



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11853.001196/2007-10
Recurso Embargos
Acórdão nº 2301-008.437 – 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2020
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado SERVIÇO SOCIAL DA INDÚSTRIA SESI

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1989 a 31/12/2000

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. DECADÊNCIA.

Em havendo pagamento antecipado, as contribuições sociais sujeitam-se ao prazo decadencial de 5 anos, contados do fato gerador.

DECADÊNCIA. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO.

O prazo decadencial previsto na legislação trabalhista, de 2 anos, contados da extinção da relação de emprego, para que o obreiro reclame direitos trabalhistas, não tem aplicação no âmbito do Direito Tributário.

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONCOMITÂNCIA.

Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial. Súmula CARF nº 1.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Não se vislumbra cerceamento do direito de defesa quando o lançamento está adequadamente fundamentado.

Não há previsão legal da produção de prova oral no âmbito do processo administrativo fiscal, não se vislumbrando hipótese de nulidade ou cerceamento do direito de defesa em face da negativa em se admitir tal prova.

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. RELAÇÃO DE EMPREGO.

Constatado que o segurado, contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º do Decreto nº 3048, de 1999, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para sanando o vício apontado, reratificar o acórdão 2302-003.693 de 11 de março de 2015, de modo a rejeitar as preliminares; e a fazer consignar o relatório, os fundamentos do voto do acórdão embargado, na parte que corresponde ao decisum, bem como a ementa correspondente.

(documento assinado digitalmente)

Sheila Aires Cartaxo Gomes - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Paulo César Macedo Pessoa - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: João Mauricio Vital, Wesley Rocha, Cleber Ferreira Nunes Leite, Fernanda Melo Leal, Paulo Cesar Macedo Pessoa, Leticia Lacerda de Castro, Mauricio Dalri Timm do Valle, Sheila Aires Cartaxo Gomes (Presidente).

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório da DECISÃO NOTIFICAÇÃO n.º 23.401.4/0018/2002 (e-fls. 1288 e ss), verbis:

DA NOTIFICAÇÃO

Trata-se de crédito tributário constituído contra o Serviço Social da Indústria - SESI, por intermédio da notificação de lançamento (NFLD) em epígrafe, no período fiscalizado que compreende os meses de 08/1989 a 03/2000.

2. No lançamento antes referido, verificou-se a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinou-se a base de cálculo tributável e calculou-se o montante do tributo devido em R\$ 6.455.853,39 (seis milhões, quatrocentos e cinquenta e cinco mil, oitocentos e cinquenta e três reais e trinta e nove centavos), consolidado em 31/07/2000.

3. De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 115/128, que integra a mencionada notificação, foram lançadas as contribuições sociais (previdenciárias e terceiros) devidas em face da remuneração dos serviços prestados por pessoas físicas caracterizadas como segurados empregados. A fiscalização deduziu as contribuições previdenciárias já recolhidas pelo SESI e incidentes sobre a remuneração dos referidos trabalhadores, na condição de segurados autônomos.

4. O lançamento inclui, também, as contribuições sociais devidas a terceiros (Salário-educação, INCRA e SEBRAE), quando constatada a ausência de recolhimento nesta rubrica, no que tange às folhas de pagamento dos segurados empregados.

DA IMPUGNAÇÃO

5. Inconformada, a notificada contestou o lançamento, tempestivamente (fls. 294 e 300). As seguintes razões de defesa foram suscitadas pela impugnante, às fls. 300/355, contra a NFLD em epígrafe:

Da Preliminar

6. Aduz a defendente que a caracterização de vínculo empregatício dá-se essencialmente pela Justiça do Trabalho. Desta forma, se na ação trabalhista existe o direito à oitiva do suposto "empregado" e, também, de três testemunhas, decorre que, neste processo administrativo, para cada relação de trabalho, é mister, igualmente, a produção de prova oral, único meio hábil a contrapor as alegações contidas nesta NFLD.

7. Alega que a fiscalização utiliza-se de argumentos informais, como o ressarcimento de despesas a alguns prestadores de serviço e a contratação de pessoas específicas, por solicitação de chefes de setores da impugnante, o que ocorreu em poucas situações, para afirmar que todos os prestadores de serviço eram, em realidade, empregados.

8. Não obstante os contratos de prestação de serviço, firmados com trabalhadores autônomos (certificando a natureza cível do vínculo contratual entre as partes, até prova em contrário), possuírem cláusulas válidas e cumpridas no cotidiano da relação jurídica, foram glosados pela fiscalização de maneira uniforme e sem a preocupação da individualização de cada situação caracterizada como fraude ou simulação de uma efetiva relação de emprego.

9. A notificada considera-se cerceada em seu direito de defesa, haja vista:

(I) a não-individualização das milhares de relações jurídicas impugnadas, seja fiscalização; sem que fossem apresentados os elementos nos quais baseou-se para afastar a documentação relativa à prestação autônoma de serviços e concluir existente o vínculo empregatício, o que não se justifica em face do tempo despendido com o manejo de contratos e documentos afins (mais de onze meses);

(II) a impossibilidade de uma defesa minudente para cada relação jurídica colocada sob suspeita pela fiscalização, advinda de uma imposição genérica de nulidade ou simulação, em razão de casos excepcionais (ressarcimento de despesas e suposta exigência de prestação de serviços por pessoas específicas);

(III) os supostos fatos (excepcionais) que ensejaram a descaracterização das relações autônomas de serviço não foram individualizados por prestador de serviço, não se sabendo quais foram ressarcidos em suas despesas ou tenham sido contratados tendo em vista a personalidade;

(IV) a não-demonstração de uma unicidade nas relações jurídicas, quer em seu aspecto formal (documental), quer em seu desenvolvimento cotidiano, para que se pudesse admitir, absurdamente (mesmo no âmbito judicial), a possibilidade de caracterização de contrato de trabalho de forma coletiva.

