem de móveis, poder-se-ia aceitar que o mesmo viesse a atuar sem habitualidade, sendo convocado apenas quando houvesse necessidade.

Ocorre que os serviços de construção civil requerem esses profissionais durante toda a execução contratual, não se podendo aceitar que um trabalhador que presta um serviço indispensável para determinada atividade venha a ser considerado como eventual.

Por fim, a subordinação é elemento fácil de se presumir, uma vez que, ao ser deslocado pela empresa contratada para prestação de serviço em obra pertencente ao tomador, o obreiro, fora de dúvida, está submetido ao comando da empresa que se utilizada de suas forças para o cumprimento da empreitada.

Nesse sentido, presentes os pressupostos caracterizadores da relação empregatícia, a comprovação de que o trabalhador era cadastrado no órgão municipal como autônomo não é fato hábil a afastar a ocorrência relação de emprego.

O Sr. Volnei Velho laborou em serviços de pavimentação de logradouros do Município de Trombudo Central executados pela empresa recorrente. A empresa usa como alibi para afastar o enquadramento do mesmo como segurado empregado, o fato do trabalhador ser funcionário da Prefeitura do citado Município, o qual estava de férias e licença prêmio.

Inicialmente ressalto que o raciocínio acima, expresso para o Sr. Vanderlei Kuster, também se aplica a essa contratação, ou seja, vislumbro a presença dos pressupostos da relação empregatícia, por iguais fundamentos.

Vejo que a alegação apresentada também não é suficiente para colocar por terra a autuação. Mesmo que o servidor estivesse trabalhando no órgão público, ele seria considerado segurado perante a Previdência Social pela atividade exercida na empresa autuada, nos termos do que dispõe § 2.º do art. 12 da Lei n. 8.212/1991².

A tese de que o Sr. Lindonir Beber não seria empregado, posto que já era aposentado e laborou para empresa por curto período também não merece ser acatada. Esse trabalhador, como os anteriores, laborou em obras e serviços públicos executados pela empresa recorrente. E, portanto, merece o mesmo tratamento previdenciário, qual seja o enquadramento como segurado empregado.

Nos termos do § 4.º do mesmo art. 12 da Lei n. 8.212/1991³, o aposentado do RGPS quando retorna ao labor é segurado obrigatório em relação à atividade exercida. Nesse sentido tenho que também o Sr. Lindonir Beber atuou na empresa como empregado.

Por fim, a alegação de que o fisco tratou a remuneração desses segurados como se fossem contribuintes individuais, no lançamento da obrigação principal não merece sucesso.

² Art. 12. São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

(...)

§ 2º Todo aquele que exercer, concomitantemente, mais de uma atividade remunerada sujeita ao Regime Geral de Previdência Social é obrigatoriamente filiado em relação a cada uma delas.

(...)

³ § 4º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social-RGPS que estiver exercendo ou que voltar a exercer atividade abrangida por este Regime é segurado obrigatório em relação a essa atividade, ficando sujeito às contribuições de que trata esta Lei, para fins de custeio da Seguridade Social

É que, se de fato isso ocorreu, houve equívoco da auditoria, que inclusive beneficiou o sujeito passivo, haja vista que a contribuição sobre a remuneração dos contribuintes individuais é mais branda que aquela calculada sobre os pagamentos aos empregados. Todavia, uma vez que estou convencido que na espécie houve segurados atuando com pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, os quais a empresa enquadrou como autônomos, só posso chegar à conclusão de que a autuação foi perfeita, não merecendo reparos a decisão *a quo*.

Por fim, a relevação da multa é pedido que também não pode ser acatado. A legislação previdenciária prescrevia requisitos objetivos para que esse favor fosse concedido. Eis o que dispunha o revogado art. 291, § 1.º do RPS:

§1º A multa será relevada se o infrator formular pedido e corrigir a falta, dentro do prazo de impugnação, ainda que não contestada a infração, desde que seja o infrator primário e não tenha ocorrido nenhuma circunstância agravante.

Vê-se que as exigências regulamentares para a dispensa da multa são cumulativas, ou seja, o favor somente é concedido se estiverem presentes todas as condições normativas. Na espécie, não ocorreu a correção da falta, quanto à inscrição dos segurados empregados, que a empresa considerava autônomos, sendo essa constatação impeditiva de deferimento de pedido de relevação.

Diante da exposição acima, voto pelo desprovimento do recurso.

Sala das Sessões, em 23 de setembro de 2010


KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO – Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Igor Araújo Soares, Redator Designado

Em que pesem as sempre bem alinhadas ponderações constantes do voto do Em. Relator, peço vêniã para divergir, por entender que, em verdade, o Auto de Infração deva ser declarado nulo de pleno direito.

