



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA**

Processo nº 35311.000252/2003-61
Recurso nº 145.408 Voluntário
Matéria Caracterização Segurado Empregado
Acórdão nº 205-00.729
Sessão de 04 de junho de 2008
Recorrente ASSOCIAÇÃO FLUMINENSE DE EDUCAÇÃO - AFE
Recorrida DRP DUQUE DE CAXIAS/RJ

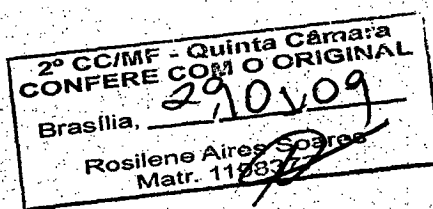
ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1996 a 28/02/1996, 01/08/1996 a 28/02/1997, 01/04/1997 a 31/12/1997, 01/02/1998 a 28/02/1998

ENQUADRAMENTO COMO SEGURADO EMPREGADO. SUBORDINAÇÃO E NÃO-EVENTUALIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. INEXISTÊNCIA DO FATO GERADOR.

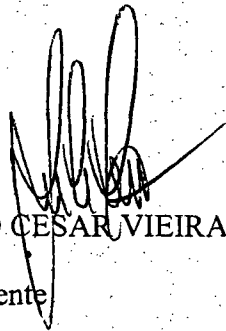
Relatório Fiscal não demonstra a existência da subordinação e demais elementos caracterizadores da relação de emprego sendo, portanto, improcedente o lançamento.

Récurso Voluntário Provido



Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, Por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto da relatora. Presença do Sr. Kildare Araújo Meira, OAB/DF n° 15889 que realizou sustentação oral.



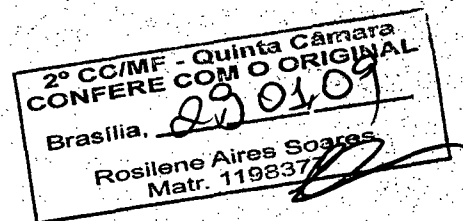
JULIO CESAR VIEIRA GOMES

Presidente

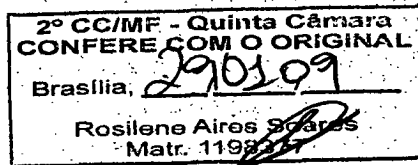


LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora



Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato e Renata Souza Rocha (Suplente)



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela relativa ao segurado, por ser a entidade isenta da cota patronal. O período do presente levantamento abrange as competências descontinuas de 02/1996 a 02/1998, e os fatos geradores referem-se às remunerações pagas ao segurado ANDRE SCHECHTER, enquadrado como empregado no RGPS pela fiscalização previdenciária.

O relatório fiscal de fls. 71/83, diz que foram verificados diversos pagamentos ao segurado acima relacionado com a descrição de “administração”, “retirada contratual” e cláusula contratual, sendo que não foram apresentados os contratos efetuados com o mesmo, embora solicitados. Que os pagamentos foram contabilizados como “Despesas Contratuais”. Que foi encontrado pagamento de despesas de viagem ao segurado que estaria relacionada a assuntos de interesse da entidade. Que as remunerações foram extraídas dos lançamentos contábeis e da análise dos recibos de prestação de serviços onde se verificou o tipo de serviço prestado e sua remuneração.

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa, fls.105/164.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 185/198.

Não concordando com a decisão da autarquia previdenciária, foi interposto recurso, conforme fls. 202/267.

Em síntese, o recorrente em seu recurso alega:

- os diretores da entidade relacionados como co-responsáveis do crédito tributário, são litisconsorte passivos do processo administrativo-fiscal, o que evidencia sua capacidade recursal. Por serem pessoas físicas, não lhes pode ser exigido o depósito de 30% do débito, por ser ilegal;

-contradição no uso da aferição indireta, pois a decisão recorrida diz que a mesma não foi utilizada nesta notificação, mas em seguida afirma que os valores lançados na contabilidade não são confiáveis;

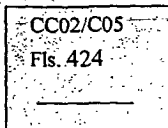
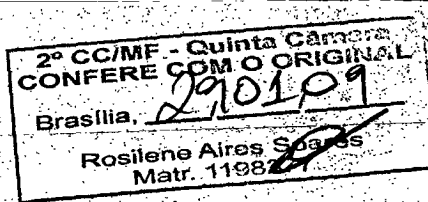
- foi utilizado o arbitramento ou não?

- diz que foi utilizado o arbitramento e discorre sobre a inaplicação da aferição indireta;

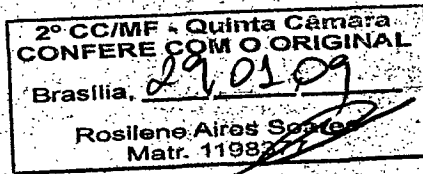
-que sua contabilidade é anualmente analisada pelo Ministério da Justiça e que já sofreu diversas fiscalizações do INSS e da Receita Federal, passando ainda pelo crivo de auditoria independente, não havendo motivos para sua desconsideração;

-que a alegação de que existiam duas folhas de pagamento se deu porque à época vivia-se a implantação do plano real, sendo medida de prudência gerencial;

- que não pretendeu lesar o fisco, tanto que apresentou as duas folhas;



- que por ser sociedade civil sem fins lucrativos e possuidora de certificado de filantropia, a obrigatoriedade de apresentação de notas explicativas e demais relatórios contábeis só passou a ser exigida a partir do Decreto 2.536/98;
- que os benefícios obtidos por parte de Arody Herdy, quanto a avaliação de ações na bolsa, não depõem contra a escrita da recorrente;
- que alguns erros contábeis apontados são decorrentes de erro de digitação;
- que o Sr. André Schechter é gerente do Hotel Geriátrico Cristal Palace, onde a associação desenvolve atividades de amparo aos idosos. A relação é amparada por contrato, sendo que o mesmo recebia à época R\$ 4.000,00. A contabilização dos valores é regular e apenas houve um caso pontual de erro material;
- que a ausência do contrato não descaracteriza o vínculo entre as partes, os pagamentos foram habituais e registrados na contabilidade;
- que a fiscalização entende ser um serviço de consultoria uma relação empregatícia;
- que eventualmente tem que recrutar um professor em caráter emergencial;
- que aplica 20% de sua receita em gratuidades;
- que os autônomos recebiam em função de sua produção;
- que verba denominada "descanso semanal remunerado" não pode ser tomada categoricamente como relação de emprego;
- que foi feita apreensão arbitrária e descabida de documentos;
- que goza de imunidade tributária, na forma do artigo 195, da Constituição federal;
- não aceita a firmação fiscal de que as notas oriundas de Luppi Rações Ltda, encontram-se provisionadas;
- é flagrante a imperícia da fiscalização no manuseio de documentos contábeis e fiscais;
- que o trabalho pontual de autônomos não pode ser considerado como se empregados fossem; que a fiscalização não caracterizou as verbas como remuneração oriunda de contrato de trabalho;
- que quanto aos serviços de construção civil, não existiu o parcelamento de pagamento das notas fiscais, não ferindo o princípio da competência;
- a exigência de que a contabilidade registrasse o valor correspondente à isenção usufruída não contamina os registros contábeis, carecendo de legalidade até porque o STF em sede de liminar na ADIN 2028/99, pugnou pela inconstitucionalidade da lei;



- que a informação quanto à isenção usufruída, mesmo não estando nos registros contábeis pode ser auferida por diversos elementos constantes da contabilidade;
- que a fiscalização constatou desrespeito aos princípios fundamentais da contabilidade, o que levou a sua desconsideração e a conseqüente apuração do débito por aferição indireta;
- que a DN revelou desconhecimento e incapacidade técnica para avaliara aplicação do percentual da receita como gratuidades;
- que no relatório fiscal não ficou claro quais os critérios utilizados para a aferição indireta e não houve caracterização de que a instituição deixou de registrar o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, faturamento e do lucro;
- que o lançamento é nulo por ferir o disposto no artigo 37 da Lei n.º 8.212/91, pois o fato gerador não está claro nem preciso e realizou o arbitramento de forma indevida;
- a negativa da realização de prova pericial redundando em cerceamento de defesa;
- que devem ser individualizados os segurados empresários e autônomos contratados;
- que os autônomos foram considerados empregados, mas não está caracterizado o vínculo, nem a personalidade, a não eventualidade, o salário e a subordinação;
- que não foi comprovado se os autônomos haviam recolhido contribuições como pessoas físicas, o que caracteriza o *bis in idem*.

