



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 17460.000069/2007-01
Recurso nº Especial do Procurador
Acórdão nº 9202-006.061 – 2ª Turma
Sessão de 24 de setembro de 2017
Matéria COMPETÊNCIA AUDITOR FISCAL E AFERIÇÃO INDIRETA
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado IESA PROJETOS EQUIP. E MONTAGENS S.A. E OUTROS

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2003 a 30/06/2005

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. RAT. ALÍQUOTA ADICIONAL. APOSENTADORIA ESPECIAL. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA. PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO.

Não deve ser conhecido Recurso Especial de Divergência quando não restar demonstrado o dissídio jurisprudencial, em vista da ausência de similitude fática entre os acórdãos recorrido e paradigma.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em não conhecer do Recurso Especial.

(assinado digitalmente)

Luiz Eduardo de Oliveira Santos - Presidente em Exercício

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira – Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Luiz Eduardo de Oliveira Santos (Presidente em Exercício), Maria Helena Cotta Cardozo, Patricia da Silva,

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Ana Paula Fernandes, Heitor de Souza Lima Junior, Ana Cecília Lustosa da Cruz (suplente convocado) e Rita Eliza Reis da Costa Bacchieri.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD, DEBCAD: 37.049.173-4, lavrado em 28/12/2006 contra o contribuinte identificado acima, decorrente do arbitramento do adicional à contribuição social relativa ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho (art. 22, inciso II, da Lei n.º 8.212/91), destinado ao financiamento das aposentadorias especiais previstas no art. 57, §6º da Lei n.º 8.213/91, incidente sobre o total das remunerações pagas, devidas ou creditadas aos segurados empregados sujeitos às referidas condições especiais no período de 05/2003 a 06/2005, no valor de R\$ 4.864.357,86 (Quatro milhões, oitocentos e sessenta e quatro mil, trezentos e cinquenta e sete reais, e oitenta e seis centavos).

O Relatório Fiscal, em apertada síntese:

- diz que a empresa foi cientificada através de Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, para apresentar os documentos necessários à verificação do regular cumprimento das obrigações previdenciárias principais e acessórias.

- conceitua os documentos relacionados com o gerenciamento de riscos ocupacionais previstos na legislação (PPRA - Programa de Prevenção de Riscos Ambientais, PCMAT - Programa de Condições e Meio Ambiente do Trabalho na Indústria da Construção, PCMSO - Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, LTCAT - Laudo de Condições Ambientais do Trabalho, PPP - Perfil Profissiográfico Previdenciário e CAT Comunicação de Acidente do Trabalho).

- descreve, valendo-se de publicação técnica da área de saúde e higiene ocupacional, os riscos normalmente encontrados em empresas do ramo metalúrgico, no qual se insere o sujeito passivo, e quais as doenças mais prevalentes entre os trabalhadores deste setor.

- explica que, segundo a Norma Regulamentadora nº 6, do Ministério do Trabalho, as empresas são obrigadas a fornecer aos empregados, gratuitamente, EPI adequado ao risco, em perfeito estado de conservação e funcionamento, nas seguintes circunstâncias: sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes do trabalho ou de doenças profissionais e do trabalho; enquanto as medidas de proteção coletiva estiverem sendo implantadas; e, para atender a situações de emergência.

- informa que intimou a empresa em 11/05/2005 a apresentar, dentre outros itens, a "Comprovação da execução de procedimentos operacionais para uso rotineiro de respiradores, sempre que necessário o uso dos mesmos", nos termos da Instrução Normativa - IN 01/94, da Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho, que trata do PPR - Programa de Proteção Respiratória.

- afirma que muitos dos estabelecimentos da empresa apresentam agentes químicos dentre seus agentes nocivos, atuando sobre o sistema respiratório de seus trabalhadores, ainda que nem sempre haja avaliação quantitativa destes; e mesmo assim, não

foi apresentado nenhum registro de ensaio de vedação (que consiste, em suma, no teste de adequação dos respiradores aos usuários).

- aduz que em razão da empresa, nos seus diversos estabelecimentos, não ter comprovado o gerenciamento dos riscos e a adoção das medidas de proteção recomendadas, conforme previsto nos artigos 380 e 381 na Instrução Normativa - IN 03/2005, foi lançada por arbitramento a contribuição adicional prevista no artigo 382 da mesma IN.

As autuadas apresentaram impugnação, os autos foram baixados em diligência para que o órgão preparador juntasse prova de que foi cientificada do lançamento a empresa Itaguaí Energia S/A e para que a Fiscalização emitisse relatório complementar, indicando de forma clara e detalhada os motivos que ensejaram o lançamento por arbitramento, assim como os critérios utilizados, com a abertura do prazo de 30 dias para impugnação.

