



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

Processo n° 36968.001612/2006-32
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2302-002.827 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 17 de outubro de 2013
Matéria ÓRGÃO PÚBLICO
Embargante FAZENDA NACIONAL
Interessado MUNICÍPIO SÃO JOÃO EVANGELHISTA - CÂMARA MUNICIPAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

REPRESENTANTE LEGAL MUNICÍPIO

O Município é representado por seu Prefeito ou procurador, nos termos do inciso II, do artigo 12 do Código de Processo Civil.

DISCRIMINAÇÃO DOS FATOS GERADORES. INSUFICIÊNCIA ENQUADRAMENTO SEGURADO EMPREGADO

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

O lançamento deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, sob pena de nulidade por vício material.

CONTRIBUINTES INDIVIDUAIS.

Incidem contribuições previdenciárias sobre a remuneração e demais rendimentos do trabalho recebidos pelas pessoas físicas.

As empresas são obrigadas a arrecadar e recolher as contribuições dos contribuintes individuais a partir de 04/2003, a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração.

INCONSTITUCIONALIDADE. AFASTAMENTO DE NORMAS LEGAIS. VEDAÇÃO.

O Conselho Administrativo de Recursos Fiscais- CARF não é competente para afastar a aplicação de normas legais e regulamentares sob fundamento de inconstitucionalidade.

MULTA MORATÓRIA

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

Embargos Acolhidos

Acordam os membros da Segunda Turma Ordinária da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos em acolher os Embargos de Declaração para atestar a inexistência de nulidade quanto à identificação do sujeito passivo que se deu na forma do artigo 12, II do Código de Processo Civil. Quanto ao mérito, pelo provimento parcial do recurso para excluir da notificação os lançamentos relativos à caracterização dos segurados como empregados, por vício material uma vez que não restou demonstrada a ocorrência dos fatos geradores.

Liege Lacroix Thomasi – Relatora *ad hoc* e Presidente

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liege Lacroix Thomasi (Presidente), Arlindo da Costa e Silva, Andre Luís Mársico Lombardi , Leonardo Henrique Pires Lopes, Juliana Campos de Carvalho Cruz, Bianca Delgado Pinheiro.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada em 10/12/2004, referente as contribuições incidentes sobre o pagamento de remuneração a servidores contratados e não ocupantes de cargo em comissão, a prestadores de serviço pessoa física na qualidade de contribuintes individuais, a segurados considerados empregados e a pagamento de remuneração a transportadores autônomos (fretistas), no período de 07/2001 a 06/2004.

As fls. 79 foi juntado o AR que comprova a ciência da NFLD através da pessoa do Prefeito, Sr. Pedro de Queiroz Braga, em 14/01/2005.

A notificada impugnou o lançamento alegando a nulidade da intimação ao Prefeito Municipal, argüindo que deveria ter sido efetuada ao Presidente da Câmara Municipal de São João Evangelista que tem independência administrativa e financeira com relação a Prefeitura Municipal.

Após a impugnação, os autos baixaram em diligência para a emissão de Relatório Complementar que evidenciasse a caracterização dos segurados pagos através de notas de empenho como empregados.

Informação Fiscal de fls. 119, diz que tais segurados exercem funções típicas de servidores da Câmara, como auxiliar de serviços gerais, secretária e chefe de gabinete, ressaltando, ainda que nas notas de empenho constavam até pagamento de férias.

O sujeito passivo, na pessoa do Prefeito Municipal, tomou conhecimento do relatório complementar em 12/08/2005, conforme fls. 121.

Às fls. 122/132, Decisão Notificação pugnou pela procedência do lançamento.

Inconformado, o contribuinte apresentou recurso voluntário, onde alega em síntese:

- a) que os órgãos julgadores devem apreciar a inconstitucionalidade das leis;
- b) que os segurados considerados empregados não mantém relação de emprego com a recorrente, sendo servidores concursados e fretistas;
- c) que requer prova pericial para o deslinde da questão, indicando quesitos e nomeando seu perito;
- d) que a multa é confiscatória.

Requer o provimento do recurso com o cancelamento da penalidade ou a sua relevação.

O órgão fazendário ofereceu as contrarrazões pela manutenção da decisão recorrida.

Acórdão 205-00.405, de 13/03/2008, exarado pela 5ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda, anulou o lançamento sob o fundamento de que a ciência da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito se deu na pessoa do Prefeito Municipal, quando deveria ter sido no Presidente da Câmara Municipal.

A Fazenda Nacional, com supedâneo no artigo 65 do RICARF – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, opôs, tempestivamente, Embargos de Declaração contra o Acórdão vergastado, porque a decisão não trouxe os fundamentos legais para considerar como causa de nulidade a ciência da Notificação na pessoa do prefeito.

Aduz a embargante que não estão declinados, no voto, os motivos pelos quais deve ser afastado o artigo 12, do Código de Processo Civil, onde consta expressamente que o Município é representado ativa e passivamente pelo prefeito. E, por fim, diz que não foi esclarecido onde ou o que constituiu preterição do direito de defesa do contribuinte, na forma do artigo 59 do Decreto 70.235/72.

Os Embargos de Declaração foram acolhidos e os autos retornaram a julgamento.

É o Relatório.

Voto

Conselheira Liege Lacroix Thomasi, Relatora *ad hoc*

O recurso cumpriu com o requisito de admissibilidade devendo ser conhecido e examinado.

Da Identificação do Sujeito Passivo

Primeiramente é de se ver que não há qualquer vício na identificação do sujeito passivo, como tratava o Acórdão embargado.

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito foi corretamente lavrada em nome do MUNICÍPIO DE SÃO JOÃO EVANGELHISTA – CÂMARA MUNICIPAL, que foi cientificado através da pessoa do Prefeito Municipal, conforme dispõe o artigo 12, do Código de Processo Civil:

Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

(.)

II - o Município, por seu Prefeito ou procurador;

Os municípios são considerados pessoas jurídicas de direito público interno, dotadas de capacidade plena para exercer direitos, contrair obrigações e praticar todos os demais atos próprios, agindo através de seu representante legal, que é o prefeito municipal. Nas relações externas e em juízo, quem responde civilmente pelos débitos contraídos na esfera dos poderes é o Município, capacidade jurídica e legitimidade processual para tanto.

Convém ressaltar que o STF já decidiu que, para efeitos de se aferir a legitimidade ad causam, as expressões Município e Prefeitura se equivalem' (RTJ 96/759). A Suprema Corte, ao assim decidir, não se ocupou em eliminar distinções entre a pessoa jurídica "Município" e seu órgão executivo "Prefeitura". Apenas manifestou-se no sentido de que as ações movidas contra a Prefeitura Municipal podem e devem ser acolhidas pelo Judiciário, como se intentadas fossem contra o Município, considerando, especialmente, as acepções e empregos terminológicos de uso corrente pela maior parte da população, atendo-se aos aspectos finalísticos da ação em detrimento de um rigor técnico desprovido de bom senso.

No tocante à Câmara Municipal o entendimento é diverso. Trata-se de órgão do Município, que exerce as funções legislativas e tem-se que desprovido de personalidade jurídica.

Acerca do assunto ensina o Prof. HELLY LOPES MEIRELES:

A Câmara, não sendo pessoa jurídica, não tendo patrimônio próprio, não se vincula perante terceiros, pois que lhe falece competência para exercer direitos de natureza privada e assumir obrigações de ordem patrimonial. ("Direito Administrativo Brasileiro", p. 430)

Assim, o sujeito passivo da relação jurídica instaurada com a lavratura da NFLD é o Município, porque a Câmara Municipal não pode ser responsável pelos débitos contraídos junto à Seguridade Social, uma vez que é meramente órgão do Município, não possuindo personalidade jurídica para contrair obrigações.

Os tribunais pátrios também tem se manifestado neste sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL(IAPAS). EMBARGOS DO DEVEDOR (CAMARA MUNICIPAL). ILEGITIMIDADE ATIVA.

REMESSA CONHECIDA E PROVIDA.

I - PARA PROPOR OU CONTESTAR AÇÃO É NECESSÁRIO LEGITIMIDADE (CPC, ART. 3). CAMARA MUNICIPAL NÃO É PESSOA JURIDICA OU SEQUER GOZA DE CAPACIDADE PROCESSUAL. TRATA-SE DE MERO ORGÃO DO MUNICÍPIO.

ESSE ULTIMO, SIM, QUE E LEGITIMADO ATIVAMENTE PARA AÇÃO INCIDENTE DE EMBARGOS E PASSIVAMENTE PARA A AÇÃO EXECUTIVA (CPC. ART. 12,11).

- REMESSA CONHECIDA (CPC, ART. 475, II C/ ART. 1 DA LEI Nº6.825/80) E PROVIDA. SENTENÇA ANULADA.

(REO 90.01. 16167-3/GO,TRF 1º R., 3º turma, Rel. Juiz Adhemar Maciel, in DJ 10/12/90).

Ou, PROCESSO CIVIL. CÂMARA MUNICIPAL. AUSENCIA DE PERSONALIDADE JURIDICA. LEGITIMIDADE ATIVA LIMITADA.

A Câmara Municipal, por não ser detentora de personalidade jurídica, somente pode atuar em juízo para garantir a defesa de seus institucionais, não ocorrentes, na espécie. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

(AMS 1999.01.00.9103998-1/MG, TRF 10R., 4 0 Turma, Rel. Juiz Mário César Ribeiro, in DJ 05/05/2000).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a matéria, assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA CÂMARA MUNICIPAL.

1 - EM NOSSA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA, AS CÂMARAS MUNICIPAIS NÃO TÊM PERSONALIDADE JURIDICA.

2 - A CAPACIDADE JURIDICA É LIMITADA A DEFENDER INTERESSES INSTITUCIONAIS PROPRIOS E VINCULADOS A SUA INDEPENDENCIA E FUNCIONAMENTO.

3 - EXECUTIVO FISCAL PROMOVIDO CONTRA A CÂMARA MUNICIPAL NÃO TEM CONDIÇÕES DE PROSEGUIR, PELE ABSOLUTA ILEGITIMIDADE DO ENTE PASSIVO DE MANDADO.

4- EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO".

(RESP 88856/SP, STJ, Rel. Min. José Delgado, in DJ 19/08/96).

0 Egrégio Superior Tribunal de Justiça, ao julgar a matéria, assim decidiu:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO CONTRA CÂMARA MUNICIPAL.

1 - EM NOSSA ORGANIZAÇÃO JURÍDICA, AS CÂMARAS MUNICIPAIS NÃO TÊM PERSONALIDADE JURÍDICA.

2 - A CAPACIDADE JURÍDICA É LIMITADA A DEFENDER INTERESSES INSTITUCIONAIS PRÓPRIOS E VINCULADOS A SUA INDEPENDÊNCIA E FUNCIONAMENTO.

3 - EXECUTIVO FISCAL PROMOVIDO CONTRA A CÂMARA MUNICIPAL NÃO TEM CONDIÇÕES DE PROSEGUIR, PELE

ABSOLUTA ILEGITIMIDADE DO ENTE PASSIVO DE MANDADO.

4- EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO".

(RESP 88856/SP, STJ, Rel. Min. José Delgado, in DJ 19/08/96).

Do Mérito

O artigo 15, inciso I, da Lei n.º 8.212/91, é taxativo ao afirmar que os órgãos da administração pública são equiparados à empresa, não havendo qualquer restrição quanto a aplicação do texto legal:

Art.15. Considera-se:

I- empresa – a firma individual ou sociedade que assume o risco da atividade econômica urbana ou rural, com fins lucrativos ou não, bem como os órgãos ou entidades da administração pública direta, indireta e funcional(grifei);

O relatório fiscal da notificação traz que o Município não possui Regime Próprio de Previdência Social desde 07/1999, de forma que os segurados que lhe prestam serviço devem obrigatoriamente contribuir para o Regime Geral de Previdência Social.

Os servidores, cujas remunerações constam desta notificação, são aqueles **não detentores de cargos efetivos**, são servidores contratados para prestação de serviço na Câmara Municipal, contribuintes individuais e contribuintes individuais fretistas, para os quais

se aplica o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, consoante o disposto no artigo 13 da Lei n.º 8.212/91:

Art. 13 O servidor civil ocupante de cargo efetivo ou o militar da união, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, bem como o das respectivas autarquias e fundações, são excluídos do Regime Geral da Previdência Social consubstanciado nesta Lei, dedes que amparados por regime próprio de previdência social

Após a promulgação da Emenda Constitucional n.º 20 de 16 de dezembro de 1998, somente os servidores titulares de cargo efetivo podem integrar os regimes próprios, conforme o caput do artigo 40 da Constituição Federal:

Art. 40. Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial e o disposto neste artigo. Redação dada ao artigo pela [Emenda Constitucional n.º 20, de 15/12/98](#):

O lançamento em questão abrange apenas período posterior à Emenda Constitucional n.º 20/98, e refere-se exclusivamente a servidores públicos não efetivos e contribuintes individuais, que compulsoriamente estão vinculados ao Regime Geral de Previdência Social.

Contribuintes Individuais

As contribuições previdenciárias patronais devidas sobre a remuneração dos contribuintes individuais estão expostas na Lei n.º 8.212/91, artigo 22, inciso III, que foi acrescentado pela Lei n.º 9.876/99, com vigência a partir de 03/2000, englobando, assim, o período contido nesta notificação, não se submetendo a qualquer limite:

Art. 22. A contribuição a cargo da empresa, destinada a Seguridade Social, além do disposto no art. 23, é de:

...

*III – vinte por cento sobre o **total das remunerações** pagas ou creditadas a qualquer título, no decorrer do mês, aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviços;(grifei)*

Também, se refere o crédito à alíquota de 11%, relativa a parte do segurado, que deve ser arrecadada e recolhida pela empresa, nos termos da Lei n.º 10.666, de 08/05/2003:

Art. 4º Fica a empresa obrigada a arrecadar a contribuição do segurado contribuinte individual a seu serviço, descontando-a da respectiva remuneração, e a recolher o valor arrecadado juntamente com a contribuição a seu cargo até o dia 10 (dez) do mês seguinte ao da competência.

Às fls.26/30, no Relatório de Lançamentos constam todos os contribuintes individuais cujas remunerações serviram de base para este levantamento e às fls. 35/36, constam os contribuintes individuais que prestaram serviços de frete.

Da Caracterização do Segurados Empregados

Conforme consta do relatório fiscal, o levantamento também se refere às contribuições incidentes sobre a remuneração dos servidores da Câmara Municipal, conforme Relatório de Lançamentos, fls. 31/35, onde a base de cálculo da contribuição previdenciária foi a folha de pagamento da Câmara.

Todavia, a recorrente se insurge contra a caracterização de alguns segurados que teriam sido considerados pelo Fisco como empregados, sem restar evidenciados os pressupostos da relação de emprego.

Quanto a este aspecto, entendo que a recorrente possui razão.

Da leitura do Relatório Fiscal de fls. 75/78 e da Informação Fiscal prestada após a diligência efetuada, fls. 119, não é possível se vislumbrar quais segurados prestaram serviços de maneira a caracterizar a relação de emprego.

O fisco limita-se a dizer que os segurados exerciam funções típicas de servidores da Câmara, deixando ainda, de caracterizar o vínculo empregatício, não relatando a presença dos pressupostos inerentes a uma relação de emprego.

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 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.

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.

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 às pessoas físicas através de notas de empenho, sendo entendidas como segurados empregados. 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 não descreve a situação fática encontrada que lhe permitiu dizer que os segurados são empregados.

A simples descrição dos serviços como sendo tarefas típicas de servidores da Câmara 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:

“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)

Entendo que restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, pois foi lhe imputada autuação sem a descrição clara e precisa de seu fato gerador.

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. O relatório fiscal, fls. 75/78 e a Informação Fiscal de fls. 119, se limitam a dizer que os segurados prestavam serviço em funções típicas de servidores, mas não está evidenciada a relação empregatícia.

Por este motivo, entendo que o lançamento relativo à caracterização de segurados como empregados é nulo por vício material, por não restar demonstrada a ocorrência dos fatos geradores.

Perícia

Em razão da natureza do lançamento, dos elementos que foram examinados, lhe deram suporte e do reconhecimento das bases de cálculo pelo próprio recorrente, eis que constante de documentos de sua elaboração, posse e guarda, é prescindível a perícia para a necessária convicção no julgamento do presente recurso, devendo-se aplicar o disposto nas normas que disciplinam o processo administrativo tributário, *in verbis*:

DECRETO N° 70.235, DE 6 DE MARÇO DE 1972.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pela Lei n° 8.748, de 9.12.1993)

PORTARIA RFB n.º 10.875, DE 16 DE AGOSTO DE 2007

Art. 11. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 15.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 7º.

Inconstitucionalidade

Quanto à alegação de que o Contencioso Administrativo deve apreciar a inconstitucionalidade das leis, ressalta-se que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal. No Capítulo III do Título IV, especificamente no que trata do controle da constitucionalidade das normas, observa-se que o constituinte teve especial cuidado ao definir quem poderia exercer o controle constitucional das normas jurídicas. Decidiu que caberia exclusivamente ao Poder Judiciário exercê-la, especialmente ao Supremo Tribunal Federal.

Permitir que órgãos colegiados administrativos reconhecessem a constitucionalidade de normas jurídicas seria infringir o disposto na própria Constituição Federal, padecendo, portanto, a decisão que assim o fizer, ela própria, de vício de constitucionalidade, já que invadiu competência exclusiva de outro Poder.

O professor Hugo de Brito Machado *in* “Mandado de Segurança em Matéria Tributária”, Ed. Revista dos Tribunais, páginas 302/303, assim concluiu:

“A conclusão mais consentânea com o sistema jurídico brasileiro vigente, portanto, há de ser no sentido de que a autoridade administrativa não pode deixar de aplicar uma lei por considerá-la inconstitucional, ou mais exatamente, a de que a autoridade administrativa não tem competência para decidir se uma lei é, ou não é inconstitucional.”

Ademais, como da decisão administrativa não cabe recurso obrigatório ao Poder Judiciário, em se permitindo a declaração de inconstitucionalidade de lei pelos órgãos administrativos judicantes, as decisões que assim a proferissem não estariam sujeitas ao crivo do Supremo Tribunal Federal que é a quem compete, em grau de definitividade, a guarda da Constituição. Poder-se-ia, nestes casos, ter a absurda hipótese de o tribunal administrativo declarar determinada norma inconstitucional e o Judiciário, em manifestação do seu órgão máximo, pronunciar-se em sentido inverso.

Por essa razão é que através de seu Regimento Interno e Súmula, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF se auto-impôs com regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 256, de 22/06/2009 (que aprovou o Regimento Interno do CARF):

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de

observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

**SÚMULAS CONSOLIDADAS CARF PORTARIA MF N.º 383
– DOU de 14/07/2010)**

Súmula CARF nº 2: *O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.*

Multa Moratória

Não possui natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme previa o art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, na redação vigente à época do lançamento. Não recolhendo na época própria o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento. Se não houvesse tal exigência haveria violação ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não recolhera no prazo fixado teria tratamento similar àquele que cumprira em dia com suas obrigações fiscais.

O art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99).

Por todo o exposto,

Voto pelo acolhimento dos Embargos de Declaração para atestar a inexistência de nulidade quanto à identificação do sujeito passivo que se deu na forma do artigo 12, II do Código de Processo Civil. No mérito, voto pelo provimento parcial do recurso para excluir da notificação os lançamentos relativos à caracterização dos segurados como empregados por vício material uma vez que não restou demonstrada a ocorrência dos fatos geradores.

Liege Lacroix Thomasi – Relatora *ad hoc*

CÓPIA