



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

Processo nº 37193.005870/2002-35
Recurso nº 242.122 Voluntário
Acórdão nº **2302-00.847 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2011
Matéria Auto de Infração: Obrigações Acessórias em Geral
Recorrente SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR TOLEDO S/C LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/03/1993 a 31/12/1996

AUTO DE INFRAÇÃO

É dever da empresa proceder a inscrição de segurado que lhe presta serviço como empregado.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora

Marco Andre Ramos Vieira - Presidente.

Liege Lacroix Thomasi - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco Andre Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Thiago D' Ávila Melo Fernandes, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato

Relatório

Trata o presente de auto de infração lavrado em desfavor do sujeito passivo acima identificado, por não ter inscrito na previdência social, os segurados que lhe prestaram serviço nas competências compreendidas no período de 03/1993 a 12/1996.

O relatório fiscal de fl.02, diz que a constatação da não inscrição de segurados se deu através do exame de documentos da empresa, mais especificamente recibos de pagamento não contabilizados, apreendidos pelos Ministério Público, por força de determinação judicial. Consta também do relatório listagem com o nome dos segurados não inscritos e sua função, professor, bedel, monitor, auxiliar de laboratório e alguns não especificados. As contribuições referentes à relação de emprego foram lançadas em notificação fiscal de lançamento de débito.

Após a impugnação que foi considerada intempestiva, Decisão-Notificação de fls. 25/29, julgou a autuação procedente.

Inconformado o contribuinte apresentou recurso tempestivo arguindo em síntese:

- a) que o sócio é legítimo para recorrer, não necessitando o depósito recursal;
- b) que a impugnação foi tempestiva frente ao relatório complementar;
- c) que a multa é ilegal;
- d) que não consta a função exercida, o pagamento recebido e não está demonstrada a relação empregatícia.

Requer a nulidade do auto de infração e a relevação da multa.

Posteriormente, o contribuinte impetrou Mandado de Segurança para que sua defesa fosse analisada eis que tempestiva, frente ao relatório complementar das notificações.

Com efeito, a defesa apresentada foi considerada tempestiva, mas já tinha sido analisada quando da emissão da DN, já que o auto de infração é sempre apreciado e julgado.

A DRP apresentou as contra-razões pela manutenção da decisão recorrida e Acórdão da 2ª CaJ do CRPS anulou a autuação pela falta de caracterização da relação de emprego, fls. 103/106.

Às fls. 107/110, o fisco pede revisão do Acórdão porque os documentos para comprovar a habitualidade, subordinação e onerosidade foram sonogados pelo contribuinte, não podendo o mesmo se beneficiar da decisão.

O recorrente foi cientificado apresentou suas razões e novo Acórdão de fls. 128/129, transforma o julgamento em diligência para que seja localizada a NFLD onde está caracterizada a relação de emprego.

Processo nº 37193.005870/2002-35
Acórdão n.º **2302-00.847**

S2-C3T2
Fl. 410

O fisco em resposta, informa que a notificação encontra-se em cobrança pela procuradoria. Cientificado o contribuinte, Acórdão de fls. 221/222, baixa novamente o processo em diligência para que sejam apensadas partes da NFLD a fim de elucidar as características da relação de emprego.

O fisco junta documentos de fls. 227/313, relaciona os segurados não inscritos, explicitando as razões da existência dos pressupostos da relação de emprego em cada recibo.

Retornam os autos a julgamento e Acórdão de fls.320/321, os baixam em diligência para ciência do contribuinte quanto às informações prestadas.

A recorrente apresenta, novamente, suas razões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro LIEGE LACROIX THOMASI

Cumprido o requisito de tempestividade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

Das Preliminares

O auto de infração refere-se a não inscrição de segurados considerados pela fiscalização como empregados no período de 03/1993 a 12/1996, e foi lavrado em 28/10/2002.

Portanto, deve ser examinada de ofício a questão da decadência, já 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:

“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”.

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 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.

Como no caso presente temos uma autuação, não há que se falar em recolhimento a ser homologado, devendo ser aplicado o artigo 173, I do CTN:

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.

Assim, resta neste auto de infração apenas a competência 12/1996. Todavia, não haverá diferença no valor da penalidade aplicada, eis que é único, não permitindo fracionamento, conforme disposto pelo artigo 659, §4º, da Instrução Normativa n.º 03/2005:

§4º Se houver materialização das demais infrações não referidas nos arts. 646 a 648, a multa será fixada por Auto de Infração, independentemente do número de ocorrências.