Foi juntada a comprovação da ciência da Itaguaí Energia S/A e emitido Relatório Fiscal Complementar (fls.2.197/2.249), onde consta, por estabelecimento, os motivos que levaram ao arbitramento e os critérios utilizados.

As empresas incluídas no pólo passivo foram cientificadas do citado relatório complementar e aberto novo prazo para impugnação.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Ribeirão Preto/SP julgou as impugnações procedente em parte, em razão da exclusão da **Ibrafem Estruturas Metálicas S/A** do pólo passivo e da manutenção da **Sadefem Equipamentos e Montagens S/A** como solidária apenas no período de 28/10/2004 a 15/02/2005, mantendo o crédito tributário exigido.

Apresentado Recurso Voluntário pela autuada e pelas solidárias, os autos foram encaminhados ao CARF para julgamento dos mesmos. Em sessão plenária de 18/09/2013, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, prolatando-se o Acórdão nº **2402-003.780 (2.851/2.868)**, com o seguinte resultado: “*Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso voluntário para declarar a nulidade do lançamento por vício material, vencido o Conselheiro Carlos Henrique de Oliveira que votou pela inexistência de nulidade. Declarou-se impedido o Conselheiro Nereu Miguel Ribeiro Domingues*”. O acórdão encontra-se assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2003 a 30/06/2005

FISCALIZAÇÃO. COMPETÊNCIA.

A fiscalização de contribuições previdenciárias, atualmente pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, detém a competência para verificação do eficaz gerenciamento do ambiente de trabalho e para o lançamento da contribuição adicional para o financiamento da aposentadoria especial.

CONTRIBUIÇÃO SOCIAL PREVIDENCIÁRIA ADICIONAL PARA CUSTEIO DA APOSENTADORIA ESPECIAL. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. RECURSO PROVIDO.

O lançamento da contribuição social previdenciária adicional para custeio da aposentadoria especial deve estar amparado de elementos hábeis a demonstrar a efetiva exposição dos trabalhadores a agentes nocivos de modo permanente, não ocasional nem intermitente.

Recurso Voluntário Provido.

O processo foi encaminhado para ciência da Fazenda Nacional, em 26/09/2013, para cientificação em até 30 dias, nos termos da Portaria MF nº 527/2010. A Fazenda Nacional interpôs, tempestivamente, em 31/10/2013, o presente Recurso Especial (fls. 2.870/2.894). Em seu recurso visa à rediscussão das seguintes matérias, em relação ao lançamento da contribuição adicional para o financiamento da aposentadoria especial: a) competência do auditor fiscal e da desnecessidade de acompanhamento pela fiscalização do Ministério do Trabalho; e b) cabimento da aferição indireta.

Ao Recurso Especial da Fazenda Nacional foi dado seguimento, conforme Despacho s/nº, da 4ª Câmara, de 25/04/2016 (fls.2.902/2.915).

Em seu Recurso Especial, a Recorrente alega:

- que o tributo lançado é o acréscimo a que se refere a Lei 8.213/ 1991, art. 57, §6º (com a progressividade determinada pelo art. 6º da Lei 9.732 de 1998), acréscimo esse que se aplica sobre a contribuição relacionada aos riscos ambientais do trabalho (RAT) determinada pela Lei 8.212/1991, art. 22, inciso II e é devido pela empresa onde se exerça atividade em condições ambientais que ensejem aposentadoria especial prevista no art. 57 da Lei 8.213/1991, ou seja, aposentadoria cujo tempo de contribuição seja inferior ao normal. Essas atividades são aquelas que prejudiquem a saúde ou integridade física do trabalhador.

- que a competência para que a autoridade fiscal previdenciária possa fiscalizar o procedimento da empresa quanto ao controle dos riscos ambientais de trabalho, encontra-se na Lei nº 8.212/1991, que assim dispõe:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador.

§2º Constitui contravenção penal, punível com multa, deixar a empresa de cumprir as normas de segurança e higiene do trabalho.

§3º É dever da empresa prestar informações pormenorizadas sobre os riscos da operação a executar e do produto a manipular.

§4º O Ministério do Trabalho e da Previdência Social fiscalizará e os sindicatos e entidades representativas de classe acompanharão o fiel cumprimento do disposto nos parágrafos anteriores, conforme dispuser o Regulamento.

- que, por sua vez, a Lei nº 10.593/2002, dispõe na alínea “a”, do art. 8º que é atribuição do ocupante do cargo de Auditor Fiscal, relativamente às contribuições administradas pelo INSS *“executar auditoria e fiscalização, objetivando o cumprimento da legislação da Previdência Social relativa às contribuições administradas pelo INSS, lançar e constituir os correspondentes créditos apurados”*.