10. Diante do exposto, conclui pela certeza do seu direito à produção de prova oral, quer seja na oitiva de todos os prestadores de serviço autônomo considerados como empregados, quer na apresentação de testemunhas para cada relação jurídica colocada sob suspeita pela fiscalização, com o objetivo de demonstrar a inexistência dos elementos caracterizadores de vínculo de emprego (em especial, a ausência de subordinação jurídica e de personalidade na prestação de serviços); ainda, considera-se cerceada em sua defesa se tal pleito for indeferido.

11. Expõe que, em virtude da previsão constitucional da decadência do direito de ação fixada em dois anos após o término da relação de trabalho (conforme art. 7º, XXIX, da Constituição Federal e jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho citada à fl. 462), não mais caberia a caracterização de uma relação de emprego (... "não se podendo verter a natureza das parcelas pagas ao prestador de serviços na qualidade de autônomo para a de empregado."). Assim, as relações de trabalho extintas até 03 de agosto de 1998 são insuscetíveis de modificação quanto à natureza da contratação e das parcelas pagas, em razão da decadência ou prescrição de sede constitucional.

12. Portanto, a pretensão de caracterizar, como decorrentes de uma relação de emprego, os pagamentos efetuados a título de prestação de serviços autônomos, esbarra na prescrição ou decadência que tornou imutável a relação de trabalho finda até 03 de agosto de 1998. Neste caso, nem mesmo o Poder Judiciário poderia entender que a relação de trabalho ocorrida decorria de vínculo de emprego, quanto menos esta Autarquia.

13. Ressalta que a prescrição prevista na Lei n.º 8.212/91 refere-se, obviamente, à ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias sobre parcelas efetivamente pagas e, nunca, sobre parcelas contratuais não-pagas (sem embargo da incidência da decadência prevista nos artigos-150, §4º e 173 do Código Tributário Nacional - CTN).

Exemplifica com o pagamento de horas extras, em que a contribuição previdenciária não-recolhida poderia ser cobrada em até dez anos. Diversamente, caso horas extras não fossem pagas e ocorresse a prescrição (ou decadência), não mais seria possível ao Instituto adentrar nesta relação jurídica e pretender o recolhimento das respectivas contribuições em face de uma suposta relação de emprego não mais possível de ser caracterizada (haja vista a decadência ou a prescrição). Logo, o acessório (recolhimento de contribuição) seguiria a sorte do principal (pagamento de horas extras não-havidas), sendo, assim, indevido. Afirma, também, não ser outra a hipótese dos autos.

14. Afirma que as contribuições sociais submetem-se aos princípios constitucionais tributários, como tributos que são, bem como às normas gerais de direito tributário, vale dizer, sujeitam-se aos prazos decadenciais e prescricionais de cinco anos, estabelecidos pelo Código Tributário Nacional. Fundamenta a assertiva na doutrina e jurisprudência colacionadas às fls. 309/317.

15. Discorre a respeito da natureza tributária das contribuições sociais destinadas a terceiros e constantes da NFLD em epígrafe (SEBRAE, INCRA e Salário-educação), que não possuem natureza previdenciária e, quanto à decadência e prescrição, submetem-se ao prazo de cinco anos, como disposto no CTN (que, por ser Lei Complementar, não pode ser alterado pela Lei Ordinária n.º 8.212/91). Neste sentido, elenca jurisprudência às fls. 317/319.

16. Com argumentos consubstanciados na Constituição Federal, art. 150, VI, "c", na Lei n.º 8.029, de 12 de abril de 1990, na Lei n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998, art. 1º, no Decreto n.º 57.375, de 02 de dezembro de 1965, artigos 1º, 9º, 37, 44 e 64, em seu objeto social e na doutrina e jurisprudência colacionadas (fls. 320/339), a notificada extrai as seguintes alegações tendentes a qualificá-la como entidade imune ou isenta:

(I) Que a sua natureza jurídica é ditada pelo Decreto n.º 57.375, de 02 de dezembro de 1965;

(II) que é entidade integrante do Sistema Sindical Patronal da Categoria da Indústria, assim como os departamentos regionais, independente de os mesmos possuírem personalidade jurídica própria;

(III) que o departamento do Distrito Federal exerce atividades complementares ligadas e subordinadas à Federação das Indústrias do Distrito Federal - FIBRA;

(IV) que, seja em relação à sua criação e à competência para modificação de seu regulamento ou em relação à sua representação legal, atividades e patrimônio, o SESI possui a natureza jurídica de entidade sindical;

(V) que o SESI possui natureza jurídica de serviço social autônomo ou ente de cooperação, exercendo atividades de caráter público;

(VI) que é reconhecida a isenção tributária aos serviços sociais autônomos pela Constituição Federal e legislação;

(VII) que, seja em razão da agregação dos serviços sociais autônomos ao Estado, seja em razão de seu escopo de filantropia e assistência social - definidos pela própria norma que o instituiu, a jurisprudência vem reconhecendo isenção do SESI no tocante ao Salário-educação e contribuições para o INCRA (e FUNRURAL);

