



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

Processo nº 10660.002207/2007-83
Recurso nº 158.035 Voluntário
Acórdão nº 2302-00.174 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de setembro de 2009
Matéria Contribuição Previdenciária
Recorrente MUNICIPIO DE ALAGOA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida DRJ/JUIZ DE FORA/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2001

DECADÊNCIA. O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91. Tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação, que é o caso das contribuições previdenciárias, devem ser observadas as regras do Código Tributário Nacional - CTN. Assim, comprovado nos autos o pagamento parcial, aplica-se o artigo 150, §4º; caso contrário, aplica-se o disposto no artigo 173, I.

ENQUADRAMENTO SEGURADO EMPREGADO - SUBORDINAÇÃO E NÃO-EVENTUALIDADE

A caracterização de segurados como empregados pela fiscalização está condicionada à plena demonstração pela auditoria fiscal dos pressupostos da relação de emprego.

Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em anular lançamento por vício formal, nos termos do voto da relatora. Vencido o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto que entende que é vício material.


LIÉGE LACROIX THOMASI
Presidente e Relatora

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato, Núbia Moreira Barros Mazza (Suplente), Rogério de Lellis Pinto (Suplente) e Liège Lacroix Thomasi (Presidente).

Relatório

Trata a notificação de contribuições incidentes sobre as remunerações de segurados considerados pelo município como contribuintes individuais, mas entendidos como empregados pela fiscalização, por preencherem os requisitos de pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação, nas competências de 01/1997 a 12/2001.

O relatório fiscal de fls. 42/45, traz o conceito de segurado empregado e diz que os trabalhadores constantes das planilhas de fls. 46/55, atendem aos requisitos legais do mesmo.

A notificação foi lavrada em 16/05/2007 e cientificada ao sujeito passivo em 29/05/2007.

Após impugnação, Acórdão de fls.78/83, julgou o lançamento procedente.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso tempestivo, onde alega em síntese a decadência do crédito lançado, em função das regras contidas no Código Tributário Nacional. Posteriormente, anexa requerimento para que seja cumprida a Súmula Vinculante n.º 08 do Supremo Tribunal Federal afim de dar provimento ao recurso.

É o relatório.

Voto

Conselheira LIÉGE LACROIX THOMASI, Relatora

Da Preliminar

Quanto a arguição de decadência temos que a Notificação, abrangendo as competências de 01/1997 a 12/2001, foi lavrada em 16/05/2007, com ciência pelo sujeito passivo em 28/05/2007.

Assim, há que de destacar que nas sessões plenárias dos dias 11 e 12/06/2008, respectivamente, o Supremo Tribunal Federal - STF, por unanimidade, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91 e editou a Súmula Vinculante nº 08. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

Súmula Vinculante nº 08:

“São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus

membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, que se deu em 20/06/2008, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar a regra prevista no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a regra de extinção prevista no art. 156, inciso VII do CTN. Entretanto, somente se homologa pagamento, caso esse não exista, não há o que ser homologado, devendo ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN. Nessa hipótese, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

Portanto, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08 para acatar o prazo decadencial exposto no Código Tributário Nacional, artigo 173, inciso I, uma vez que os valores devidos não foram objeto de recolhimento previdenciário, devendo ser excluídas da notificação as competências até 11/2001, inclusive:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Do Mérito

Quanto ao mérito, para a constituição de crédito tributário, determina o artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei nº 5.172, de 25/10/66, que deve ser verificada a ocorrência do fato gerador e determinada a matéria tributada. O fato gerador da obrigação principal é definido pelo artigo 114 da mesma lei como "a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência". E, para que se considere o fato gerador ocorrido devem estar presentes as circunstâncias materiais necessárias para surgimento da obrigação tributária. É a redação do artigo 116 do CTN, *verbis*:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Art. 116. Salvo disposição de lei em contrário, considera-se ocorrido o fato gerador e existentes os seus efeitos:

I - tratando-se de situação de fato, desde o momento em que o se verifiquem as circunstâncias materiais necessárias a que produza os efeitos que normalmente lhe são próprios;

A verificação das circunstâncias materiais do fato gerador do tributo é parte essencial do procedimento administrativo de lançamento. Nesse sentido têm sido os pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social:

PARECER/CJ Nº 1.747/99 REFERÊNCIA: NFLD nº 32.145.697-1.

INTERESSADO: Editora O Dia LTDA.

ASSUNTO: Notificação Fiscal.

EMENTADIREITO PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO - RELATÓRIO FISCAL - CLAREZA E PRECISÃO DOS FATOS GERADORES. A omissão da discriminação clara e precisa dos fatos geradores que ensejaram na Notificação Fiscal quando da elaboração do relatório gera vício insanável, acarretando a nulidade do ato. Avocatória conhecida por infringência de dispositivo legal.

AVOCATÓRIA MINISTERIAL REFERÊNCIA: NFLD nº 32.145.697-1.

INTERESSADO: EDITORA O DIA LTDA.

EMENTA: DIREITO PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO - RELATÓRIO FISCAL - CLAREZA E PRECISÃO DOS FATOS GERADORES. A omissão da discriminação clara e precisa dos fatos geradores que ensejaram na Notificação Fiscal quando da elaboração do relatório gera vício insanável, acarretando a nulidade do ato. Advocatória conhecida por infringência de dispositivo legal.

Decisão Visto o processo em que é interessada a parte acima indicada. Com fundamento no Parecer/CJ/Nº 1747/99 da Consultoria Jurídica deste Ministério, que aprovo, avoco o presente processo para anular a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito nº 32.145.697-1 emitida contra a Editora O Dia Ltda., e determinar a realização de nova fiscalização.

Publique-se.

Brasília, 19 de maio de 1999.

WALDECK ORNÉLAS Ministro da Previdência e Assistência Social

No caso sob exame, foram considerados fatos geradores os pagamentos às pessoas físicas elencadas nas fls. 46/55, caracterizadas como seguradas empregadas. Ocorre que a descrição dos fatos mostra-se incipiente para o lançamento, pois restam ausentes as circunstâncias materiais que suportariam a certeza e liquidez do crédito constituído.

No caso da relação de emprego, deve restar comprovada pela fiscalização a subordinação jurídica, a não-eventualidade, a onerosidade e a pessoalidade. Tudo em consonância com as disposições regulamentares da Previdência Social:

Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/99:

Art.9º São segurados obrigatórios da previdência social as seguintes pessoas físicas:

I-como empregado:

a)aquele que presta serviço de natureza urbana ou rural a empresa, em caráter não eventual, sob sua subordinação e mediante remuneração, inclusive como diretor empregado;

Art. 219, §1º Exclusivamente para os fins deste Regulamento, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade fim da empresa, independentemente da natureza e da forma de contratação, inclusive por meio de trabalho temporário na forma da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, entre outros.

Entretanto, o relatório fiscal se limita a trazer definições de segurado empregado, personalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação sem fazer qualquer subsunção dos fatos existentes aos conceitos exarados.

A descrição dos serviços constante nas planilhas não é suficiente como suporte para o lançamento. É necessário o cotejamento da situação fática com as características definidas pela norma como hipótese de incidência. A subsunção do fato à regra de incidência deve ser detalhadamente consignada no relatório fiscal a fim de possibilitar as garantias constitucionais à ampla defesa e ao contraditório. Violá-las contamina o ato administrativo de lançamento com vício insuscetível de convalidação.

Cabe à autoridade lançadora motivar adequadamente suas afirmativas, possibilitando ao contribuinte a perfeita compreensão do que lhe é imputado, viabilizando o exercício do direito inserido no inciso LV, do artigo 5 da Constituição Federal/88.

A fiscalização tem o dever de expor os motivos pelos quais está praticando o ato de lançamento fiscal. Nesse sentido, assevera o artigo 50, caput e inciso II da Lei n. 9.784/99:

“Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando:

...

II – imponham ou agravem deveres, encargos ou sanções;”

A legislação em apreço insculpiu princípio paulatinamente defendido pela doutrina pátria, de que o ato administrativo, além de legalmente fundamentado, deve ser motivado.

Leciona o professor Hely Lopes Meirelles em Direito Administrativo Brasileiro, Melhores Editores São Paulo, 2003, p.149:

“O motivo ou causa é a situação de direito ou de fato que determina ou autoriza a realização do ato administrativo.”

Ainda continua nas páginas 193/194:

“A teoria dos motivos determinantes funda-se na consideração de que os atos administrativos, quando tiverem sua prática motivada, ficam vinculados aos motivos expostos para todos os efeitos jurídicos. Tais motivos é que determinam e justificam a realização do ato e por isso mesmo, deve haver perfeita correspondência entre eles e a realidade. (...)”

“Por aí se concluiu que, quer quando obrigatória, quer quando facultativa, se for feita, a motivação atua como elemento vinculante da Administração aos motivos declarados como determinantes do ato. Se tais motivos são falsos ou inexistentes, nulo é o ato praticado.”

Ademais, em se tratando de lançamento fiscal, o artigo 142 do Código Tributário Nacional não deixa dúvidas de que a motivação se refere à verificação pelo agente fiscal da ocorrência do fato gerador.

O contencioso administrativo no âmbito da Receita Federal do Brasil é regido pelo Decreto nº 70.235, de 06 de março de 1972 e mais especificamente, no caso das contribuições sociais de que tratam os artigos 2º e 3º da Lei nº 11.457, de 16 de março de 2007, pela Portaria RFB nº 10.875, de 16 de agosto de 2007.

Em ambos diplomas legais, nos artigos 59, inciso II e 27, inciso II, respectivamente, está disposto que são nulos “os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou **com preterição do direito de defesa**” (grifei)

Pelo exposto, não é possível, com base nas informações trazidas no relatório fiscal, concluir acerca da configuração da relação de emprego por ventura existente, fato este determinante para o lançamento de débito na presente NFLD.

Um dos princípios que sustenta o processo administrativo fiscal é o da verdade material e, por este princípio, o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração do crédito. Portanto, a conduta da autoridade fiscal, em prol da verdade material, deve proceder no sentido de verificar se a hipótese abstratamente prevista na norma de direito material, efetivamente ocorreu. Nesse sentido, tem que trazer no relatório fiscal todos os dados, informações e documentos a respeito da real caracterização da suposta relação de emprego.

Por todo o exposto,

Voto pela anulação do lançamento.

Sala das Sessões, em 28 de setembro de 2009


LIÉGE LACROIX THOMASI - Relatora