- que, dessa forma, fica evidenciado que a auditoria fiscal previdenciária tem a competência legal para verificar a existência de riscos não controlados no ambiente da empresa e efetuar o lançamento da correspondente contribuição adicional.

- que, não compete ao auditor fiscal agir de forma discricionária no exercício de suas atribuições; desta forma, em constatando a ocorrência de infração ou falta de recolhimento no âmbito da legislação previdenciária, cumpre-lhe lavrar de imediato auto de infração e NFLD correspondentes de forma vinculada, nos termos do art. 142 do CTN.

- que a lei garante ao trabalhador que exerce atividade em condições especiais a aposentadoria especial que representa um início de aposentadoria mais cedo do que o normal, implicando, pois, em um desembolso maior de dinheiro público a favor do mesmo; e para tal, o INSS é obrigado a discernir, de modo indubitável, quem tem o direito a tal aposentadoria e quem não o tem, sob pena, ou de malversação de dinheiro público, ou de injustiça contra o trabalhador que a ela fizer jus; e, conseqüentemente, o INSS é obrigado a informar-se de modo seguro e preciso, sobre o exercício de atividades em condições especiais em relação a cada trabalhador do país que as exerça. Esse conjunto de informações tem que permitir saber, para cada trabalhador do país, um a um, quem as exerce, quais são as condições em que exerce, em que lapsos de tempo as exerce.

- que ninguém, a não ser a empresa, pode produzir tais registros, já que o fato gerador do direito acontece no seu interior, por atividades de sua responsabilidade e para atender aos seus interesses técnicos e econômicos; e dessa forma, inevitavelmente, tomar trabalho em condições especiais implica, como ônus inarredável, a submissão sem subterfúgios, a todas as exigências legais relativas a tais registros; sendo que a IN SRP nº 3/2005, vigente à época do lançamento chama de demonstrações ambientais os registros citados acima.

- que a tarefa do Auditor Fiscal, no caso, é justamente auditar tais demonstrações ambientais legalmente obrigatórias e, com base nelas, decidir se a empresa adimpliu sua obrigação relativa ao acréscimo contributivo para custear a aposentadoria especial; e que a fonte de informações do Auditor são essas demonstrações ambientais elaboradas pela própria empresa, daí porque desnecessária perícia a ser realizada por médico do trabalho ou engenheiro do trabalho.

- que o trabalho fiscal foi realizado com base nos documentos produzidos pelo próprio contribuinte, diante das falhas neles verificáveis ou mesmo diante da ausência desses documentos exigidos pela legislação previdenciária.

- que o presente crédito previdenciário foi obtido mediante a utilização do instituto do arbitramento, conforme o expressamente relatado no Relatório Fiscal de Lançamento de Débito, conforme o estabelecido no art. 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91, *verbis*:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas

à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

§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.

- que o sujeito passivo apresentou diversas demonstrações ambientais contendo informações de modo deficiente, e nesse caso, em face da não entrega ou entrega deficiente destes documentos, bem como em indícios verossímeis da exposição dos trabalhadores da empresa a riscos ambientais que dão direito à aposentadoria especial, percebe-se o cabimento do arbitramento utilizado pela fiscalização.

- que a fiscalização intimou o contribuinte a apresentar toda a documentação exigida pela legislação previdenciária para demonstrar o eficaz gerenciamento do ambiente de trabalho; que, contudo, o sujeito passivo apresentou essa documentação de forma deficiente.

- que competiria à empresa demonstrar por meio dos laudos, exames e de medidas de segurança e medicina do trabalho que eliminou todos os agentes nocivos, afastando de pronto o direito à aposentadoria especial e, por conseguinte, o respectivo adicional.

- que o contribuinte não apresentou a documentação completa exigida pela legislação para a correta demonstração do eficaz gerenciamento dos riscos no ambiente de trabalho; que não restou demonstrado que as medidas de proteção implantadas tenha neutralizado ou mesmo atenuado a ação do agente nocivo; e assim, não há como se falar na insuficiência na descrição do fato gerador, ou em lançamento efetuado com base em presunções.

A empresa Iesa Projetos Equipamentos e Montagens S.A. e seus coobrigados solidários foram cientificados do Acórdão nº 2402-003.780, do Recurso Especial da Fazenda Nacional e do Despacho de Admissibilidade admitindo o Resp da PGFN. Cada uma apresentou suas contrarrazões, de acordo com a data de cientificação, da seguinte forma:

IESA PROJETOS EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S.A.

- ciência por abertura de mensagem (fl. 2.944) em 12/05/2016.

- apresentação de contrarrazões, tempestivamente, em 25/05/2016, conforme carimbo à fl. 3.050.