(VIII) que, por força de imperativo constitucional e legal, não está obrigado ao recolhimento das contribuições do Salário-educação, INCRA, FUNRURAL e SEBRAE, quer em razão de sua natureza jurídica de entidade sindical, quer em razão de suas atividades como ente de cooperação (serviço social autônomo);

(IX) que, nos termos da alínea "c", inciso VI, art 150, da CF, estaria vedada a tributação sobre patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(X) que, pelas mesmas razões legais, doutrinárias e jurisprudenciais, está o SESI isento de contribuir para o SEBRAE. Ademais, a contribuição para o SEBRAE está vinculada e possui a mesma natureza jurídica das contribuições devidas ao SESI e ao SENAI (em tendo sido instituída pela Lei n.º 8.029/90, como adicional às alíquotas das referidas contribuições e do SESC e SENAC). Portanto, ilógico cobrar-se da notificada contribuição da mesma natureza e vinculada à contribuição destinada ao próprio SESI. Verifica-se, neste caso, hipótese flagrante de não-incidência;

(XI) que ocorre a hipótese de isenção prevista no art. 1º da Lei n.º 9.766/98, haja vista tratar-se de entidade pública de ensino, sem fins lucrativos, conforme se depreende de seus regulamentos e normas legais de regência e, ainda, em sendo ente de cooperação (serviço social autônomo) decorre a qualidade de organização de assistência social, que atende de forma plena e cumulativa, em razão de seus decretos regulamentadores, os requisitos estabelecidos nos incisos I a V do art. 55, da Lei n.º 8.212/91;

17. Menciona a Decisão Judicial, nos autos do processo n.º 0059192-0 (8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo), de procedência da ação e declaração da inexistência da relação jurídica por força da qual obrigue o SESI ao recolhimento das contribuições destinadas ao SENAI, INDA (INCRA)/FUNRURAL e LBA, conforme cópia de certidão juntada (fl. 418). Desta forma, permanecendo o lançamento, estaria o INSS descumprindo a Decisão judicial referida.

18. Aduz a defendente que a Escola de Administração Fazendária, do Ministério da Fazenda, reconheceu como válidos os pagamentos que efetuou a título de contribuições sociais (lato sensu), conforme documentação anexada.

Do Mérito

19. A impugnante, inconformada com a caracterização de relação empregatícia realizada pela fiscalização, em face de prestadores de serviço (relacionados às fls. 129/226). Contratados pelo SENAI na condição de autônomos, contesta este procedimento alegando o que se segue:

(I) Que "a relação de emprego é fato jurídico complexo, cuja configuração depende da presença de todos os elementos previstos no art. 3º da CLT". Neste sentido, fundamenta a assertiva na doutrina que cita às fls. 340/342;

(II) que a subordinação jurídica é elemento essencial para a configuração da relação de emprego, não restando demonstrada nos autos (à fiscalização incumbia provar que a relação jurídica mantida entre as partes era diversa da formalmente adotada);

(III) que a mera inserção dos referidos prestadores de serviço na atividade fim do impugnante é insuficiente para a caracterização do vínculo de emprego, visto tratar-se de teoria anti-contratualista, não acolhida em nosso direito;

(IV) que os contratos exibidos pelo SESI demonstram a inexistência de qualquer subordinação jurídica em relação aos mencionados prestadores de serviço, além de revelarem que importava para o SESI o resultado do ensino da totalidade do conteúdo programático, ficando a critério dos prestadores os recursos que iriam utilizar para cumprir o objeto do contrato, como técnicas audiovisuais, bibliografia e aulas práticas ou teóricas (reporta-se, para corroborar a afirmação, a decisões judiciais, às fl. 343);

(V) que o SESI não tinha ingerência no cotidiano da prestação dos serviços, não havendo qualquer supervisão, por parte de prepostos da defendente, quanto à forma como tais serviços eram desenvolvidos;

(VI) que as sanções possíveis aos prestadores de serviço eram as previstas em contrato (sendo possível ao próprio SESI ser sancionado em violações contratuais que acarrete), não havendo o poder de punir os prestadores em hipóteses tais como de advertência, suspensão ou despedida;

(VII) que o SESI seria um empregador anômalo, em considerando não deter poderes para gerenciar a atividade desenvolvida por seus "empregados" ou poder hierárquico ou

de organizar a prestação dos serviços e aplicar punições em caso de descumprimento de suas ordens (colaciona decisão do TRT da 10ª Região, às fls. 344/345, em apoio de suas assertivas);

(VIII) que os próprios contratos de serviço anexos à notificação comprovam substituição dos supostos empregados com regularidade, não havendo, por conseguinte, pessoalidade na contratação, não se podendo cogitar de subordinação jurídica, dada a característica intuitu personae do contrato de trabalho;

(IX) que restou incontroversa, em documentos anexos à defesa, a ausência de pessoalidade e subordinação jurídica dos supostos empregados em diversos processos judiciais (ressalta, à fl. 346, decisão do Tribunal Superior do Trabalho quanto ao tema);

(X) que a caracterização da relação de emprego não pode prescindir da produção de prova oral, em função de os elementos configurados no débito previdenciário serem informais e haver a necessidade de verificar se, na realidade, há vínculo de emprego;

(XI) que não há qualquer elemento comprobatório capaz de gerar a certeza da existência de diversas relações de emprego, como afirmadas pela fiscalização e, ao revés, a prova documental exibida demonstra a inexistência de pessoalidade na prestação dos serviços;

(XII) que há, portanto, incerteza quanto à situação configuradora do fato gerador, restando impossibilitado o lançamento em face do art. 116 do CTN;

(XIII) que existem provas documentais, além das orais a serem produzidas, para atestar a não-manutenção de relação de emprego com os prestadores já referidos;

(XIV) que foram colacionadas inúmeras decisões judiciais nas quais negou-se o vínculo empregatício dos prestadores de serviço elencados pela fiscalização como empregados;

(XV) que indaga-se como a fiscalização poderia entender em sentido diverso da Justiça do Trabalho;

(XVI) que a caracterização do vínculo de emprego deveria ocorrer caso a caso e, não, de forma generalizadora, fundada em poucas relações jurídicas analisadas, ignorando os contratos formais de prestação de serviços.

20. Alega que as correções efetuadas com base na taxa SELIC (taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia) devem ser excluídas dos cálculos da notificação em epígrafe. Respalda esta impugnação em aresto do Superior Tribunal de Justiça, transcrito às fls. 350/354.

21. Afirma que, em face do livro razão, verifica-se a duplicidade de lançamento de vários recibos de pagamento. Exemplifica com o caso do prestador Gerson da Silva Almeida, para o mês de abril de 1997, com a anexação das respectivas provas da duplicidade. Assim, solicita o recálculo para exclusão dos valores em duplicidade.

22. Requer, a final, o deferimento da juntada de nova documentação, no prazo de quinze (15) dias, sob pena de nulidade do processo administrativo fiscal.

Da Diligência Fiscal

23. Em considerando a alegação de ocorrência de lançamentos repetidos na NFLD, produzida na Defesa e em requerimento posterior à mesma (fls. 578/580), inclusive com a apresentação de uma relação com os nomes dos prestadores de serviço e valores possivelmente lançados mais de uma vez, afigurou-se imprescindível a solicitação de diligência fiscal por este Serviço de Análise de Defesas e Recursos, para que fossem indicadas as alterações havidas como necessárias, em face da referida documentação.

A decisão de piso julgou procedente em parte o lançamento, excluindo a exigência em relação à cobrança da contribuição social devida ao SEBRAE, mantendo as contribuições para o salário-educação e para o INCRA, deixando de aplicar a decisão judicial proferida nos autos do processo nº 0059192-0 (8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo); excluindo lançamentos verificados em duplicidade, e reconhecendo a decadência parcial do crédito tributário exigido.

Cientificada, em 04/03/2002 (e-fls. 1340), a interessada interpôs recurso voluntário (e-fls. 1346 e ss). Em suma, reitera as alegações da impugnação, em relação às teses não acolhidas pela decisão de piso, a saber:

- Argui cerceamento do direito de defesa por vício na motivação do lançamento, vez que não fora caracterizada a relação de emprego em cada uma das relações jurídicas;
- Argui nulidade da decisão de piso por cerceamento do direito de defesa dada a negativa do deferimento da produção de prova oral.
- Argui a decadência, considerado o prazo de 2 anos após finda a relação de emprego, de modo que as relações de trabalho extintas até 3 de agosto de 1998 seriam insuscetíveis de modificação quanto à natureza da contratação e das parcelas pagas;
- Aduz que as contribuições exigidas estão sujeitas ao prazo decadencial do CTN;
- Aduz tratar-se de entidade imune ou isenta.
- Refere-se à Decisão Judicial, nos autos do processo n.º 0059192-0 (8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo), de procedência da ação e declaração da inexistência da relação jurídica por força da qual obrigue o SESI ao recolhimento das contribuições destinadas ao SENAI, INDA (INCRA) / FUNRURAL e LBA, conforme cópia de certidão juntada (fl. 418). Desta forma, permanecendo o lançamento, estaria o INSS descumprindo a Decisão judicial referida.
- Questiona a caracterização da relação de emprego;
- Questiona a incidência da Taxa SELIC na correção dos débitos.

Às e-fls. 5993 e ss, Acórdão n.º 2302-003.693 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, data do de 11 de março de 2015, desprovido de relatório e voto, redigido por redator *ad hoc*, que se limitou a reproduzir a decisão do colegiado, sob o argumento de não dispor do arquivo contendo a minuta do voto do relator, lido por ocasião da sessão.

Vieram aos autos os embargos da Fazenda Nacional (e-fls. 5998 e ss), face à patente omissão, admitido pelo despacho de e-fls. 6016.

Voto

Conselheiro Paulo César Macedo Pessoa, Relator.

Admitidos os embargos inominados, passo à análise do mérito.

Conforme se verifica na decisão embargada, às e-fls. 5.993, e ss, o redator *ad hoc*, designado para redigir o voto, face à dispensa do mandato de conselheiro conferido ao relator, omitiu o relatório e os fundamentos da decisão, limitando-se a reproduzir o *decisium*, verbis:

Devido ao exposto, reproduzo o resultado devidamente consignado em ata, que foi por negar provimento ao Recurso de Ofício e em conhecer parcialmente do Recurso Voluntário, frente à interposição de ação judicial. Na parte conhecida dar-lhe parcial provimento para acatar a decadência com fulcro no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional e excluir do lançamento as competências anteriores a 07/1995.

Isso posto, faço consignar os fundamentos da decisão, coerentes com o *decisium*, que não correspondem, necessariamente, ao juízo desse relator.