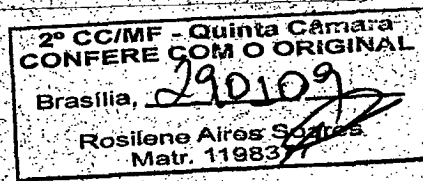
Requer a nulidade da decisão-notificação com a devolução dos autos para realização de perícia e o reconhecimento da nulidade da notificação pela indevida realização da aferição indireta. No mérito, requer a reforma da decisão recorrida para declarar a improcedência do lançamento.

Foram oferecidas as contra-razões.

Diligência solicitada pela 4ª Câmara de Julgamento do CRPS solicita que a fiscalização se manifeste pela legitimidade de documento anexado às fls. 401/403, e que se verifique junto ao competente Cartório de Registro de Imóveis a quem pertence o imóvel situado à Rua Francisco Otaviano, n.º 56 – Copacabana – Rio de Janeiro/RJ.

Em resposta à diligência solicitada foi autenticada a cópia do contrato juntado aos autos e às fls. 413/415, consta a certidão do imóvel citado.

É o relatório.



Voto

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao seu exame.

Preliminarmente, a recorrente argúi a inexigência do depósito recursal para garantia de instância, contudo tal pressuposto não é mais exigido por este Colegiado em obediência ao Regimento Interno do Conselho de Contribuintes.

De acordo com o previsto no parágrafo único do art. 49 do Regimento Interno do Conselho de Contribuintes - RICC, aprovado pela Portaria n.º 147/2007 do Ministério da Fazenda, no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Não se aplicando aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo, que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O STF já se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário n.º 389383, transitado em julgado, pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 126 da Lei n.º 8.212.

Com relação as demais alegações da recorrente é de se destacar que não fazem parte do levantamento constante da presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, que se refere exclusivamente a caracterização do Sr. André Schechter como segurado empregado da Associação. O débito não foi apurado por aferição indireta, mas teve como base os lançamentos contábeis da recorrente, motivo pelo qual também não vamos tecer comentários acerca da prolatada aferição indireta tratada nas razões recursais.

Quanto ao mérito, para a constituição de crédito tributário, determina o artigo 142 do Código Tributário Nacional - CTN, Lei n.º 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 verificarem 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. Avocatória 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.

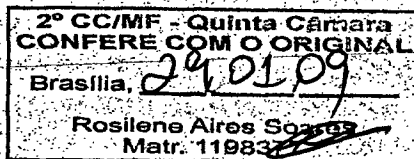
Publique-se. Brasília, 19 de maio de 1999.

WALDECK ORNÉLAS Ministro da Previdência e Assistência Social.

No caso sob exame, foram considerados fatos geradores os pagamentos à pessoa física André Schechter caracterizado como segurado empregado. 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 pessoa física, não eventualidade, subordinação e remuneração, sem fazer qualquer subsunção dos fatos existentes aos conceitos exarados.

A simples descrição dos serviços 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 autarquia 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;"

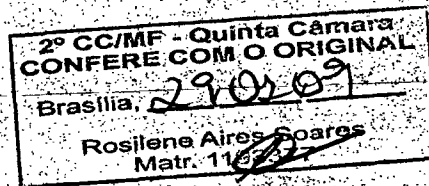
A legislação em apreço insculpiu princípio paulatinamente defendido pela doutrina pátria, de que o ato administrativo, além de legalmente fundamentado, deve ser motivado.

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:

7



“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 n.º 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 n.º 11.457, de 16 de março de 2007, pela Portaria RFB n.º 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.

No caso em tela, o lançamento da forma como se apresenta não permite vislumbrar a relação de emprego, pelo contrário, os documentos acostados aos autos às fls. 401/402 e 413/415, esclarecem que os pagamentos efetuados ao Sr. André decorrem da locação de imóvel de sua propriedade.

Em razão do exposto, voto pelo provimento do recurso.

Sala das Sessões, em 04 de Junho de 2008


LIEGE LACROIX THOMASI