- contrarrazões (fls. 3.050/3.076), onde cita trechos do acórdão recorrido na parte em que o Conselheiro Relator dispõe sobre a inobservância do Auditor Fiscal em submeter os Laudos Técnicos à fiscalização do Ministério do Trabalho; sobre a equivocada interpretação do mesmo no que se refere à competência funcional e capacidade funcional para atribuir riscos nocivos; e ante à ausência de confronto dos Laudos, incompetência para descaracterização dos Laudos, ambos por incapacidade laboral. Acrescenta que as emendas apresentadas pela Fazenda Nacional como paradigmas não podem ser interpretadas como tal, uma vez que a Empresa Recorrida sempre manteve os Laudos, e, os apresentou, em consonância com as Normas Reguladoras, conforme destacado pela própria fiscalização. Traz

trecho de um acórdão do Relator Damião Cordeiro de Moraes (acórdão 2301-002.014), que, segundo a Recorrente, faz uma brilhante interpretação da Lei e do Regulamento que constitui as atribuições de agir do Auditor Fiscal; e por fim, requer o não conhecimento do Resp da Procuradoria ou, caso seja conhecido, seja dado a improcedência total ao mesmo, ante a melhor interpretação da Legislação vigente do Acórdão ora recorrido pela PGFN (2402-003.780).

ELETROSUL CENTRAIS ELÉTRICAS S.A.

- ciência em 17/05/2016, conforme AR á fl. 2.957.

- apresentação de contrarrazões, tempestivamente, em 31/05/2016, conforme Termo de Solicitação de Juntada, às fls. 3.047/3.048.

- contrarrazões (fls. 2.979/2.981), onde diz que foi intimada para apresentar contrarrazões ao Recurso Especial da PGFN, na condição de responsável solidária, mas que, nesse processo nº 17460.000069/2007-01, a Eletrosul não foi arrolada no Auto de Infração como responsável solidária, não tendo participado das demais fases, sendo um equívoco a intimação recebida. Esclarece que a Eletrosul consta como responsável solidária no processo nº 17460.000068/2007-59, que também envolve a Iesa, por conta da Subestação Caxias do Sul e, a similitude dos casos deve ter gerado a intimação equivocada. Por fim, requer que seja desconsiderada a sua intimação.

INEPAR ARGENTINA SRL, ciência em 17/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016;

INEPAR INVESTMENT, ciência em 17/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016;

INEPAR TELECOMUNICAÇÕES S.A., ciência em 17/05/2016, apresentou contrarrazões em 26/05/2016;

INEPAR INDÚSTRIA E CONSTRUÇÕES, ciência em 18/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016;

INEPAR ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES S.A., ciência em 19/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016;

INEPAR EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S.A., ciência em 19/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016;

INEPAR ENERGIA S.A., ciência em 27/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016;

PENTA PARTICIPAÇÕES E INVESTIMENTOS LTDA., ciência em 17/05/2016, apresentou contrarrazões em 01/06/2016;

IESA ÓLEO E GÁS S.A., ciência em 27/05/2016, apresentou contrarrazões em 31/05/2016.

O conteúdo das contrarrazões dessas solidárias são idênticos, e, portanto, faz-se somente um relatório, que segue:

- diz que, ante o reconhecimento da nulidade material do lançamento fiscal, restou prejudicada a apreciação da indevida sujeição passiva da Recorrida ao mesmo, em vistas à inexistência de interesse comum na constituição e tampouco de participação no suposto fato gerador, conforme pacífica jurisprudência do STJ.

- argumenta que a Fazenda Nacional fundamentou o cabimento de seu recurso, exclusivamente, em questões de mérito, a fim de legitimar o lançamento fiscal objeto de cancelamento, mas não demonstrou possuir quaisquer elementos para se insurgir quanto ao resultado da questão; constata que não foram sequer enfrentados os sólidos fundamentos do acórdão recorrido.

- acrescenta que os paradigmas trazidos pela Recorrente sequer correspondem ao contexto fático da matéria apreciada no acórdão recorrido, e ainda estão em conflito com a jurisprudência predominante sobre a matéria; além do que limitam-se a abordar a competência da autoridade fiscal para verificação do fato gerador objeto de lançamento (risco permanente a agentes nocivos no ambiente de trabalho) bem como da possibilidade de aferição indireta.

- que a nulidade do auto de infração não foi sacramentado em razão de eventual incompetência da autoridade fiscal, mas principalmente pela ausência de elementos essenciais para demonstração do suposto fato gerador, ao arrepio do CTN, artigo 142 c/c 148.

- que a Recorrente sequer apresentou eventuais embargos de declaração de modo a alterar as consistentes premissas fáticas do acórdão recorrido, inexistindo sequer o pré-questionamento da matéria apto a viabilizar sua revisão em sede de recurso especial de divergência.