Do conhecimento.

A decisão conheceu do recurso de ofício.

Conheceu, em parte, do recurso voluntário, não conhecendo da matéria submetida à apreciação judicial, qual seja, a natureza imune ou isenta invocada pelo contribuinte, objeto do processo n.º 0059192-0 (8ª Vara da Justiça Federal em São Paulo), consoante Certidão de e-fls. 835, que reconheceu a inexistência de relação jurídica por força da qual o réu exige do autor o recolhimento das contribuições destinadas ao SENAI, INDA (INCRA)/FUNRURAL e LBA. No caso, o fundamento dessa decisão é a impossibilidade da discussão, na via administrativa, ao teor da súmula CARF n.º 1. Observo, ainda, que referido julgado não alcança as contribuições para o salário-educação.

Do recurso de ofício.

A decisão recorrida negou provimento ao recurso de ofício, vislumbrando-se pois, tenha acolhido os fundamentos da decisão recorrida (Decisão Notificação n.º 23.401.4/0018/2002, e-fls. 1288 e ss), que assim decidiu de modo reconhecer a decadência parcial; a afastar a exigência em relação às contribuições devidas ao SEBRAE, afastar a exigência em relação a vínculos de emprego cujo reconhecimento foi negado pela Justiça do Trabalho; e a excluir valores indevidamente incluídos na base de cálculo, nos seguintes termos:

“Alterar, de ofício, o lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo sob o n.º NFLD 35.019.462-9, de 31/07/2000, retificando o montante do crédito a ser cobrado para R\$ 3.852.730,99 (três milhões, oitocentos e cinquenta e dois mil, setecentos e trinta reais e noventa e nove centavos), conforme DADR - Discriminativo Analítico do Débito Retificado anexo, em face da análise realizada em decorrência da diligência fiscal e consoante os itens 34.1, 35.1, 37, 47, 48 e 58 desta Decisão”

Do exposto, fica consignada a fundamentação do não provimento do recurso de ofício.

Das preliminares

Não consta da decisão embargada referência alguma o acolhimento ou rejeição das preliminares e prejudiciais suscitadas pelo recorrente, à exceção da decadência quinquenal,

pelo que entendo não tenha havido decisão acerca dessas matérias, que serão enfrentadas nesse voto.

A recorrente argui cerceamento do direito de defesa por vício na motivação do lançamento, vez que não fora caracterizada a relação de emprego em cada uma das relações jurídicas. Essa alegação foi enfrentada na decisão recorrida, cujos fundamentos, na parte que acolho e adoto como razões de decidir, seguem transcritos:

Os motivos em que a impugnante respalda a alegação de cerceamento de defesa são inconsistentes, haja vista uma série de razões. Primeiro, ao revés do afirmado na defesa, há individualização dos prestadores de serviço caracterizados como segurados empregados (conforme anexos do relatório fiscal, fls. 129/226); segundo, a caracterização não foi feita de forma coletiva, genérica, indiscriminada ou em função de casos excepcionais, o que é absurdamente distante da descrição dos procedimentos e argumentos fiscais elencados no item 27 retro; por último, o raciocínio empreendido pela fiscalização provém da análise de situações recorrentes na empresa, como provam os contratos padronizados antes referidos (item 27, II), não sendo razoável exigir-se a mera repetição dos argumentos expendidos, por milhares de vezes, para que se afaste o suposto cerceamento.

Quanto à preliminar de nulidade da decisão de piso por cerceamento do direito de defesa, dada a negativa do deferimento da produção de prova oral, essa tese também não comporta acolhida. Ocorre que a decisão foi exaustivamente fundamentada, conforme excerto transcrito abaixo, que acolho e adoto como razões de decidir, para ratificar a decisão de piso, não se vislumbrando vício algum:

Quanto à produção de prova oral (oitiva dos prestadores de serviço considerados segurados empregados e de testemunhas para cada relação jurídica respectiva com o SESI), cabe ressaltar que, no procedimento do contencioso fiscal previdenciário, a defesa deve ser instruída com todos os documentos comprobatórios dos fatos alegados. Esta norma impositiva está contida no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, que preceitua, em seu art. 16, o que se segue:

Art. 16. A impugnação mencionará:

III - os motivos de fatos e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;"

Neste sentido, no procedimento do contencioso administrativo, a produção de prova oral deveria ser feita na impugnação. Mas, recorde-se, tal prova é afim ao processo judicial do trabalho, realizada por ocasião da audiência de julgamento, à qual, por expressa previsão da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT (aprovada pelo Decreto Lei nº 5452/43), em seu art. 845, o reclamante e o reclamado deverão comparecer acompanhados de suas testemunhas.

Assim sendo, afigura-se inaplicável ao processo administrativo, ante a ausência de norma expressa e em face da especificidade e incompatibilidade com o seu correspondente procedimento.

