



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 23034.002919/98-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº **2401-010.495 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 9 de novembro de 2022
Recorrente TORQUE EQUIPAMENTOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/10/1991 a 31/12/1996

DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. .

Ao negar-se a decidir o mérito da impugnação, a decisão recorrida cerceia o direito de defesa. Ensejando o imediato julgamento do mérito supressão de instância, bem como não estando o processo apto para julgamento, impõe-se a decretação da nulidade da decisão de primeira instância.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso voluntário para anular a decisão recorrida e determinar a prolação de nova decisão.

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier - Presidente

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Matheus Soares Leite, Gustavo Faber de Azevedo, Rayd Santana Ferreira, Renato Adolfo Tonelli Junior, Thiago Buschinelli Sorrentino (suplente convocado), Wilderson Botto (suplente convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário (e-fls. 29/34) interposto em face de decisão (e-fls. 20/21) que julgou indeferida defesa contra Notificação para Recolhimento de Débito - NRD nº 0000122/1998 (e-fls. 06/08), no valor total de R\$ 10.771,15 a envolver a rubrica “salário-educação” e competências 10/1991 a 12/1996, emitida em 08/06/1998 (e-fls. 06). Da NRD, constou (e-fls. 06):

O débito em questão, apontado pelo INSS de acordo com Relatórios e Demonstrativos apensados, decorre de irregularidades verificadas nos recolhimentos referentes ao

Salário-Educação consoante disposto na legislação em vigor: Decreto-Lei n.º 1.422/75, Decreto ns 87.043/82, Decreto ns 88.374/83 e Lei n.º 9.424/96.

A NRD está instruída com a Informação Fiscal encaminhada pelo INSS ao FNDE e com Discriminativo referente à NFLD n.º 32.433.438-9 a especificar por competência salário-de-contribuição e contribuição (e-fls. 04), tendo constado da Informação Fiscal (e-fls. 03):

1. A empresa acima identificada foi fiscalizada em relação ao período de 0691 a 1197, tendo sido emitida a NFLD - Notificação Fiscal de Lançamento de Débito n.º 32.433.438-9 cujas contribuições previdenciárias foram decorrentes da *descaracterização dos seguintes trabalhadores autônomos, em relação aos serviços de advocacia e engenharia prestados à empresa*, no período de 1091 a 1197: **Carlos** (...), advogado; **Cassio** (...), advogado; **Victor** (...), advogado; **Antonio** (...), engenheiro; **Semi** (...), engenheiro.
2. Tendo em vista a opção da empresa pelo SME - Sistema de Manutenção de Ensino até 1296, esta fiscalização se absteve de incluir na Notificação supracitada as contribuições relativas ao Salário-Educação até aquela competência, conforme Ordem de Serviço INSS/DAF n.º 86, de 260893.
3. Os valores correspondentes aos salários-de-contribuição e às contribuições de 2,5% devidas ao Salário-Educação, até 1296, estão discriminados, mês a mês, em anexo.

Além disso, a NRD não demonstra recolhimentos e não detecto nos autos guia de recolhimento em relação às competências objeto do lançamento. Invocando o AR n.º RR 21667248-6 BR, a Informação n.º 1241/2005 atesta o recebimento da NRD pela empresa em 16/06/1998 (e-fls. 20).

Na defesa (e-fls. 09/10), firmada em 29/06/1998 (e-fls. 09) e protocolada na mesma data de 29/06/1998 (data atestada na Informação n.º 1241/2005, e-fls. 20), a empresa invoca a impugnação apresentada em face da NFLD n.º 32.433.438-9 (e-fls. 12/15), uma vez que o lançamento a toma a NFLD como prova emprestada, bem como sustenta não ter havido caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, com essa conotação a justificar a emissão da NRD.

A defesa foi indeferida pelo despacho de e-fls. 21, alicerçada na Informação n.º 1241/2005 – DIADE/CGACI/DIFIN/FNDE/MEC (e-fls. 20).

A decisão foi cientificada em 21/02/2006 (e-fls. 112) e o recurso voluntário (e-fls. 29/34) postado em 18/03/2006 (e-fls. 28), em síntese, alegando:

- (a) Admissibilidade. Intimado em 20/02/2006, o recurso é tempestivo (Decreto n.º 3.142, de 1999, art. 15, §1º). A exigência de depósito prévio é inconstitucional e a matéria encontra-se *sub judice*.
- (b) Prova emprestada. O pedido de prova emprestada feito pela defesa foi indeferido, visto que, em face do art. 5º da Lei n.º 9.766, de 1998, caberia à impugnante trazer ao presente processo cópia das decisões das contestações que apresentou junto ao INSS, para fins de avaliação do mérito, o que não fez. No entanto, referida Lei não é aplicável à espécie, visto que entrou em vigor em data bem posterior aos fatos discutidos nesse procedimento, ocorridos até o ano de 1.996 (Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 1º, "caput" e 6º, "caput e §§; e Constituição, art. 5º, XXXVI). Ainda, quanto ao

pedido de juntada das decisões das contestações apresentadas nos procedimentos que tramitam perante o INSS, ressalta a Recorrente que a alegação posta na r. decisão para o seu indeferimento também deve ser reformada e/ou anulada. Neste diapasão, não era ônus processual da Recorrente de juntar referidas cópias, eis que não houve por parte do INSS o devido julgamento de suas defesas. A recorrente apontou a impugnação à cobrança do INSS e cabia ao FNDE buscar informações sobre o andamento processual das contestações apresentadas pela recorrente. Note-se que as contestações apresentadas perante o INSS referem-se aos mesmos tributos cobrados neste processo, devendo haver suspensão imediata da cobrança, sob pena de *bis in idem*.

- (c) Pedido. O apelo é para: (1) decretar a reforma e/ou nulidade da decisão administrativa de 1ª instância, para que seja considerado, conseqüentemente, as defesas apresentadas junto ao INSS, obviando-se a improcedência das autuações procedidas, não havendo, em nenhum caso, a caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, com essa conotação, tendo-se como improcedentes, por decorrência, as NRD's expedidas; (2) alternativamente, seja determinada a suspensão da presente cobrança perante o órgão FNDE, aguardando-se, para tanto, a decisão das contestações intentadas perante o INSS, dada a identidade de tributos.

O recurso em questão foi direcionado para o Conselho Deliberativo do FNDE, contudo, em face da Lei n.º 11.457, de 2007, restou remetido pelo FNDE à Receita Federal (e-fls. 107) e esta o encaminhou ao presente Conselho (e-fls. 113).

É o relatório.

Voto

Conselheiro José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro, Relator.

Admissibilidade. Diante da intimação em 21/02/2006 (e-fls. 112), o recurso interposto em 18/03/2006 (e-fls. 28) é tempestivo (Decreto n.º 3.142, de 1999, arts. 15, §1º). Consta dos autos que apelação em mandado de segurança foi provida para afastar a exigência de depósito prévio em relação ao presente recurso administrativo (e-fls. 112/113). Além disso, a questão restou superada pela Súmula Vinculante n.º 21 do Supremo Tribunal Federal. Preenchidos os requisitos de admissibilidade, tomo conhecimento do recurso voluntário.

Prova emprestada. A NRD constitui contribuições para o FNDE decorrentes da “*descaracterização dos seguintes trabalhadores autônomos, em relação aos serviços de advocacia e engenharia prestados à empresa, no período de 1091 a 1197: Carlos (...), advogado; Cassio (...), advogado; Victor (...), advogado; Antonio (...), engenheiro; Semi (...), engenheiro*”, motivando o lançamento em Informação Fiscal do INSS dando conta da lavratura da NFLD n.º 32.433.438-9, Informação Fiscal instruída com demonstrativo a especificar por competência o montante total de salário-de-contribuição apurado.

Na impugnação (e-fls. 09/10), a empresa afirma que, em razão de a NRD ter se valido da NFLD n.º 32.433.438-9 como prova emprestada, apresenta para conhecimento e apreciação do FNDE, servindo como defesa, cópia (e-fls. 12/15) da contestação protocolada junto ao INSS contra a NFLD n.º 32.433.438-9 e acrescenta que não houve caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração com essa conotação, devendo ser a NRD julgada improcedente.

