



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

Processo nº 35413.000237/2006-17
Recurso nº 249.287 Voluntário
Acórdão nº 2301-02.164 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 9 de junho de 2011
Matéria CARACTERIZAÇÃO SEGURADO EMPREGADO: CONTRIBUINTE INDIVIDUAL
Recorrente PEN AR LAN BRASIL LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 30/11/2001

SEGURADOS EMPREGADOS - CARACTERIZAÇÃO DEFICIENTE - LANÇAMENTO ARBITRADO.

Para que o crédito tributário seja constituído com base na caracterização de segurado empregado, é necessário que os elementos caracterizadores do vínculo empregatício fiquem devidamente demonstrados no relatório fiscal da NFLD.

A falta da exposição clara e precisa dos elementos citados acima dificulta o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, retirando do crédito os atributos de certeza e liquidez para uma futura execução fiscal.

A inviabilidade do saneamento do vício enseja a anulação do crédito.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Redator designado. Vencida a Conselheira Bernadete de Oliveira Barros, que votou em anular o lançamento por vício formal. Redator designado: Adriano Gonzales Silvério.

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora.

Adriano Gonzales Silvério - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete De Oliveira Barros, Damião Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Ausência momentânea: Wilson Antonio De Souza Correa.

Relatório

Trata-se de recurso interposto contra a Decisão-Notificação que julgou procedente o débito lançado contra a empresa acima identificada.

O crédito previdenciário lançado por intermédio da NFLD se refere a contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos empregados, à da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aos terceiros, tendo como fato gerador, segundo relatório fiscal (fls. 25), a remuneração paga aos segurados que prestaram serviços de construção civil à recorrente.

A autoridade lançadora informa que a empresa, embora notificada, não apresentou nenhum documento relativo às obras de construção civil que realizou em suas instalações prediais, e efetuou recolhimentos previdenciários parciais para serventes e pedreiros a seu serviço, deixando de recolher as rubricas Segurado, Risco Acidente do Trabalho e Terceiros.

A recorrente impugnou o débito e a Secretaria da Receita Previdenciária, por intermédio da Decisão-Notificação de nº 21.424.4/0822/2005 (fls. 303), julgou o lançamento procedente, entendendo que restou caracterizada a relação de emprego, por estarem presentes os elementos caracterizadores do vínculo empregatício.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 333), repetindo basicamente as alegações apresentadas na impugnação.

Preliminarmente, alega nulidade da notificação, argumentando que o Relatório apresentado, além de sucinto, não trouxe esclarecimentos convincentes sobre a composição do débito, pairando dúvidas sobre a legalidade do procedimento fiscal.

Assevera que o sucinto relatório contraria até mesmo o lançamento efetuado sob o título 0B2 - SALÁRIO CONTRIBUIÇÃO CONSTRUÇÃO CIVIL, haja vista que no mencionado lançamento foram consignadas tão só as competências de janeiro à março de 1999 e julho a setembro de 1999, janeiro a junho de 2000, bem como, o período de março a julho de 2001, o mês de setembro e novembro de 2001.

Reafirma que não foram apresentados documentos que autorizem o reenquadramento de pedreiros e serventes como trabalhador avulso, mesmo porque a documentação anexada apenas demonstra que a sua condição de autônomos, e não de avulsos, vez que respaldada pelos contratos e respectivas inscrições cadastrais dos recorrentes, juntados e conferidos sua autenticidade nos autos de NFLD 35.532.432-6.

Reitera que não está devidamente demonstrada a base real do fato gerador para o lançamento do débito, quer sejam planilhas ou outro tipo de documentação, o que inúmeras dúvidas causaram à RECORRENTE para a apresentação de sua defesa, prejudicando assim a ampla defesa que deve existir em qualquer tipo de processo, conforme elucida a Constituição Federal, em seu artigo 5º, LV.

Insiste em afirmar que, no lançamento efetuado, não foram descontados e observados os recolhimentos efetuados como trabalhadores autônomos, demonstrados com a juntada de guias às fls. 175 a 509 do DEBCAD NFLD 35.532.432-6, com recolhimento no código de contribuinte individual no 1104.

Ainda em preliminar, alega decadência das exigências lançadas no ano de 1999 e insurge-se contra a aplicação da taxa SELIC, tentando demonstrar sua ilegalidade e inconstitucionalidade quando utilizada para fins tributários

No mérito, reafirma que a autuação foi feita com base em presunção, sem se ater aos contratos, inscrições de Contribuintes autônomos, apresentados e inseridos nos autos da NFLD 35.532.432-6, nos exatos termos do artigo 21 cc. art. 22, III da Lei 8.212/91, inexistente, portanto, qualquer embasamento legal para se proceder ao reenquadramento dos mesmos como trabalhadores avulsos.

Defende que o princípio da verdade real deve ser observado e obedecido sempre, sem exceções, mesmo porque representa, indubitavelmente, alicerce que deverá prevalecer em todo e qualquer processo administrativo fiscal.

Argumenta que inexistente vínculo empregatício se o indivíduo é contratado para realização de obra certa e dispensado ao seu término, ou tão pouco pode ser tratado como trabalhador avulso, pois que a contratação foi feita por tempo determinado, mesmo porque não exerce a recorrente atividade típica de empresa de engenharia ou de construção.

Reitera que, se não bastasse a eventualidade dos reparos prestados pelos serventes e pedreiros com contratos, o auditor fiscal não efetuou o desconto dos valores já recolhidos pela recorrente, e traz um quadro com o número de inscrição de alguns dos autônomos caracterizados como empregados pela fiscalização.

Insurge-se contra o enquadramento da recorrente como agroindústria implicitamente realizado pela autoridade lançadora e sustenta que a multa moratória aplicada também não deverá prevalecer, tendo em vista seu caráter confiscatório, não venerando, destarte, o princípio previsto no artigo 150, IV, da Constituição Federal.

Em contra-razões (fls. 373), a SRP manteve a decisão recorrida.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheira Bernadete De Oliveira Barros

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos, não havendo óbice ao seu conhecimento.

Da análise dos autos, algumas inconsistências foram constadas, ensejando a decretação da nulidade do lançamento por vício formal, uma vez que a autoridade lançadora deixou de observar os requisitos formais do lançamento, previstos no art.37 da Lei nº 8.212, senão vejamos.

Inicialmente, cumpre observar que a NFLD foi lavrada em desacordo com os normativos legais que dispunham, à época, sobre a formação dos processos oriundos de NFLD e relacionava os relatórios que deveriam integrar a formalização de processo administrativo de débito, pois não foram anexados o RADA/RDA e o Relatório de Lançamentos.

Em que pese a autoridade julgadora de primeira instância ter afirmado, na intenção de se contrapor à alegação de cerceamento de defesa trazida pelo contribuinte, que a NFLD é composta por vários relatórios, entre eles o Relatório de Lançamentos (fls. 310), verifica-se, dos autos, a ausência do referido relatório, bem como do RADA.

A própria autoridade lançadora relaciona os documentos que integram a NFLD, e entre eles não consta o RL, o RADA e o RDA, contrariando as instruções normativas que regem a matéria.

A recorrente insiste em afirmar que não foram abatidos, do débito, os valores recolhidos pelos autônomos caracterizados como empregados pela fiscalização.

O julgador singular afasta a nulidade da NFLD argumentando que o Relatório Fiscal, apreciado em conjunto com os demais documentos anexados à presente Notificação, é plenamente capaz de identificar com clareza o débito constituído, ao contrário do que pretende afirmar o impugnante.

Contudo, entendo que a ausência dos relatórios apontados acima dificulta a defesa do contribuinte, pois não tem como a recorrente aferir se todos os valores recolhidos foram efetivamente apropriados no lançamento.

Outra inconsistência observada se refere ao fato de a fiscalização afirmar, no item 1 do Relatório Fiscal (fls. 25), que o débito se refere às competências out/97 a dez/98, quando, na verdade, as competências objeto da NFLD em tela são aquelas compreendidas entre 01/99 a 11/01, conforme consta do DAD,

O agente notificante relaciona, ainda, os elementos que serviram de base para o lançamento do presente débito, e entre eles consta as remunerações feitas a profissionais autônomos, constatadas nas contas contábeis da empresa, contabilizados como serviços de terceiros pessoas físicas, tais como assessoria jurídica e serviços em máquinas.

Ora, entendo que os pagamentos realizados a pessoas físicas para prestar serviços de assessoria jurídica e serviços em máquinas não poderiam servir de base para o lançamento cujo objeto é a caracterização, como empregados, de pedreiros e serventes que prestaram serviços de construção civil.

A fiscalização caracterizou, como empregados da recorrente, os serventes/pedreiros que lhe prestaram serviços em obras de construção civil, alegando que exerciam atividades dentro de suas instalações.

Porém, não restou evidenciado, no relatório, a existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício, como a subordinação, a pessoalidade, a não-eventualidade e a onerosidade.

A autoridade fiscal não expôs os motivos pelos quais entendeu que houve subordinação nos serviços prestados, e não juntou, aos autos, elementos comprobatórios de que as atividades eram exercidas sob ordens e diretrizes da contratante.

Entendo que o simples fato de existir demonstrativos de remunerações pagas a serventes e pedreiros a serviço da empresa não faz prova de vínculo empregatício perante a Previdência Social e a presente NFLD pode cancelar uma situação inexistente, gerando um benefício previdenciário indevido.

A mera presunção de existência dos elementos caracterizadores do vínculo empregatício com base na natureza das atividades realizadas não constitui fundamentação suficiente para o enquadramento, sendo necessário que se demonstrem os elementos característicos da relação de emprego por meio dos fatos que os evidenciem.

Na Decisão recorrida, o julgador discorre sobre cada um desses elementos, na tentativa de demonstrar sua ocorrência.

Em relação à habitualidade, esclarece que o serviço prestado pelo empregado deve ser de caráter não eventual, e o trabalho de natureza contínua, não podendo ser episódico, ocasional, e que as funções não podem ser transitórias dentro das atividades empresariais, não importando o tempo despendido na tarefa realizada, mas a permanente necessidade da mesma pela empresa, citando o Decreto n 03.048/1999 para trazer o conceito do trabalho não eventual como sendo aquele relacionado direta ou indiretamente com as atividades normais da empresa.

Todavia, o conceito de habitualidade extraído do citado Decreto e transcrito pelo julgador monocrático apenas reforça a convicção de que inexistente habitualidade nos serviços prestados pelos serventes e pedreiros, já que obras de construção civil não estão relacionadas com as atividades normais de uma empresa que atua na área de suinocultura, como é o caso da recorrente, conforme informado pelo próprio fiscal em seu Relatório da NFLD.

Ademais, somente na DN é que foram trazidas considerações sobre cada um dos elementos caracterizadores da relação de emprego, o que configura ofensa ao contraditório e à ampla defesa, já que foi suprimida uma instância administrativa, pois os esclarecimentos vieram somente após a apresentação da impugnação.

O lançamento fiscal, como ato administrativo, deve expor com clareza os fundamentos de fato e de direito nos quais se baseia, afim de que o particular possa exercer seu direito à ampla defesa e ao contraditório em sua plenitude.

O fato gerador deve ser discriminado de forma precisa no relatório fiscal, parte integrante da NFLD, de modo a não gerar dúvidas quanto à sua ocorrência, conforme preceitua o art. 37, da Lei 8.212/91:

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

As irregularidades relatadas acima dificulta a elaboração da defesa pelo sujeito passivo, configurando desrespeito aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

O crédito lançado deverá sempre ser envolvido em cuidados especiais, de modo a apresentar elementos inquestionáveis de convicção, permitindo, principalmente, o exercício da ampla defesa do contribuinte.

A inobservância desses cuidados vicia todo o procedimento em razão da flagrante violação aos Princípios do Devido Processo Legal, da Ampla Defesa e do Contraditório.

Nesse sentido e

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

Voto no sentido de CONHECER DO RECURSO e DECLARAR A NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO POR VÍCIO FORMAL.

É como voto.

Bernadete De Oliveira Barros - Relatora

Voto Vencedor

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério, Redator Designado

Entendo, assim como a Conselheira Relatora que há vício no presente lançamento. Contudo, peço vênica para discordar em relação à natureza jurídica desse vício, que a meu ver é material.

Isto porque, extrai-se dos autos e do minucioso relatório elaborado pela Douta Conselheira Relatora, que o presente lançamento fiscal, ato administrativo que é está viciado em um dos seus pressupostos, qual seja, a motivação, assim entendida pela doutrina de

Eurico Marcos Diniz de Santi, em sua obra, Lançamento Tributário, 2ª Ed. Max Limonad, página 109:

“A motivação é o antecedente suficiente do conseqüente do ato-norma administrativo. Funciona como descritor do motivo do ato que é fato jurídico. Implica declarar, além do (i) motivo do ato [fato jurídico], o (ii) fundamento legal (motivo legal) que o torna fato jurídico, bem como, especialmente nos atos discricionários, (iii) as circunstâncias objetivas e subjetivas que permitam a subsunção do motivo do ato ao motivo legal.”

O preclaro autor vai adiante e assinala que se a motivação não for adequada à realidade do fato então o ato administrativo não é passível de validação, vejamos (pág. 110);

“Porém, se faltar a motivação, ou se esta for falsa, i.é., não corresponder à realidade do motivo do ato, ou dela não decorrer nexo de causalidade jurídica com a prescrição do ato-norma (conteúdo), então, por ausência de antecedente normativo, o ato-norma é inválidável.”

Constatado o vício necessário se faz saber qual a sua natureza. Novamente valho-me dos ensinamentos de Eurico Marcos Diniz de Santi, exposto na sua obra, Decadência e Prescrição no Direito Tributário, 2ª Ed. Max Limonad, página 129:

“Vinculamos anulação aos problemas na aplicação dos enunciados prescritivos que se referem ao processo de produção do lançamento (vícios formais) e nulidade aos problemas inerentes ao conteúdo do ato (vícios materiais), ou seja, à norma individual e concreta que estabelece o crédito e sua motivação.”

Verificado que o vício, *in casu*, é na motivação do ato tem-se que lhe é atribuída a característica de ser material.

Ante o exposto, **VOTO** no sentido de **CONHECER** do recurso, para **ANULAR** o lançamento por vício material.