A recorrente argui, ainda, a decadência, fundada na legislação trabalhista, considerado o prazo de 2 anos após finda a relação de emprego, de modo que as relações de trabalho extintas até 3 de agosto de 1998 seriam insuscetíveis de modificação quanto à natureza da contratação e das parcelas pagas. Essa tese foi apreciada e refutada pela decisão de piso, cujos fundamentos, na parte que acolho e adoto como razões de decidir, para negar-lhe acolhimento, seguem transcritos:

A defendente afirma não ser mais possível a caracterização de vínculo empregatício para as relações de trabalho extintas até 03 de agosto de 1998 e alcançadas pela decadência, em sede constitucional. Em verdade, o dispositivo constitucional em que se

ampara a notificada (CF, art. 7º, XXIX) refere-se à prescrição da ação trabalhista ("...quanto a créditos resultantes das relações de trabalho..."). Ou seja, é atinente ao direito do trabalho e restrita à exigibilidade de quaisquer créditos trabalhistas. Atente-se que o artigo 12 da Consolidação das Leis do Trabalho estabelece que "os preceitos concernentes ao regime de seguro social são objeto de lei especial". Ora, lei especial regula situação específica. Assim, o direito do trabalho é regulado por leis especiais em matéria trabalhista, ao passo que o direito previdenciário é objeto de lei em matéria de previdência social, haja vista a sua autonomia. Em síntese, a caracterização de segurado empregado ocorre somente para fins previdenciários.

32. Quanto às contribuições vertidas em relação aos supostos autônomos, não há qualquer óbice à correspondente caracterização como segurados empregados, porquanto as referidas contribuições foram destinadas a um fundo previdenciário, dentro de um sistema de repartição simples.

33. É descabida a hipótese, aventada nos autos, que imputa a esta Autarquia estar pretendendo o recolhimento de contribuição previdenciária sobre parcelas contratuais não-pagas aos supostos autônomos, agora na condição de segurados empregados, a exemplo de horas-extras. Nada mais equívoco e divorciado da realidade, pois os fatos geradores do crédito em questão foram obtidos mediante informação proveniente de documento da empresa, que é o recibo de pagamento a autônomo; somente a remuneração que neste constava foi considerada no levantamento fiscal, conforme fls. 129/226.

34. Decerto as contribuições previdenciárias possuem a natureza jurídica de tributo, insertas, como estão, no capítulo do Sistema Tributário Nacional, da Constituição Federal de 1988, obedecem aos seus princípios e às normas gerais em matéria tributária previstas no CTN.

Da decadência.

A decisão embargada reconheceu a decadência em relação aos períodos anteriores 7/1995, cujo fundamento é o mesmo que consta do decisum, qual seja, o art. 150, § 4º do CTN aplicável às contribuições sociais por força da Súmula Vinculante STF nº 8, mormente quando tenha havido o pagamento antecipado do imposto, conforme evidenciam os demonstrativos de e-fls. 37 e ss. Observo que o lançamento foi cientificado ao sujeito passivo em 04/08/2000 (vide e-fls. 3), evidenciando a decadência dos períodos anteriores 7/1995.

Do mérito.

A decisão embargada rejeitou a defesa de mérito, o que inclui as teses pertinentes à contribuição para o salário-educação, sob o fundamento da isenção (matéria estranha ao escopo do processo judicial referido nesse voto); e dos questionamentos pertinentes à caracterização da relação de emprego, vislumbrando tenham sido acolhidos os fundamentos da decisão recorrida, que transcrevo:

Do não reconhecimento da isenção.

36. As alegações tendentes a atribuir ao SESI a qualidade de entidade imune ou isenta são inconsistentes, pelos seguintes fundamentos:

I- a suposta natureza jurídica de entidade sindical é contraposta pela própria Lei que atribuiu à Confederação Nacional da Indústria o encargo de criar, organizar e dirigir o SESI (Decreto-lei nº 9.403, de 25 de junho de 1946), haja vista a fundação de sindicatos ser independente de lei. A Constituição Federal de 1988, em seu art. 8º, inciso III, estabelece que "ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas", objetivo completamente diferenciado do que norteou a criação do SESI, contido no art. 1º, do Decreto-lei nº 9.403/46 e em seu Regulamento (aprovado pelo Decreto nº 57.375, de 02 de dezembro de 1965), conforme o artigo primeiro;

II- apenas para fins de argumentação, ainda que admitida a natureza de entidade sindical, não socorre a defendente a invocação da alínea "c", do inciso VI, art. 150, da CF/88, porquanto este dispositivo veda a instituição de impostos (e, não, contribuições), incidentes sobre o patrimônio, renda ou serviços (e, não, sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho), além de se referir a entidade sindical dos trabalhadores, o que não condiz com um Serviço organizado e dirigido pela Confederação Nacional da Indústria - Decreto-lei n.º 9.403/46, art. 2º - (representativa da categoria econômica e, não, profissional). Como a vedação constitucional citada não aproveita à defendente, torna-se sem finalidade discorrer se estaria inserida no referido dispositivo como entidade sindical, instituição de educação ou de assistência social;

III- é certo que a única isenção (rectius: imunidade) de contribuição para a seguridade social prevista no texto constitucional (CF/88, art. 195, § 7º) alcança, exclusivamente, as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei. Tais exigências foram estabelecidas no art. 55, da Lei n.º 8.212/91. Não há prova nos autos de que os requisitos cumulativos constantes dos incisos I a V. do artigo citado, tenham sido cumpridos pelo SESI ou, sequer, registro de que a isenção tenha sido requerida ao Instituto, o que é imperativo desta lei (conforme o § 1º, do art. 55);

IV- o alegado escopo de filantropia também não auxilia a impugnante, isto porque ao legislador constituinte não é suficiente a filantropia (que é gênero), mas, propriamente, a assistência social beneficente (da qual é espécie) é visada, conforme os objetivos inscritos no art. 203 da Constituição Federal. E a CF/88 apenas excepciona as entidades beneficentes de assistência social (art. 195, § 7º) do solidarismo no financiamento da Seguridade Social (art. 195, caput). A Consultoria Jurídica deste Ministério, na informação/CJ n.º 174/99, cita o eminente previdenciarista - Professor Celso Barroso Leite - cujo esclarecimento dirime a questão do que é filantropia e do que é assistência social:

"Convém começar separando o substantivo do adjetivo, focalizar cada um de per si e só então examinar o conjunto assim formado, bem como a razão de ser da união deles. Ao lado de outros significados sem interesse imediato, os dicionários mostram que 'assistência' quer dizer auxílio, ajuda, amparo, proteção, socorro; e aí já temos certa gradação semântica; ou seja, a assistência pode variar de simples auxílio parcial ou esporádico a um amparo mais constante e substancial; pode até chegar a um socorro completo e definitivo. Sua prestação também pode variar desde o apoio individual, mais próximo da filantropia, até ao auxílio coletivo, menos pessoal e menos direto, de grupos ou da comunidade; e quando a sociedade assume esse encargo, por intermédio de órgãos públicos, temos a assistência social.

(...)

Embora não menos amplo que o da filantropia, o conceito de assistência social oferece a vantagem da característica comum dos seus destinatários: a necessidade que têm dela. Enquanto as entidades filantrópicas prestam serviços úteis e com frequência valiosos, mas nem sempre essenciais, a assistência social tem por objetivo atender a necessidades vitais das pessoas que carecem dela. Convém insistir neste ponto: a necessidade da assistência, individual ou social, é inerente à sua natureza.

Uma entidade que ofereça, por exemplo, programas culturais gratuitos de alto nível dá a pessoas que não dispõem de recursos para pagar por eles uma oportunidade valiosa, benéfica e de alguma maneira filantrópica. Entretanto, isso não corresponde a uma necessidade básica, vital, dessas pessoas, que decerto apreciam programas culturais de bom nível mas poderiam viver sem eles. Ainda, por outras palavras: trata-se de algo mais e não de um mínimo; e em última análise é essa a diferença entre filantropia e assistência social."

V - por conseguinte, o SESI, em face de seus objetivos legais e regimentais previstos no art. 1º, do Decreto-lei n.º 9.403/46 e no art. 1º de seu Regulamento, aprovado pelo Decreto n.º 57.375, de 02 de dezembro de 1965, não atende necessidade básica ou vital a que se refere o previdenciarista já citado, não se podendo atribuir-lhe a qualidade de entidade beneficente de assistência social. Vale ressaltar que a Lei n.º 8.742, de 7 de

dezembro de 1993, dispondo sobre a organização da assistência social, reforça este entendimento, como se depreende dos seguintes artigos (grifos nossos):

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Art. 3º Consideram-se entidades e organizações de assistência social aquelas que prestarem, sem fins lucrativos, atendimento e assessoramento aos beneficiários abrangidos por esta Lei, bem como as que atuam na defesa e garantia de seus direitos.

VI - tampouco haveria isenção (rectius: imunidade) direcionada aos serviços sociais, relativamente a contribuições sociais (previdenciárias ou as destinadas a terceiros), no texto da Constituição Federal de 1988. Ao revés, a CF/88, em seu art. 195, dispõe expressamente que "a seguridade social será financiada por toda a sociedade", excepcionando, somente, "as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei."

VII - sequer poderia ser atribuída ao SESI a caracterização como entidade pública de ensino, para fins de isenção do salário-educação, a teor do disposto no inciso II, § 1º, do art. 1º, da Lei n.º 9.766/98. Isto porque, segundo a definição do art. 19, da Lei n.º 9.394/96 (que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional), a seguir transcrita, o seu enquadramento preciso é o de entidade privada (aliás, como enuncia expressamente o art. 2º, do Decreto-lei n.º 9.403/46):

Art. 19. As instituições de ensino dos diferentes níveis classificam-se nas seguintes categorias administrativas:

I - públicas, assim entendidas as criadas ou incorporadas, mantidas e administradas pelo Poder Público;

II- privadas, assim entendidas as mantidas e administradas por pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

VIII - a qualidade de organização de assistência social também não lhe é condizente, pelas razões já expostas nos itens III a V anteriores, e os requisitos estabelecidos nos incisos I a V do art. 55, da Lei n.º 8.212/91 são objetivos, não restando comprovado o cumprimento dos mesmos na defesa. Assim sendo, não há que se cogitar da norma de isenção (da contribuição social do salário-educação) prevista no inciso V, § 1º, do art. 1º, da Lei n.º 9.766/98.

(...)

Da Relação de Emprego

41. Por intermédio de vários elementos táticos já descritos no item 27 desta Decisão, constatados pela fiscalização deste Instituto, demonstrou-se a existência de relação de emprego para os trabalhadores relacionados nos anexos I a V do relatório fiscal (fls. 129/226).

42. Com efeito, configurou-se a relação de emprego em razão da presença dos elementos indispensáveis que a caracterizam. A onerosidade é inconteste, em face dos próprios documentos pesquisados na atividade fiscalizatória (recibos de pagamento); a pessoalidade ressalta principalmente (mas, não somente) dos incisos V, VIII, IX, X do item 27 desta Decisão; a não-eventualidade e habitualidade transparecem nos incisos II, III, VI, VII, IX, X do referido item; e a subordinação jurídica exposta nos incisos IV, VIII, IX e X, do item sob comento, exsurge, também, como resultado de todo o conjunto probatório em que se ampara a fiscalização.

43. A caracterização, como segurados empregados, para fins previdenciários, de trabalhadores contratados pelo SESI na condição de autônomos, não está calcada, unicamente, na atividade fim da impugnante. Como visto, várias foram as razões de convencimento, inclusive esta sob análise, da qual se extrai validamente, pelo menos,

um dos elementos caracterizadores da relação empregatícia, qual seja, a não-eventualidade do serviço.

44. Os contratos de prestação de serviço autônomo exibidos pelo SESI atestam aspectos formais que não podem prevalecer ante as circunstâncias reais já descritas, em que são prestados os serviços. Por conseguinte, sobrepõe-se o que ocorre no dia-a-dia da relação jurídica entre o tomador e o prestador do serviço. Aliás, o Regulamento da Previdência Social (aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06 de maio de 1999), em seu art. 229, § 2º, prevê expressamente a hipótese de desconsideração do vínculo formalmente pactuado com o contribuinte individual, quando for constatado que este reúne, em verdade, as características de segurado empregado, prevalecendo este enquadramento para fins previdenciários.

45. As alegações de não-ingerência, da redução das possibilidades sancionadoras às hipóteses contratuais e a ausência de poderes de gerenciamento, hierárquico ou de organização, relativamente às atividades desenvolvidas pelos prestadores de serviço, que a fiscalização caracterizou como segurados empregados, são absurdas em razão de sugerirem uma situação de uma entidade acéfala, em que "terceiros" (os ditos prestadores) teriam um tal nível de autonomia e independência que o único vínculo restante com o SESI seria o financeiro. Obviamente, não é esta a realidade, porque seria incompatível com a estrutura, a natureza, a diversidade e o vulto das atividades desenvolvidas, a exemplo da AÇÃO GLOBAL, projeto desenvolvido pelo Serviço Social da Indústria e a Rede Globo de Televisão, em âmbito nacional, com o objetivo de prestar serviços essenciais e gratuitos à população.

46. Diversamente do afirmado pela impugnante, os contratos de serviço anexos à notificação não comprovam substituição dos correspondentes prestadores com a regularidade que permitisse afirmar não haver pessoalidade ou subordinação jurídica nestas contratações. O mesmo se diga dos contratos juntados com a defesa (volumes I a VIII). Com efeito, analisando as cláusulas padronizadas destes contratos, as seguintes conclusões se revelam:

(I) a princípio, mediante o parágrafo 3º, da cláusula 1ª, dos contratos-padrão de serviço de instrutor e de professor (que representam a maior parte das contratações), há a clara menção à existência de normas e procedimentos, o que contradiz com a suposta ausência de subordinação jurídica ou alegação de não-ingerência: "No curso, fica o(a) contratado(a) obrigado(a) a não fornecer a terceiros cópias de normas, procedimentos ou qualquer outro material de uso exclusivo do contratante";

(II) a cláusula 3ª, dos referidos contratos, fixa, por sua vez, a necessária subordinação do suposto autônomo quanto às diretrizes gerais definidas pelo SESI, tanto em relação ao conteúdo dos cursos, como também em relação ao critério pedagógico (grifos no original): "Será de inteira responsabilidade do(a) contratado(a) a formulação do programa do curso e a indicação de seu conteúdo, obedecidos os critérios gerais pedagógicos e de conteúdo fixados pelo contratante";

(III) a aventada substituição do prestador de serviço está contratualmente prevista na cláusula 1ª, parágrafo segundo, c/c a cláusula 4ª, parágrafo primeiro, dos aludidos contratos-padrão; todavia é mitigada pela exigência de submissão prévia à aprovação do contratante; sem falar que sobreleva ao aspecto meramente formal a recorrência da solicitação dos prestadores de serviço, o que reafirma a pessoalidade nesta contratação;

(IV) quanto aos contratos de serviços gerais (terceiro tipo de contrato-padrão dos volumes I a VIII anexos), estes relacionam-se a serviços administrativos, de limpeza e manutenção, atendimento médico-odontológico, enfermagem e outros, que, ao serem firmados com pessoas físicas nestas áreas (inclusive para substituição dos empregados em gozo de férias, licença médica e licença maternidade - conforme relatório fiscal, item 1.5, fl. 116), em serviços de natureza permanente e indispensáveis ao desempenho das atividades do SESI, denotam as características inerentes à relação de emprego em face de serviços como: auxiliar administrativo; atendimento administrativo; limpeza em geral; manutenção nos jardins; médico, auxiliar de enfermagem, auxiliar de laboratório,

odontologia, coordenação pedagógica, orientadora de aprendizagem do programa Telecurso 2000 etc.

Do exposto, fica suprida a omissão da decisão embargada, pela apresentação do relatório; pela indicação dos seus fundamentos; pelo enfrentamento das preliminares e prejudiciais pendentes de decisão; e pela indicação da ementa compatível como fundamentos lançados nesse voto.

Conclusão

Do exposto, voto por acolher os embargos, sem efeitos infringentes, para sanando o vício apontado, reafirmar o acórdão 2302-003.693– 2ª Seção de Julgamento / 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, datado de 11 de março de 2015, de modo rejeitar as preliminares; e a fazer consignar o relatório, os fundamentos do voto do acórdão embargado, na parte que corresponde ao decisum, bem como a ementa correspondente.

(documento assinado digitalmente)

Paulo César Macedo Pessoa