Conforme de depreende da narrativa fática da autuação imposta, a recorrente deixou de inscrever na Previdência Social como segurados empregados os Srs. Vanderlei Kuster, Volnei Velho e Lindonir Beber, já que, em sua visão, estes lhe prestavam serviços na condição de autônomos, situação esta que veio a ser desconsiderada pela fiscalização, com o reenquadramento dos mesmos na qualidade de segurados empregados, originando, pois, a aplicação da multa ora combatida.

O Em. Relator entendeu presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego, aptos a justificar o reequadramento levado a efeito pela fiscalização.

Contudo, ao analisar o relatório fiscal do presente Auto de Infração, tenho que o auditor, ao efetuar o reequadramento, deixou de demonstrar os motivos e razões de fato e de direito que justificariam ou demonstrassem a presença cumulativa dos requisitos essenciais para configuração do vínculo empregatício, nos termos do art. 3º da Consolidação das Leis do Trabalho.

Exatamente por ser caso de atuação excepcional, a caracterização do vínculo empregatício somente há de ser promovida e aceita na estrita hipótese de restar fielmente comprovada a presença conjunta de todos os elementos legais que lhe conferem essência, de modo que se permita ao julgador aferir com certeza da existência da relação de labor.

Por óbvio, significa, então, impor ao Agente Fazendário a cautela e o dever de evidenciar nos autos do procedimento fiscal, por meio de provas robustas e não refutadas, e não apenas por mera e simples indicação, que a relação encontrada efetivamente é de emprego, até porque o ônus de provar e demonstrar a ocorrência do fato gerador, ressalvadas as hipóteses de sua inversão (o que não é o caso), cabe sempre ao Fisco (art. 333, I do CPC, arts. 142, 149 e 194 do CTN)

Da análise fática apresentada pela auditoria fiscal, cabe ao colegiado em cotejo com os elementos probatórios trazidos pelo contribuinte, extrair se emergem dos autos dados seguros que lhe permitam ter a certeza inequívoca de que a conduta do contribuinte esconde, dolosamente ou não, uma realidade diversa da apresentada, ou seja, se há evidências firmes dos elementos da relação de emprego. Dessa forma, somente diante de um juízo desprovido de dúvidas e incertezas poderá prevalecer a caracterização de vínculo laboral e o lançamento nele baseado, o que não é o caso dos presentes autos, na medida em que claramente resta violado o ônus-dever do fisco em comprovar de forma clara e precisa a ocorrência do fato gerador, qual seja, o recebimento de remuneração decorrente de relação que seja efetivamente de emprego, conforme determinado pelo art. 3º da CLT.

O relatório fiscal é falho na demonstração da presença de qualquer dos elementos caracterizadores da relação de emprego, de modo que o fiscal meramente indicou que tal situação ocorreu no mundo dos fatos, sem, contudo, diligenciar no sentido de

comprovar suas assertivas, violando, assim, o disposto no art. 142 do CTN e 37 da Lei 8.212/91.

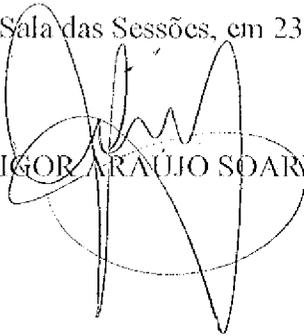
A falta cometida pelo fiscal relaciona-se e macula a própria substância do lançamento, qual seja, a de que não restou comprovada a relação de emprego que enseja o pagamento de remuneração a segurados empregados.

Dessa forma, há de ser reconhecido que o vício a ser reconhecido é de natureza material, já que não se relaciona com qualquer procedimento formal de lavratura do auto de infração, mas sim a erro quanto a perfeita caracterização do fato gerador a fazer incidir a obrigatoriedade do recolhimento de contribuição previdenciária, e, no presente caso, da informação de que os Srs. Vanderlei Kuster, Volnei Velho e Lindonir Beber se tratavam de segurados empregados.

Diante do todo o exposto, pedindo vênias ao Em. Relator, voto no sentido de DAR PROVIMENTO ao recurso voluntário e declarar a nulidade do auto de infração por vício material.

É como voto.

Sala das Sessões, em 23 de setembro de 2010


IGOR ARAÚJO SOARES - Redator Designado



MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 11474.000020/2007-13

Recurso nº: 159.460

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.415

Brasília, 15 de fevereiro de 2011


MÁRIA MADALENA SILVA

Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

Apenas com Ciência

Com Recurso Especial

Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional