



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

Processo n° 15983.000666/2010-07
Recurso n° 000.000 Voluntário
Acórdão n° **2401-002.361 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 17 de abril de 2012
Matéria CONTRIBUIÇÕES SEGURADOS EMPREGADOS E CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS
Recorrente MUNICÍPIO DE ITANHAÉM - PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE ITANHAÉM
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 31/12/2006

NORMAS PROCEDIMENTAIS. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA MANIFESTAÇÃO RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO CONTRIBUINTE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE.

De conformidade com a legislação de regência, especialmente artigos 31 e 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, é nula a decisão de primeira instância que, em detrimento aos princípios do devido processo legal e ampla defesa, é proferida sem a devida manifestação a propósito de todas as razões de impugnação, sobretudo quando pertinentes e pretensamente capazes de ensejar a retificação do crédito tributário objeto do lançamento.

Decisão de Primeira Instância Anulada

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, Por maioria de votos, anular a decisão de primeira instância. Vencidos os conselheiros Kleber Ferreira de Araújo e Elias Sampaio Freire, que votaram por converter o julgamento do recurso em diligência.

Elias Sampaio Freire – Presidente

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

CÓPIA

Relatório

MUNICÍPIO DE ITANHAÉM - PREFEITURA MUNICIPAL DA ESTÂNCIA BALNEÁRIA DE ITANHAÉM, contribuinte, pessoa jurídica de direito público, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 6ª Turma da DRJ em Campinas/SP, Acórdão nº 05-33.558/2011, às fls. 129/137, que julgou procedente o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas pela autuada ao INSS, correspondentes à parte dos segurados, incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas aos empregados e contribuintes individuais, não arrecadadas pela empresa mediante desconto nos respectivos salários/remunerações, em relação ao período de 01/2006 a 12/2006, conforme Relatório Fiscal, às fls. 85/95, concernentes aos seguintes levantamentos:

1) **DD – Trabalhadores Declarados em DIRF (Não informados em GFIP's)** – remunerações pagas a diversos prestadores de serviços escrituradas na conta 3.3.9036 – Serviços prestados por pessoas físicas nas áreas: a) da saúde, com caráter de eventualidade, e b) da educação (FUNDEF) – referentes a diferenças pagas a professores oriundos do Estado, onde mantêm vínculo empregatício e que, em face da municipalização do ensino, receberam, da prefeitura, complementação salarial, referente ao aumento de carga horária do município;

2) **DP – Professores Contratados pelo Município Declarados em DIRF (Não informados em GFIP's)** – Remunerações dos segurados empregados contratados como professores, constantes da relação de funcionários demitidos fornecida pela prefeitura, os quais no período entre o término de um contrato e início de outro, continuaram exercendo suas atividades, porquanto se verifica valores pagos neste lapso temporal;

3) **FT – Frentes de Trabalho (Não declarado em GFIP)** – Remunerações dos segurados empregados integrantes do Programa Itanhaém Vida de Auxílio Desemprego, anteriormente denominado Programa Emergencial e Provisório de Frentes de Trabalho, o qual tem por objetivo integrar pessoas desempregadas do Município. Informa, o fiscal autuante, que muito embora a lei instituidora de referidos programas estabeleça que a concessão das respectivas bolsas não representa vínculo de emprego, constatou-se todos os pressupostos da relação laboral, inscritos no artigo 12 da Lei nº 8.212/91, razão pela qual aludidos trabalhadores foram caracterizados como segurados empregados;

4) **ND – Contribuintes Individuais não declarados em DIRF (Não Declarados em GFIP)** – Remunerações dos segurados contribuintes individuais, referentes a pagamentos a prestadores de serviços pessoas físicas, lançados na conta 3.3.90.36 – Outros Serviços de Terceiros – Pessoa Física nas Secretarias da Saúde, Educação, Turismo e Cultura;

5) **HA – Honorários Advocatícios (Não declarado em GFIP)** – Remunerações de segurados contribuintes individuais, mais precisamente importâncias pagas ao advogado Renato Lancellotti em contrapartida a prestação de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica, consoante se infere do contrato e relatório analítico da despesa – empenhado – colacionado aos autos, bem como aos profissionais Fausto de Freitas Ferreira, Albertino de Almeida Batista e Ana Lúcia Pereira da Silva, sem identificação de contratos, mas com notas de despesa;

Trata-se de Auto de Infração (antiga – NFLD), lavrado em 13/09/2010, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 289.567,02 (Duzentos e oitenta e nove mil, quinhentos e sessenta e sete reais e dois centavos).

Inconformada com a Decisão recorrida, a autuada apresentou Recurso Voluntário, às fls. 140/153, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, aduzindo para tanto que o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento, nos autos do RE nº434.754, de que as contribuições previdenciárias não podem incidir sobre parcelas não computadas para o cálculo dos benefícios de aposentadoria, o que se vislumbra na hipótese dos autos, uma vez que *as pessoas apontadas no auto de infração não possuem a condição de servidores efetivos do quadro da Prefeitura Municipal de Itanhaém, não servindo a remuneração de base de cálculo para a contribuição previdenciária.*

Acrescenta que os profissionais da área de saúde (médicos plantonistas) atuam em caráter de excepcionalidade, contratados temporariamente para suprir a falta de médicos efetivos.

Relativamente aos professores oriundos do Estado, infere que recebem exclusivamente uma complementação salarial do Município, possuindo regime de previdência próprio do Estado, de maneira que a recorrente entende ser desnecessária a informação em GFIP de tais valores, mas tão somente em DIRF para efeito de Imposto de Renda Retido na Fonte.

No que concerne aos professores contratados para suprir temporariamente às necessidades do Município (Secretaria de Educação), no decorrer do período entre o término de um contrato e início de outro, igualmente, sustenta não se tratarem de servidores efetivos, sobretudo quando os contratos são temporários por curto prazo de, no máximo, noventa dias, somente para substituição de profissional por outro que se encontra em licença.

Contrapõe-se ao lançamento, sob o argumento de que a Prefeitura de Itanhaém, na condição de Estância Turística e Balneária, realiza uma série de projetos e campanhas durante o período de férias, para incentivo do turismo, recrutando pessoas por um prazo máximo de 03 (três) meses, para desenvolvimento das respectivas atividades, não se podendo cogitar, portanto, em incidência de contribuições previdenciárias sobre tais quantias singelas.

Em relação aos valores pagos a título de honorários advocatícios ao profissional Renato Lancellotti, defende ter sido contratado a partir de licitação, na modalidade Carta Convite, em razão da Prefeitura necessitar de contratação de um profissional para assessoria técnica legislativa do Município, sendo certo que referido prestador de serviços não deve ser informado em GFIP, tendo em vista não incidir contribuições previdenciárias sobre tais importâncias.

Alega ter havido confusão no julgamento de primeira instância, no que diz respeito ao pagamento do Sr. Renato Lancellotti, a partir de Contrato de Prestação de Serviços, e os valores concedidos aos procuradores concursados do Município (Srs. Albertino de Almeida Batista, Fausto de Freitas Ferreira e Ana Lúcia Pereira da Silva), em decorrência de sucumbência fixada pelo Juiz em autos de execução fiscal, impondo seja afastada a tributação

das importâncias em comento, uma vez que pagos pelos contribuintes inadimplentes para com o Município e não pela Prefeitura, a qual somente os repassa.

Em defesa de sua pretensão, assevera que a não incidência de contribuições previdenciárias sobre os honorários sucumbenciais encontra-se estabelecida no Parecer PG/CCAR nº 58/96, na Orientação Normativa SPS nº 08/97 e na Ordem de Serviço Conjunta INSSDAF/DSS nº 66/97, *pois seriam pagos pela parte vencida na demanda e em razão de condenação, tratando-se, portanto, de ônus processual, e não de remuneração pela prestação de serviço, nos termos do artigo 1º, inciso I, da Lei Complementar nº 84/96*. Transcreve jurisprudência do STJ corroborando seu entendimento.

Opõe-se, ainda, à incidência de contribuições previdenciárias sobre as importâncias pagas aos prestadores de serviços integrantes do Programa Itanhaém Vida de Auxílio Desemprego, anteriormente denominado Programa Emergencial de Provisório de Frentes de Trabalho, destacando o objetivo da criação de aludidos programas, especialmente para proporcionar ocupação e renda para até 350 pessoas desempregadas com idade mínima de 21 anos, com a concessão de bolsa auxílio-desemprego no valor de 01 (um) salário mínimo, em contrapartida da prestação de serviço de interesse do Município e da comunidade, na forma de colaboração eventual, sem qualquer vínculo empregatício com a recorrente, ressaltando, ainda, a jornada de trabalho de 08 horas por dia no período de 05 dias por semana, além da participação em curso de alfabetização ministrado no período noturno.

Aduz que a Secretaria da Receita Federal não detém competência para reconhecer vínculo empregatício, sendo, exclusivamente, da Justiça do Trabalho tal mister, nos termos do artigo 114 da Constituição Federal.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso voluntário e passo ao exame das alegações recursais.

Conforme se depreende dos elementos que instruem o processo, a presente autuação contempla a apuração de contribuições previdenciárias incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais, devidamente elencados e explicitados nos seguintes levantamentos:

1) DD – Trabalhadores Declarados em DIRF (Não informados em GFIP's);

2) DP – Professores Contratados pelo Município Declarados em DIRF (Não informados em GFIP's);

3) FT – Frentes de Trabalho (Não declarado em GFIP);

4) ND – Contribuintes Individuais não declarados em DIRF (Não Declarados em GFIP);

5) HA – Honorários Advocatícios (Não declarado em GFIP) – Remunerações de segurados contribuintes individuais, mais precisamente importâncias pagas ao advogado Renato Lancellotti em contrapartida a prestação de serviços técnicos profissionais de natureza jurídica, consoante se infere do contrato e relatório analítico da despesa – empenhado – colacionado aos autos, bem como aos profissionais Fausto de Freitas Ferreira, Albertino de Almeida Batista e Ana Lúcia Pereira da Silva, sem identificação de contratos, mas com notas de despesa;

Não obstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte, especialmente no seu recurso voluntário, há nos autos vício processual sanável, ocorrido no decorrer do processo administrativo fiscal, o qual precisa ser saneado, antes mesmo de se adentrar ao mérito da questão, com o fito de se restabelecer a garantia do devido processo legal, como segue.

Em suas razões recursais, em suma, pretende a contribuinte a reforma da decisão recorrida, a qual manteve a exigência fiscal em sua plenitude, insurgindo-se contra cada um dos levantamentos encimados, por entender que os serviços prestados pelas pessoas físicas elencadas nos autos não são capazes de caracterizá-los como segurados empregados e/ou contribuintes individuais, de maneira a fazer incidir contribuições previdenciárias sobre as importâncias pagas a cada um dos prestadores de serviços.

Com mais especificidade, relativamente ao ponto nodal da matéria a ser contemplada nesta oportunidade, suscita que o julgador de primeira instância laborou em equívoco ao analisar o pagamento do Sr. Renato Lancellotti, a partir de Contrato de Prestação de Serviços, e os valores concedidos aos procuradores concursados do Município (Srs. Albertino de Almeida Batista, Fausto de Freitas Ferreira e Ana Lúcia Pereira da Silva), em decorrência de sucumbência fixada pelo Juiz em autos de execução fiscal, impondo seja

afastada a tributação das importâncias em comento, uma vez que pagos pelos contribuintes inadimplentes para com o Município e não pela Prefeitura, a qual somente os repassa.

Melhor elucidando, aduz que os pagamentos efetuados ao Sr. Renato Lancellotti decorrem de contrato de prestação de serviços jurídicos especializados pelo contratado, que não se confunde com as importâncias repassadas aos procuradores do Município, retromencionados, a título de honorários de sucumbência estabelecidos nos autos de execuções fiscais em face de contribuintes inadimplentes para com a Municipalidade.

Acrescenta que o Acórdão recorrido tratou da questão de maneira agrupada, se limitando a fazer referência ao Sr. Renato Lancellotti, em que pese haver alegado em sua defesa inaugural a distinção de tais pagamentos, trazendo à colação Portaria nº 194/98, às fls. 123, da Prefeitura Municipal de Itanhaém admitindo a Sra. Ana Lúcia Pereira da Silva *para o emprego permanente – CLT de Procurador Jurídica, em virtude de aprovação em concurso público*, a qual, inclusive, assina a impugnação, naquela condição.

Da análise dos elementos que instruem o processo, especialmente da impugnação, às fls. 97/109, e, bem assim, do Acórdão recorrido, às fls. 129/137, constata-se assistir razão à contribuinte em sua assertiva.

De fato, o julgador de primeira instância, ao rechaçar a argumentação da então impugnante, relativamente ao levantamento “HA”, se reportou exclusivamente ao Sr. Renato Lancellotti, que fora contratado para a prestação de serviços jurídicos ao Município, admitindo que a alegação dos honorários sucumbenciais dizia respeito àquele contratado, deixando de contemplar, assim, as razões de defesa da autuada concernentes a vinculação de tais valores (sucumbência) aos procuradores do Município, senão vejamos:

“ [...] Quanto à remuneração do contribuinte individual, Sr. Renato Lancelotti, o contrato de fls. 266/270 dos autos do processo administrativo nº 15983.000665/201054 deixa claro que o referido segurado contribuinte individual fazia jus a pagamentos mensais por conta dos serviços prestados. De outro lado, o demonstrativo de fl. 265 dos autos do processo administrativo nº 15983.000665/201054 deixa claro os pagamentos efetuados em parcela fixa ao segurado em questão. Veja-se que todos os pagamentos elencados no demonstrativo de fl. 265 conferem com o valor de remuneração contratual previsto no contrato de fls. 266/270.

É indubitoso que os honorários sucumbenciais correspondem a um percentual fixado pelo juiz, nos autos dos embargos à execução fiscal. Assim, este percentual variável somente é conhecido quando da prolação da sentença que põe fim aos embargos. Desta forma, ou o contribuinte tem poderes psíquicos em adivinhar os valores que serão devidos nos embargos à execução e já, de antemão, celebra o contrato com seu causídico em valores fixos, ou, ao alegar que tais valores constituem encargos sucumbenciais está a distorcer a realidade dos pagamentos. Como se deve crer no que seja razoável e amparado ao bom senso, resta claro que os pagamentos identificados não têm natureza de honorários sucumbenciais, mas efetiva contraprestação no curso de contrato celebrado.

Consoante se infere do excerto do Acórdão recorrido acima transcrito, o ilustre relator, ao proferir o voto condutor, partiu de premissa equivocada, olvidando-se que a então impugnante sustentou que os valores pagos aos Srs. Albertino de Almeida Batista, Fausto de Freitas Ferreira e Ana Lúcia Pereira da Silva, assim o foram na condição de Procuradores do Município e a título de honorários sucumbenciais decorrentes de execuções fiscais em face de munícipes inadimplentes. Em momento algum a contribuinte aduziu em sua defesa que as importâncias repassadas a título de sucumbência tiveram como destinatário o Sr. Renato Lancelotti, ao contrário do que afirma o *decisum* guerreado.

Repita-se, a contribuinte se contrapôs ao levantamento “HA” asseverando que os demais honorários constatados em notas de despesas pagos aos profissionais acima elencados, inobstante inexistir contrato formal, na forma inscrita no Relatório Fiscal (item 9.5), se referem a sucumbências repassadas a Procuradores do Município.

Ocorre que, ao arrepio do princípio do devido processo legal, mais precisamente da ampla defesa, o ilustre julgador de primeira instância não contemplou em seu voto tais razões de defesa, ou melhor, o fazendo de maneira equivocada, deixando, assim, de se manifestar a propósito de referida alegação da contribuinte, pretensamente capaz de ensejar a retificação do crédito tributário lançado, ferindo-lhe, assim, seu sagrado direito a ampla defesa, inscrito no artigo 5º, inciso LV, da CF, *in verbis*:

“Art. 5º.

[...]

LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;”

A corroborar este entendimento a Lei nº 9.784/99, que regulamenta o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, em seus artigos 3º, inciso III, e 38, assim preceitua:

“Art. 3º. O administrado tem os seguintes direitos perante a Administração, sem prejuízo de outros que lhe sejam assegurados:

[...]

III – formular alegações e apresentar documentos antes da decisão, os quais serão objeto de consideração pelo órgão competente;

Art. 38. O interessado poderá, na fase instrutória e antes da tomada da decisão, juntar documentos e pareceres, requerer diligências e perícias, bem como aduzir alegações referentes à matéria objeto do processo.

§ 1º Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e da decisão.

§ 2º Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias.”

Na mesma linha de raciocínio, para não deixar dúvidas quanto à nulidade da decisão de primeira instância, os artigos 31 e 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, estabelecem o seguinte:

“Art. 31. A decisão conterà relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências.

Art. 59. São nulos:

[...]

II – os despachos e decisões proferidos por autoridades incompetentes ou com preterição do direito de defesa;”
(grifamos)

Por sua vez, a doutrina pátria não discrepa deste entendimento, senão vejamos:

“ c. Princípio da ampla defesa. Todo processo administrativo, para que se afigure constitucionalmente válido, deve ensejar ao particular a possibilidade de ver conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter formal e material e de produzir todas as provas necessárias à comprovação de suas alegações. A ampla defesa, desse modo biparte-se no direito à cognição formal e material ampla (que corresponde ao princípio da ampla competência decisória) e no direito à produção de provas (que corresponde ao princípio da ampla produção probatória), como veremos abaixo.

d. Princípio da ampla competência decisória. Toda a matéria de defesa produzida pelo contribuinte deve ser conhecida e apreciada pelo órgão da administração encarregado do julgamento do conflito fiscal. Não pode se escusar a autoridade julgadora – em homenagem à garantia constitucional da ampla defesa – de apreciar matéria formal ou material, de Direito ou de fato, questões preliminares ou mérito.

Quer se tratem de questões concernentes à mera irregularidade formal do auto de infração, quer se trate de alegação de ilegalidade ou inconstitucionalidade de norma jurídica tributária, toda a matéria de defesa deve ser formalmente apreciada. Não se realiza a ampla defesa sem o direito à cognição formal e material ampla, pois em se recusando a Administração a apreciar qualquer dos elementos fáticos ou jurídicos que estejam contidos na impugnação formulada haverá restrição do direito de ampla defesa, a macular o processo administrativo fiscal.” (Marins, James – Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial) – 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003 – pág. 194)

Igualmente, a jurisprudência administrativa é mansa e pacífica nesse sentido, conforme fazem certo os julgados dos Conselhos de Contribuintes, com suas ementas abaixo transcritas:

“ *PROCESSUAL - NULIDADE.*

É nula a decisão proferida com preterição do direito de defesa do sujeito passivo. Decreto nº 70.235/72, art. 59, inciso II.

ANULADO O PROCESSO A PARTIR DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA INCLUSIVE.” (2ª Câmara do 3º Conselho – Recurso nº 128.080 - Acórdão nº 302-36.740 – Sessão de 16/03/2005)

“ *CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - NULIDADE - A falta de apreciação pela autoridade julgadora de primeira instância de razões de defesa apresentadas na impugnação constitui preterição do direito de defesa da parte, ensejando a nulidade da decisão assim proferida, "ex vi" do disposto no art. 59, item II, do Decreto nº 70.235/72.*

Recurso provido.

Por unanimidade de votos, DAR provimento ao recurso, para declarar a nulidade da decisão de primeira instância, para que outra seja proferida em boa e devida forma.” (7ª Câmara do 1º Conselho – Recurso nº 116.769 - Acórdão nº 107-05538 – Sessão de 24/02/1999)

Como se observa, ao deixar de se manifestar a propósito da integralidade das alegações da contribuinte, mais precisamente quanto à argumentação de que os honorários pagos aos Srs. Albertino de Almeida Batista, Fausto de Freitas Ferreira e Ana Lúcia Pereira da Silva, na condição de Procuradores do Município, se referem a sucumbências decorrentes de execuções fiscais, sobretudo quando pertinentes e pretensamente capazes de ensejar a reforma do crédito lançado, incorreu o julgador recorrido em cerceamento do direito de defesa da autuada, em total afronta ao princípio do devido processo legal, o que enseja a nulidade da decisão recorrida, bem como de todos os atos subseqüentes, devendo o presente processo ser remetido à DRJ competente, para que seja proferida nova decisão pela autoridade julgadora de primeira instância na boa e devida forma.

Alfim, convém frisar que não podemos adentrar à referida questão nesta oportunidade sob pena de supressão de instância, mormente quando a convicção deste Relator dependeria de análise de provas que não foram compulsadas pelo julgador guerreado.

Por todo o exposto, estando a Decisão recorrida em dissonância com os dispositivos constitucionais/legais que regulam a matéria, **VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO E ANULAR A DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira

Processo nº 15983.000666/2010-07
Acórdão n.º **2401-002.361**

S2-C4T1
Fl. 190

CÓPIA