- que, mesmo sendo apreciada a suposta divergência suscitada pela Fazenda Nacional, de modo a restabelecer a validade do crédito tributário, de acordo com a pacífica jurisprudência do STJ, a mera existência de grupo econômico não é suficiente, por si só, para atrair a imputação da responsabilidade tributária solidária das empresas atreladas ao referido grupo, ainda que decorrente de previsão legal; ou seja, a ausência de interesse comum na situação configuradora do fato gerador é suficiente, por si só, para sepultar qualquer possibilidade de atração da responsabilidade tributária solidária; e, partindo-se dessa premissa, a conclusão a que se chega é que, em vista à atribuição do STJ na interpretação da legislação infraconstitucional, não há como adotar interpretação distinta, sob pena de se atentar para o princípio da segurança jurídica e, inclusive da economia processual; além do que, não poderia ser diferente, posto que, de acordo com o disposto no Regimento Interno do CARF – artigo 62-A – a observância das decisões proferidas pelos STF e STJ são de caráter vinculante.

As solidárias *SADEFEM EQUIPAMENTOS E MONTAGENS S.A., ITAQUAÍ ENERGIA S.A.* e *INEPAR TRADING S.A.* não apresentaram contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora.

Pressupostos De Admissibilidade

O Recurso Especial interposto pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende, em princípio, aos demais pressupostos de admissibilidade, conforme Despacho de Exame de Admissibilidade de Recurso Especial, fls. 2902. Contudo, havendo questionamento acerca do conhecimento, passo a melhor apreciar a questão.

A Procuradoria sustenta a divergência do acórdão recorrido quanto a duas matérias:

a) competência do auditor fiscal e a desnecessidade de acompanhamento pela fiscalização do Ministério do Trabalho; e

b) cabimento da aferição indireta.

Da análise dos autos, se vê que em julgamento de segunda instância a 2ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Seção do CARF, por maioria de votos, deu provimento ao Recurso Voluntário para declarar a nulidade do lançamento por vício material.

De acordo com o voto condutor do julgado recorrido o lançamento foi considerado nulo por vício insanável, frente à materialidade, porque não foi demonstrada a existência do fato gerador da contribuição previdenciária referente ao adicional relativo aos riscos ambientais do trabalho, que seria *"o exercício de atividade em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador, com exposição a agentes nocivos de modo permanente, não-ocasional e nem intermitente."*

Aduz a decisão, que o órgão julgador da primeira instância já tinha baixado o processo em diligência, porque não era possível verificar quais os motivos reais que deram azo ao arbitramento, nos seguintes termos:

*"Ainda no campo das formalidades, especificamente no que diz respeito aos requisitos legais da lavratura fiscal, contata-se que a Autoridade Lançadora **não identificou de forma suficientemente clara** no Relatório Fiscal quais foram **os motivos** que ensejaram o lançamento por arbitramento da contribuição adicional para custeio da aposentadoria especial.*

*O mesmo pode ser dito com relação **aos critérios** utilizados no arbitramento, ou seja, não é possível compreender como se chegou aos cargos expostos nem saber quais os agentes nocivos do Anexo IV do Decreto 3.048/99 considerados.*

...

Fica configurado assim um vício formal do lançamento, passível de ser saneado, que consiste na incompleta exposição dos fundamentos de fato motivadores do lançamento e dos critérios utilizados no mesmo."

Como resultado da diligência foi elaborado Relatório Fiscal Complementar onde os argumentos expostos repetiram o que já continha o primitivo Relatório Fiscal, de forma que não restou demonstrada a busca pela verdade material

O acórdão recorrido continua, dizendo que o lançamento foi realizado com base apenas nas interpretações efetuadas pelo Fiscal sobre os documentos apresentados pelo sujeito passivo, enquanto o arbitramento da contribuição adicional para financiamento da aposentadoria especial, somente poderia ser efetuado nos termos da Instrução Normativa/SRP n.º 03/2005, art. 387, quais sejam a inexistência dos documentos relativos ao gerenciamento dos riscos, ou a incoerência resultante do confronto dos mesmos, o que não restou evidenciado pelo Fisco. Alega que não é motivo para arbitrar o débito de contribuição adicional a valoração efetuada pelo Fiscal, sem que se desqualifique as informações contidas nos documentos. Ainda refere que de acordo com o art. 382, §2º, da referida IN n.º 03/2005, o Fisco tem o ônus de demonstrar que as medidas de proteção existentes não foram corretas e que conforme o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, art. 202, os segurados abrangidos pelo levantamento teriam que ser demonstrados, o que, também, não ocorreu no caso presente.

Por tudo que expressa, o acórdão recorrido entendeu que o arbitramento pautou-se em argumento incerto e efetivamente não demonstrou a ocorrência do fato gerador, por isso decidiu pela nulidade do lançamento por vício material.

Por fim, o acórdão é explícito em dizer que não nega a competência funcional do AFRFB para o lançamento relativo aos adicionais do GILRAT e tampouco obriga-o à submissão de perícia por profissionais de medicina ou engenharia do trabalho, apenas refere que o Fisco somente pode realizar arbitramento, nesta matéria, nas hipóteses descritas pela IN 03/2005, art. 387, o que não foi demonstrado pelo Relatório Fiscal e Relatório Fiscal Complementar. O vício do lançamento está no fato de que não há elementos hábeis a demonstrar a efetiva exposição dos trabalhadores a agentes nocivos de modo permanente, não ocasional nem intermitente.

Desta forma, é de se ver que não há divergência de entendimento entre a primeira matéria argüida pela Fazenda Nacional referente a competência do auditor fiscal e da desnecessidade de acompanhamento pela fiscalização do Ministério do Trabalho.

O acórdão recorrido ao tratar da questão da competência do Auditor Fiscal para efetuar o lançamento de débito relativo aos riscos ambientais do trabalho, atesta que é inerente ao cargo, senão vejamos:

[...]

Assim é que a Lei n.º 10.593/2002 dispôs na alínea "a", do art. 8º que é atribuição do ocupante do cargo de Auditor Fiscal da Previdência Social, relativamente às contribuições administradas pelo INSS: "executar auditoria e fiscalização, objetivando o cumprimento da legislação da Previdência Social relativa às contribuições administradas pelo INSS, lançar e constituir os correspondentes créditos apurados."

É certo que, de acordo com o maior grau de detalhamento, essas verificações podem escapar dos conhecimentos técnicos exigidos para o cargo de auditor fiscal e daí a fiscalização, para buscar maior eficiência, requerer uma perícia por médico ou engenheiro do trabalho para subsidiar seu trabalho, mas isso não é obrigatório, já que as competências e atribuições decorrem de lei. Portanto, embora as verificações técnicas diretamente pela fiscalização que demandem conhecimento em medicina e engenharia do trabalho sejam inadequadas não invalidam, por si só, o lançamento. O questionamento ficaria reservado ao ajuizamento de ação que demonstre por inconstitucionalidade ou ilegalidade a aplicação da lei.

Superadas as questões preliminares para exame do cumprimento das exigências formais, passo à apreciação do mérito

[...]

Como se vê, o julgado recorrido superou a questão da competência para efetuar o lançamento, entendendo que o ARFRB a detém.

Da mesma forma, os paradigmas indicados, Acórdão n.º 2401-002.328 e Acórdão n.º 2301-002.014, decidiram que o Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil é competente para verificar a existência os riscos ambientais do trabalho não controlados e efetuar o lançamento da contribuição adicional, se for o caso. Não havendo discordância de entendimento como pleiteia a recorrente.

A segunda matéria divergente apontada pela Procuradoria da Fazenda Nacional, refere-se ao cabimento do arbitramento para se apurar a contribuição referente ao adicional relativo ao financiamento da aposentadoria especial para o segurado exposto aos riscos ambientais do trabalho.

Todavia, se observa que no julgamento do mérito do acórdão recorrido restou decidido, como já referenciado em parágrafos anteriores, que o Fisco não demonstrou a existência do fato gerador da contribuição previdenciária relativa ao adicional de GILRAT, porque não baseou o lançamento na inexistência de documentos relativos ao gerenciamento dos riscos, ou na incoerência resultante do confronto dos mesmos. O julgado diz que não é motivo para arbitrar o débito de contribuição adicional, a valoração efetuada pelo Fiscal, sem que se desqualifique as informações contidas nos documentos. E, ainda, refere que de acordo com o art. 382, §2º, da IN/SRP n.º 03/2005, o Fisco tem o ônus de demonstrar que as medidas de proteção existentes não foram corretas e que conforme o Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/99, art. 202, os segurados abrangidos pelo levantamento teriam que ser demonstrados, o que não ocorreu no caso presente.

Portanto, a matéria reputada como divergente pela Fazenda Nacional refere-se à possibilidade do arbitramento como forma de levantamento do débito e os paradigmas acostados se referem a esse ponto, como se pode ver das ementas abaixo colacionadas:

Acórdão n.º 206-00542

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/04/1999 a 31/05/2004

Ementa: CRÉDITO PREVIDENCIÁRIO. ADICIONAL DE APOSENTADORIA ESPECIAL. AFERIÇÃO INDIRETA.

A falta do PPRA, POR, PCMAT, PCMSO, LTCAT ou PPP, quando exigíveis ou a incompatibilidade entre esses documentos, enseja a apuração por arbitramento da contribuição adicional, com fundamento legal previsto no § 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212/91 e artigo 233 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário — artigo 410 na IN/INSS nº 100/2003.