Na impugnação à NFLD n.º 32.433.438-9 (e-fls. 12/15), a empresa se insurge contra a descaracterização do trabalho autônomo por ser descabida a conclusão pelo nexo laboral a partir dos conceitos de remuneração mensal e disponibilidade, ainda mais quando a própria fiscalização seria contraditória ao reconhecer não haver, em definitivo, a presença de subordinação hierárquica, sendo que para exemplificar suas alegações instrui a impugnação à NFLD com documentos. Note-se que os documentos mencionados na impugnação à NFLD como a instruí-la não foram carreados com a cópia da impugnação à NFLD apresentada na defesa contra a NRD, devendo constar do processo administrativo fiscal relativo à NFLD.

Adotando como razão de decidir a Informação n.º 1241/2005 – DIADE/CGACI/DIFIN/FNDE/MEC (e-fls. 20), a decisão recorrida (e-fls. 21) acolhe a motivação de que, quanto à prova emprestada, o art. 5º da Lei. n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998, autoriza a fiscalização da arrecadação do salário-educação pelo INSS, ressalvando a competência do FNDE para efetuar a cobrança a partir da Informação Fiscal do INSS; e de que não se pode avaliar o mérito das alegações da empresa, eis que a empresa não encaminhou para o FNDE cópia de decisão do INSS relativa à impugnação contra a NFLD n.º 32.433.438-9.

O argumento recursal de o art. 5º da Lei. n.º 9.766, de 18/12/1998, não ser aplicável ao caso concreto é irrefutável, eis que o lançamento de ofício veiculado na NRD foi cientificado à empresa em 16/06/1998, data anterior à Lei. n.º 9.766, de 18 de dezembro de 1998.

Além disso, o FNDE não efetuou mera cobrança, mas lançamento de ofício do crédito tributário, dispondo a empresa do direito de contestar administrativamente o lançamento (Decreto-Lei n.º 1.422, de 1975; Decreto n.º 87.043, de 1982; Decreto n.º 88.374, de 1983; Lei n.º 9.424, de 1996; Resolução CD/FNDE n.º 2, de 1993¹; e Portaria SE/FNDE n.º 36, de 1993² - diplomas inclusive citados expressamente na NRD, e-fls. 06).

¹ **RESOLUÇÃO Nº 2, DE 14 DE JUNHO DE 1993 - DOU DE 17/06/93**

Estabelece procedimentos relativos a débitos do Salário-Educação das empresas optantes pelo Sistema de Manutenção do Ensino Fundamental - SME

O PRESIDENTE DO CONSELHO DELIBERATIVO DO FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO, no uso das atribuições conferidas pelo art. 6 do Decreto n.º 114, de 8 de maio de 1991, e de acordo com o disposto nos arts. 9 e 11 do Decreto n.º 87.043, de 22 de março de 1982, com a redação dada pelo Decreto n.º 88.374, de 7 de junho de 1983,

Resolve AD REFERENDUM:

Art. 1º Os débitos de contribuições do Salário-Educação das empresas optantes pelo Sistema de Manutenção do Ensino Fundamental - SME, apurados ou confessados ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, não poderão ser englobados as demais contribuições, objeto de notificação ou parcelamento de débito junto ao INSS.

Parágrafo único. Os procedimentos operacionais, a serem adotados, obedecem a normatização expedida pelo INSS, ficando as empresas obrigadas a colocar a disposição da fiscalização, quando solicitado, a documentação pertinente ao SME.

Art. 2º Procedida a apuração do débito, caberá ao INSS a emissão de Informação Fiscal - IF, a ser encaminhada ao FNDE, com a discriminação, mês a mês, dos valores dos salários-de-contribuição da empresa, dos valores recolhidos e das aplicações efetuadas no SME, consoante a legislação em vigor.

Logo, a empresa dispõe do direito de impugnar o crédito tributário que lhe é imputado na NRD n.º 0000122/1998, inclusive mediante a expressa invocação e adoção dos motivos veiculados na impugnação à NFLD n.º 32.433.438-9, tendo a defesa sido instruída com cópia da petição de contestação protocolada perante o INSS.

Frise-se que a impugnante expressamente pretende servir-se contra a NRD da mesma defesa adotada contra a NFLD n.º 32.433.438-9, eis que considera que o próprio lançamento de ofício da NFLD se vale para demonstrar os fatos geradores imputados na NRD.

Ainda que a impugnante não tenha transcrito no corpo da petição de impugnação os motivos de fato e de direito alinhavados para impugnar a NFLD n.º 32.433.438-9, a empresa os invocou em sua defesa e expressamente sustentou sua aplicabilidade contra o presente lançamento de ofício, tendo instruído a defesa com cópia da impugnação à NFLD.

Assim, cabia à autoridade julgadora de primeira instância deles conhecer e apreciá-los em face da NRD n.º 0000122/1998.

A decisão do INSS no processo administrativo fiscal relativo à NFLD n.º 32.433.438-9 pode eventualmente influenciar o convencimento do julgador da impugnação constante do presente processo administrativo fiscal, mas não o vincula.

Os lançamentos de ofício veiculados na NRD e na NFLD são diversos, tanto que foi elaborada Informação Fiscal pelo INSS ao FNDE. Ainda que a base de cálculo seja a folha de pagamento, a contribuição para o salário-educação não se confunde com as contribuições previdenciárias ou com as contribuições para outros terceiros.

Negar-se a decidir sob o fundamento de a impugnante não ter apresentado decisão do INSS sobre a impugnação à NFLD n.º 32.433.438-9 consubstancia-se em negativa de prestação jurisdicional administrativa, havendo manifesta violação ao direito de defesa da impugnante.

Além disso, a decisão recorrida também não enfrentou a alegação de não haver na NRD caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, argumento levantado na própria petição de impugnação à NRD n.º 0000122/1998 ao afirmar (e-fls. 10):

Parágrafo único. A IF, de que trata o presente artigo, será elaborada considerando os valores originários do débito apurado. (...)

Art. 5º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições da Resolução n.º 44, de 02 de setembro de 1986.

² PORTARIA N.º 36, DE 14 DE JUNHO DE 1993 - DOU DE 17/06/93

Estabelece procedimentos relativos a apuração, cobrança e parcelamento de débitos do Salário-Educação.

Art. 1º Os débitos de contribuições do Salário-Educação das empresas optantes e dos estabelecimentos de ensino prestadores de serviço ao Sistema de manutenção do ensino Fundamental - SME, levantados pelo FNDE, ou apurados pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, serão processados de acordo com o disposto nesta Portaria.

Art. 2º Procedida a apuração e a atualização do débito, de acordo com a legislação previdenciária em vigor, o devedor será notificado de seu valor, pela Diretoria Financeira da Secretaria Executiva do FNDE - DIROF, com discriminação das parcelas devidas e dos períodos a que se referem.

§ 1º Recebida a notificação, o devedor terá o prazo de 15 dias para efetuar o pagamento ou apresentar solicitação de parcelamento do débito.

§ 2º O procedimento será encerrado se o devedor recolher dentro do prazo assinalado.

§ 3º O devedor terá o prazo de 15 dias para apresentação de defesa junto à DIROF.

Art. 3º Apresentada a defesa, o processo será submetido à decisão do Secretário-Executivo da secretaria Executiva do FNDE.

Art. 4º Da decisão do Secretário-Executivo caberá recurso ao Conselho Deliberativo do órgão, no que couber, o disposto no artigo seguinte.(...)

não havendo – em nenhum caso – a caracterização específica de pagamento de salário ou remuneração, com essa conotação, tendo-se pois como IMPROCEDENTES, por decorrência, as NRD's expedidas;

Acrescento ainda que o presente processo não se encontra em condições para o imediato julgamento do mérito, eis que a NRD imputa a caracterização de segurado empregado com lastro na apuração empreendida pelo INSS e a empresa sustenta que o próprio Relatório Fiscal da NFLD reconhece a inexistência de subordinação hierárquica e que prova a exemplificar o trabalho autônomo estaria juntada à impugnação da NFLD. Logo, a situação demanda a instrução dos autos em face do disposto nos arts. 29 do Decreto n.º 7.574, de 2011, e 4º da Lei n.º 11.457, de 2007.

Por conseguinte, acolho o pedido recursal de nulidade da decisão recorrida por preterição ao direito de defesa (Constituição, art. 5º, LV; e Decreto n.º 70.235, e 1972, art. 59, II), devendo ser proferida nova decisão de primeira instância (Decreto n.º 70.235, e 1972, art. 59, §2º).

Isso posto, voto por CONHECER do recurso voluntário e DAR-LHE PROVIMENTO para anular a decisão recorrida e determinar a prolação de nova decisão.

(documento assinado digitalmente)

José Luís Hentsch Benjamin Pinheiro