



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

Processo n° 36968.000393/2005-93
Recurso n° 242.522 Voluntário
Acórdão n° **2302-01.055 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 12 de maio de 2011
Matéria Remuneração de Segurados empregados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente MUNICIPIO DE SÃO JOÃO EVANGELISTA - PREFEITURA MUNICIPAL
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2001 a 30/06/2004

MULTA MORATÓRIA

Em conformidade com o artigo 35, da Lei 8.212/91, a contribuição social previdenciária está sujeita à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Recurso Voluntário Provido em Parte

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 dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado. O levantamento NE! Deve ser anulado por vício formal, vencidos os Conselheiros Arlindo da Costa e Silva e Manoel Coelho Arruda Junior que entenderam pela improcedência desse levantamento. Quanto aos demais levantamentos devem ser mantido o lançamento, não havendo divergência.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Adriana Sato - Relator.

EDITADO EM: 27/07/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Liege Lacroix Thomasi, Wilson Antonio de Souza Correa, Manoel Coelho Arruda Junior e Adriana Sato.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito cuja ciência da Recorrente ocorreu em 13/02/2005 (fls.43).

De acordo com o Relatório Fiscal (fls.137/142), trata-se de lançamento de crédito previdenciário consolidado em 10/12/2004 no montante de R\$107.466,04 (Cento e sete mil, quatrocentos e sessenta e seis reais e quatro centavos) referente a contribuições devidas a Seguridade Social correspondente a parte dos segurados, da empresa e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT) e contribuições destinadas ao Serviço Social do Transporte (SEST) e Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) no período de 07/2001 a 06/2004.

O débito lançado refere-se a contribuições incidentes sobre: I) o pagamento de remuneração a servidores contratados, II) comissionados e efetivos incluídos em folha de pagamento; III) pagamento a servidores contratados remunerados através de notas de empenho; IV) pagamento de remuneração a prestadores de serviços pessoas físicas na qualidade de autônomos inclusive ao pagamento de transportadores autônomos pessoas físicas; e, V) pagamento decorrente da comercialização de produtos rurais adquiridos de pessoas físicas.

Ainda no relatório Fiscal, informa a fiscalização que em 04/04/1993 foi editada a Lei 909/93 que dispôs sobre o Regime Jurídico dos servidores do Município de São João Evangelista que concedia pensão e aposentadoria aos servidores efetivos (nomeados para cargos após aprovação em concurso público) e servidores ocupantes de cargo em comissão (de livre nomeação e exoneração). Esta Lei foi revogada pela Lei 1.136, de 29/04/2002 que retroagiu seus efeitos à 15/12/98. Contudo, foi considerada a existência de Regime Próprio de Previdência até 30/06/09 visto que a partir da competência 07/99 os segurados que prestaram serviços à Prefeitura passaram a ser informados em GFIP.

Os valores das contribuições previdenciárias recolhidas pela Prefeitura Municipal de São João Evangelista e as retenções sofridas do Fundo de Participação dos Municípios - FPM foram considerados conforme demonstra o Relatório de Documentos Apresentados — RDA.

A Recorrente apresentou impugnação que motivou a elaboração de Relatório Fiscal Complementar (fls.182).

Após a ciência do relatório Fiscal Complementar (fls.184) em 12/08/2005, o serviço de contencioso administrativo solicitou uma diligência fiscal, que foi cumprida pela fiscalização com ajuntada da relação dos funcionários efetivos (fls.183/210) e a elaboração do FORCED (fls.211/213).

A Recorrente foi cientificada em 13/01/2005, e, a DN julgou o lançamento procedente em parte.

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

- ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma jurídica;

- multa moratória e confiscatória;

- já houve recolhimento de contribuições através de GPS e através das retenções do Fundo de Participação' dos Municípios FPM que foram objeto de parcelamento especial;

-as pessoas que foram consideradas pela fiscalização como segurados empregados (Levantamento NE1) não mantém relação de emprego com o recorrente uma vez que inexistem elementos necessários para esta caracterização;

- reitera o pedido de Perícia feito na impugnação para verificação das condições em que os serviços foram prestados sob o fundamento de que o objeto a ser analisado depende de conhecimentos técnicos;

A DRP apresentou contra razões.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Adriana Sato

Sendo tempestivo CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões suscitadas.

No que tange a alegação da Recorrente de ilegalidade ou inconstitucionalidade da norma jurídica, a mesma não merece prosperar, vez que a Administração Pública não pode declarar a inconstitucionalidade de norma, de acordo com a Súmula n.º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho.

Súmula N.º 2

O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária.

Quanto ao recolhimento de contribuições através de GPS e das retenções sofridas do Fundo de Participação dos Municípios, temos que estes valores já foram deduzidos do lançamento incluído nesta NFLD e nos demais documentos constitutivos de créditos resultante da mesma ação fiscal conforme demonstra o Relatório de Apropriação de Documentos Apresentados e Relatório de Documentos Apresentados.

No que se refere à ilegalidade na aplicação da multa por ser confiscatória, contrariando o disposto no inciso IV do art. 150 da Constituição Federal, tem-se que a multa em apreço está prevista nos artigos 3º e 4º da Lei n.º 8.620/93 e no art. 35, inciso II, da Lei n.º 8.212/91, com a redação dada pela Lei n.º 9.876, de 26 de novembro de 1999. As multas moratórias são simples reposições de prejuízos causados ao erário público e decorrem de atrasos no cumprimento da obrigação tributária, sendo de caráter irrelevável.

A fase contenciosa administrativa não é o foro competente para discussões acerca da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de leis ou atos normativos, na medida em que já nascem com presunção de constitucionalidade, somente elidida pelo Poder Judiciário.

Razão assiste a Recorrente no que tange a alegação da Recorrente que não mantém relação de emprego com as pessoas que foram consideradas pela fiscalização como segurados empregados (Levantamento NE1) vez que inexistem elementos necessários para esta caracterização, temos, no caso sob exame, que foram considerados como fatos geradores os pagamentos às pessoas físicas elencadas no Relatório de Lançamentos, caracterizadas como segurados empregadas.

Apesar da solicitação de diligência que motivou o Relatório Fiscal Complementar, a fiscalização não conseguiu caracterizar os prestadores de serviços como segurados empregados para configurar o lançamento desse levantamento, pois restaram 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 de lançamento se limita a trazer o nome do prestador de serviço.

A descrição do nome e da função do prestador de serviço que recebeu através de nota de empenho 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 inculpiu 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 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.

A realização de perícia no âmbito deste contencioso é regulada pelo art.9º da Portaria MPS 520/04 e está condicionada a exposição de motivos que justifiquem a sua imprescindibilidade uma vez que a sua realização tem como objetivo a busca da verdade material que contribua para a certificação da legitimidade ou ilegitimidade do lançamento fiscal.

A prova pericial, somente deve ser produzida quando a análise da matéria, questionada dependa de conhecimento técnico ou Científico, o qual não se vislumbra no requerimento e nem nos quesitos apresentados. Cumpre ressaltar que a forma de contratação

dos servidores não enseja conhecimentos especializados, e, poderia ter sido trazido aos autos na própria impugnação ou mediante juntada de documentos pela Recorrente.

Assim, com fulcro no art.11 da Portaria MPS 520/04, não há que se falar em produção da prova pericial.

Por todo o exposto, voto por DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso para anular o lançamento do levantamento NE1 por vício formal, e, negar provimento quanto aos demais levantamentos.

Adriana Sato - Relator