Quanto à desnecessidade do depósito recursal para garantia de instância, devendo ser aceito o recurso em nome do sócio, como quer a recorrente, é de se notar que tal pressuposto não é mais exigido por este Colegiado em obediência ao Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

De acordo com o previsto no parágrafo único do art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria n.º 256/2009 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.

Do Mérito

A lavratura do auto de infração se deu com base em recibos de pagamento da empresa para segurados que lhe prestavam serviços nas funções de professor, monitor, bedel e auxiliar de laboratório. Os documentos tinham sido apreendidos pelo Ministério Público e não constavam da contabilidade da recorrente.

Muito embora, o relatório fiscal da infração não tenha bem caracterizado a relação de emprego, ficou evidenciado após as inúmeras diligências ocorridas, com os devidos esclarecimentos do fisco e as razões do contribuinte, que a situação fática encontrada pela fiscalização denotava a existência dos pressupostos de uma relação de emprego. E, se não houve um maior número de provas materiais trazidas aos autos por parte da fiscalização, isto se atribuiu à sonegação de dados e informações por parte da empresa, que nem contabilizava os pagamentos havidos aos segurados e justamente por esta razão não pode ser beneficiada com a nulidade do procedimento.

Ademais, a única competência que restou neste auto de infração, 12/1996, refere-se ao segurado que prestou serviço como monitor nas competências de 04/1996 a 12/1996, Sr. José Ari Gualberto Junqueira, cujos recibos de pagamentos estão colacionados às fls. 141/147, inclusive com pagamento de 13º salário, ficando demonstrada a caracterização da relação de emprego e a obrigatoriedade da inscrição do segurado na Previdência Social.

Os artigos 118 e 149 do CTN prevêm a primazia da realidade sobre os atos jurídicos realizados, autorizando a fiscalização a desconsiderar os atos e negócios jurídicos que não retratam a realidade dos fatos.

Art. 118 – A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos

Art. 149 – O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Essa atribuição da fiscalização é reforçada quando se trata do correto enquadramento dos segurados empregados, para fins de cobrança da contribuição previdenciária devida. Nesse sentido, dispõe o artigo 33 da Lei nº 8.212/91 que dispõe:

Art. 33 – Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do Art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do Art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente.

Essa atribuição passou a ser do Ministério da Previdência Social, por força do artigo 1 da Lei 11.098/2005. Para que a fiscalização da Secretaria da Receita Previdenciária – SRP possa efetuar o lançamento das contribuições previdenciárias; é necessário que se enquadre corretamente os segurados obrigatórios. O artigo 12, I “a” da Lei 8.212/91 prevê:

Art. 12 – São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

I – como empregado:

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

Para que a fiscalização possa vincular o segurado empregado com a empresa que lhe remunera, também é necessário conhecer o conceito de empresa, que está estabelecido no artigo 15, I da Lei 8.212/91:

Art. 15 – Considera-se:

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

Auditor Fiscal da Previdência Social (há época da autuação), no exercício de atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, prevista no art. 142, CTN - ao constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I, do caput do art. 9º, RPS, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado [art. 229, § 2º, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 1999, Redação dada pelo Decreto nº 3.265, de 29/11/99]:

RPS - ART. 229 ,

(...)

§ 2º Se o Auditor Fiscal da Previdência Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação, preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º, deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado.

Uma vez reconhecido o vínculo empregatício existente não há que se desconsiderar o descumprimento da Lei nº 8.213, de 24/07/1991, artigo 17 combinado com artigo 18, I e § 1º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 06/05/1999:

Lei n. 8231/91

Art. 17.

O Regulamento disciplinará a forma de inscrição do segurado e dos dependentes.

RPS

Art.18.Considera-se inscrição de segurado para os efeitos da previdência social o ato pelo qual o segurado é cadastrado no Regime Geral de Previdência Social, mediante comprovação dos dados pessoais e de outros elementos necessários e úteis a sua caracterização, observado o disposto no art. 330 e seu parágrafo único, na seguinte forma

I - o empregado e trabalhador avulso - pelo preenchimento dos documentos que os habilitem ao exercício da atividade, formalizado pelo contrato de trabalho, no caso de empregado, observado o disposto no § 2o do art. 20, e pelo cadastramento e registro no sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, no caso de trabalhador avulso

(...)

§1ºA inscrição do segurado de que trata o inciso será efetuada diretamente na empresa, sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra e a dos demais no Instituto Nacional do Seguro Social.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso.

Liege Lacroix Thomasi - Relatora