Recurso Voluntário Negado.

Acórdão n.º 2301-002.014

Período de apuração: 01/08/1996 a 28/02/2004

INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DO ATO FISCALIZATÓRIO. VINCULO EMPREGATÍCIO.

Nos termos do artigo 12, inciso I, letra “a”, da Lei 8.212/91, são segurados obrigatórios da Previdência Social, como empregado, “aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural à empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado.”

DECADÊNCIA. PRAZO DE CINCO ANOS. DISCUSSÃO DO DIES A QUO NO CASO CONCRETO.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional (CTN). O prazo decadencial, portanto, é de cinco anos. O dies a quo do referido prazo é, em regra, aquele estabelecido no art. 173, inciso I do CTN (primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), mas a regra estipulativa deste é deslocada para o art. 150, §4º do CTN (data do fato gerador) para os casos de lançamento por homologação. Constatando-se dolo, fraude ou simulação, a regra decadencial é reenviada para o art. 173, inciso I do CTN. No caso dos autos, não existem pagamentos em relação aos fatos geradores lançados, o que impõe a aplicação da regra decadencial do art. 173, inciso I.

ALÍQUOTA ADICIONAL DA CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. EXPOSIÇÃO DE TRABALHADORES A RISCO OCUPACIONAL

A empresa com atividade que exponha o trabalhador a agentes nocivos químicos, físicos ou biológicos, ou associação desses agentes, que, comprovadamente, seja prejudicial à saúde ou à integridade física, e que enseje a concessão de aposentadoria especial, está sujeita ao pagamento da alíquota adicional da contribuição previdenciária.

PRÊMIOS POR ASSIDUIDADE. CARÁTER DE GRATIFICAÇÃO AJUSTADA.

O prêmio pago habitualmente ao empregado todo ano, desde que não possua faltas, assume a natureza de gratificação ajustada, o que o inclui no gênero remuneração e impõe a incidência da contribuição previdenciária.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

No entanto, quanto à possibilidade da utilização do arbitramento como forma de levantamento do débito, se observa que as situações fáticas expostas nos acórdãos recorrido e paradigmas não são similares.

Os paradigmas acostados para a matéria são claros em dizer que naqueles casos, os documentos não foram apresentados ou o foram de maneira deficiente, e o Fisco apontou, nos mesmos, as falhas havidas, como se pode ver dos excertos dos votos condutores dos mesmos colacionados a seguir:

Acórdão n.º 206-00542

[...]

Diante disso, ante a ausência da apresentação dos documentos exigidos ou da apresentação, deficiente; a Auditoria Fiscal lavrou a presente NFLD por aferição indireta, nos termos do artigo 410 da Instrução Normativa n. 100, de 18.12.2003, que diz o seguinte:

"Art. 410. Em procedimento fiscal que for constatada a falta do PIRA, PGR, PCMAT, PCMSO, LTCAT ou PPP, quando exigíveis ou a incompatibilidade entre esses documentos, o AFPS fará, sem prejuízo das autuações cabíveis, o lançamento arbitrado da contribuição adicional, com fundamento legal previsto no inciso 3º do art. 33 da lei n. 8.212/91, combinado com o art. 233 do RPS, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário."

Quanto ao procedimento do arbitramento a Auditoria Fiscal procedeu da seguinte forma (Relatório Fiscal — fls. 395/396):

(...)

Procedeu-se, portanto, conforme previsão legal, ao arbitramento por aferição indireta considerando-se os cargos, funções, setores e grupos homogêneos com exposição acima dos limites de tolerância normativos ou que a simples exposição ao agente nocivo seja prejudicial à saúde ou a integridade física do segurado, conforme planilha demonstrativa anexa. Nessa planilha, estão relacionados todos os empregados, selecionados por cargos, funções, setores e grupos homogêneos que apresentam exposição aos agentes nocivos conforme determinação dos próprios PPRA apresentados e os respectivos riscos a que se encontram expostos, sem, contudo, conforme destacado no parágrafo anterior, considerar-se a atenuação pela utilização de Equipamentos de Proteção Individual. A planilha foi elaborada da forma mais detalhada possível, levando-se em conta os próprios documentos apresentados pela empresa.

A empresa não elabora folhas de pagamento separadas por grupos homogêneos de exposição aos agentes nocivos acima dos limites de tolerância, com seus respectivos valores para determinação da base de cálculo relativa a riscos ocupacionais. Procedeu-se, portanto, conforme previsão, ao arbitramento por aferição indireta.

[...]

Acórdão n.º 2301-002.014

[...]

O minucioso Relatório Fiscal e os documentos que o acompanham contém elementos suficientes para concluirmos pela existência do risco apontado. A autoridade fiscal demonstrou que a própria recorrente assumiu a existência de risco ambiental no Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT) e que “para fins de aposentadoria especial a empresa declara no LTCAT que os agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho não são atenuados a níveis abaixo dos limites de tolerância permitidos ou que os agentes nocivos existentes não se encontram em níveis abaixo dos limites permitidos pela legislação para alguns postos de trabalho”(fls. 159 do Relatório Fiscal).

O Laudo Técnico contratado pela própria recorrente e assinado pela ASTEC assinala claramente a presença dos agentes nocivos que não são afastados pelos EPIs para efeito de aposentadoria especial, fls. 197/200.

Apesar disso, a fiscalização assinalou que a recorrente informou em GFIP a não ocorrência de exposição a agente nocivo.

Analizando todos os LTCATs, a fiscalização concluiu que a recorrente reconheceu a existência dos seguintes agentes nocivos:

Risco físico nível de pressão sonora elevada — NPSE — ruído (cód. 2.0.1, anexo IVRPS);

Risco físico temperaturas anormais — calor (cód. 2.0.4, anexo IVRPS);

Risco físico aerodispersóides — poeira de algodão (não previsto no anexo IVRPS);

Risco químico utilização de óleos minerais (cód. 1.0.7, anexo IVRPS);

Risco químico de gases e vapores e

Risco físico de iluminação

Nesses mesmos documentos, foi verificado que :

- *Não apresentam planejamento anual com estabelecimento de metas, prioridades e cronograma ou estratégia e metodologia de ação, nos termos do item 9.2.1, alíneas "a" e "h" da NR09;*

• *Não apresentam análise global do PPRA, que teve sua elaboração sem que fosse preparado os LTCAT para todos os anos, para avaliação do seu desenvolvimento e realização de ajustes e estabelecimento de novas metas e prioridades, nos termos do item 9.2.1.1 da NR09 para todo o período, apresentando apenas os LTCAT dos anos 2002 e 1999, este parcialmente;*

Não apresentam avaliação da eficácia das medidas de controle implantadas, nos termos do item 9.3.1, alínea "d" da NR09;

• *Os LTCAT, em relação aos EPI especificados, não listam os prazos de validade ou a periodicidade das trocas dos mesmos;*

• *Não há qualquer menção em LTCAT sobre a implantação de estudos para implantação de medidas coletivas de proteção;*

• *Em relação aos EPI adotados, não há qualquer comprovação a respeito da inviabilidade técnica ou a insuficiência das MPC, nos termos do item 9.3.5.4 da NR09*

• *Quanto à GFIP, não foi informado o código de ocorrência de exposição ao agente nocivo*

• *em conformidade com a descrição feita no LTCAT de funções onde existe a exposição do trabalhador.*

Também houve dificuldade na verificação de funções dos trabalhadores utilizando como parâmetro os códigos de ocupação — CB0 no período posterior a janeiro de 2003, devido à implantação da nova tabela de códigos de CB0 pelo MTe.

Em suma, o trabalho de fiscalização baseou-se em informações técnicas fornecidas por especialistas contratados pela recorrente e nas falhas facilmente detectáveis no controle dos agentes nocivos.

[...]

Ocorre que no caso em tela, o acórdão recorrido decidiu que não foi trazido aos autos pela autoridade fiscal responsável pelo lançamento, os elementos que comprovassem a existência do fato gerador relativo ao percentual adicional do GILRAT. Não foi negada a aplicação do arbitramento em si, o que foi abordado pelo voto condutor do julgado é que o Fisco não demonstrou os motivos pelos quais o lançamento deveria ser feito por arbitramento. De acordo com o acórdão, o Fisco não disse da inexistência ou da falta de apresentação dos documentos formalmente solicitados nos TIAD's - Termos de Intimação para Apresentação de Documentos e tampouco demonstrou inconsistências entre os mesmos, requisitos necessários para a apuração do débito se dar por aferição indireta, nos termos da IN/SRP n.º 03/2005.

Por esse motivo, vê-se que as situações fáticas não são similares, não havendo divergência nas decisões tomadas.

Ademais se a recorrente tivesse constatado omissão, contradição ou obscuridade na decisão proferida, poderia ter opostos os pertinentes Embargos de Declaração, a fim de aclarar o julgado. Mas agora, em sede de Recurso Especial de Divergência não há que se modificar a decisão proferida quando não se observar identidade fática nas situações expostas nos julgados recorrido e paradigma.

Conclusão

Face o exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER do recurso ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL, por não estar demonstrado o dissídio jurisprudencial, em vista da ausência de similaridade fática entre os acórdãos recorrido e paradigmas.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira.