



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

Processo nº 37362.002190/2005-13
Recurso nº 244.477 Voluntário
Acórdão nº **2302-001.194 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria Caracterização de Segurado Empregado: Contribuinte Individual
Recorrente PREFEITURA MUNICIPAL DE CRAVINHOS
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/01/1996 a 31/12/2004

Ementa: DECADÊNCIA - O Supremo Tribunal Federal, através da Súmula Vinculante nº 08, declarou inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24/07/91, devendo, portanto, ser aplicadas as regras do Código Tributário Nacional.

ENQUADRAMENTO DE SEGURADOS COMO EMPREGADOS.

O órgão previdenciário possui a competência de realizar o enquadramento como segurado empregado para fins de recolhimento das correspondentes contribuições.

Comprovados os elementos de subordinação, pessoalidade, não-eventualidade, onerosidade.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Adriana Sato - Relator.

EDITADO EM: 09/02/2012

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

Ausência Momentânea de Wilson Antonio de Souza Correa e Manoel Coelho Arruda Junior.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada em 05/08/2005, cuja ciência do Recorrente ocorreu em 19/08/2005 (fls.616).

De acordo com o Relatório Fiscal referem-se a contribuições devidas pelo Município de Cravinhos - Prefeitura Municipal à Seguridade Social, incidentes sobre:

1.1.1- remunerações pagas a pessoas físicas- segurados autônomos/ contribuintes individuais, inclusive condutores autônomos de veículos;

1.1.2- valores constantes nas notas fiscais/recibos/faturas de prestação de serviços mediante cessão de mão de obra ou empreitada, referentes à retenção de 11%, não destacada pela prestadora, a partir da competência 02/1999;

1.1.3- caracterização de segurados empregados, considerados contribuintes individuais/autônomos pela municipalidade.

O Recorrente apresentou impugnação, alegando em síntese:

- inconstitucionalidade do lançamento;
- imputar ao MUNICÍPIO DE CRAVINHOS, a obrigação de pagar os percentuais dos encargos dos profissionais liberais como se empregados fossem, sem o devido concurso é uma afronta às normas constitucionais;
- o lançamento se encontra maculado de vícios;
- autônomo não é empregado;
- o lançamento se deu presunção haja vista que a Constituição Federal prevê que a investidura no serviço público só se dá através de concurso público;

A DN julgou o lançamento procedente em parte, conforme o DADR de fls.634/702..

Através da pessoa do Prefeito, o Recorrente interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

- a presente exigência fiscal, elaborada por aferição indireta, não pode e nem deve prevalecer, quer por aspectos preliminares quer por aspectos de mérito;
- o lançamento se encontra maculado por vícios que retiram a sua validade jurídica. Impossível admitir a presunção dissociada de indícios que possam atestar sua aplicação. Não foi apontada a fonte que gerou a imposição da penalidade;

- por força do art. 142 do Código Tributário Nacional, cabe a autoridade fiscal identificar toda a matéria tributável não só para si, mas também para o contribuinte, sob pena de lesar-lhe o direito constitucional da ampla defesa;

- no sentido do alegado, é de ser determinada a nulidade da exigência fiscal, pois na forma em que foi concebida, relega o contribuinte ao campo de dedução, o que atinge as normas de regência e o direito de defesa, que reclamam delimitação concreta de toda a matéria considerada para o lançamento;

- há de se consignar que todos os documentos solicitados e possíveis de serem apresentados foram colocados à disposição da fiscalização;

- frisa que as referidas notas de empenho, do exercício de 1995 a 2000, encontram-se em local incerto e não sabido, conforme Boletim de Ocorrência que segue em anexo. Diante da ausência de tais documentos já sendo tomadas as providências necessárias, a esperar nova diligência, de constatação, a realizar-se, o que desde já se requer;

- a falta de elementos que pudessem ensejar a conclusão tirada pelo fiscal é absolutamente inadmissível, vez que o procedimento não pode basear-se em mera suposição, isto é mera presunção;

- o lançamento é nulo de pleno direito porque ilíquido, incerto e inexato, não havendo qualquer prova robusta e efetiva de que os fatos teriam ocorrido na forma constante do relatório fiscal;

- todos os documentos solicitados e possíveis foram colocados à disposição da fiscalização, sem olvidar o fato de que algumas exigências da autoridade autuante já estão sendo aplicadas," estando, para tanto, até o final do julgamento do presente disponível para verificação;

- a respeito do vínculo empregatício, não se presume, porquanto não há que se falar, na caracterização de tal, em face dos prestadores de serviços aduzidos. O vínculo empregatício necessita da pessoalidade, da continuidade, da onerosidade e da fundamental subordinação jurídica. Os prestadores de serviços em questão nunca prestaram serviços como empregado, mas como autônomo diante da patente ausência dos requisitos, não se vislumbrando os pressupostos necessários para caracterização do vínculo empregatício. Na relação de emprego tão somente se reconhece na presença conjunta dos requisitos elencados nos arts. 2º e 3º da C.L.T. e faltando qualquer deles a relação não é de emprego;

- e ao final, requer seja julgada procedente a presente impugnação, relevando a multa imposta, diante da correção dos dados que ensejou a imposição da multa, bem como do fato de ser o autuado primário e não se tratar de circunstâncias agravantes, prosseguindo o tramite do processo administrativo, todavia, eventualmente, espera e requer o cancelamento da exigência fiscal pelas razões entabuladas;

- por derradeiro, requer antes que seja proferido a r. decisão final, seja convertido tal julgamento em novas diligências para que possa o agente fiscalizador constatar o cumprimento das exigências faltantes, isto é, que ensejaram a imposição da penalidade ora combatida, caso contrário, que seja o sujeito passivo autuado, intimado pessoalmente e na pessoa de seu procurador para comprovar o que de direito, relevando ao final a referida multa;

A DRP apresentou contra razões.

É o Relatório

Voto

Conselheiro Adriana Sato

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

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. Seguem transcrições:

Parte final do voto proferido pelo Exmo Senhor Ministro Gilmar Mendes, Relator:

Resultam inconstitucionais, portanto, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e o parágrafo único do art.5º do Decreto-lei nº 1.569/77, que versando sobre normas gerais de Direito Tributário, invadiram conteúdo material sob a reserva constitucional de lei complementar.

Sendo inconstitucionais os dispositivos, mantém-se hígida a legislação anterior, com seus prazos quinquenais de prescrição e decadência e regras de fluência, que não acolhem a hipótese de suspensão da prescrição durante o arquivamento administrativo das execuções de pequeno valor, o que equivale a assentar que, como os demais tributos, as contribuições de Seguridade Social sujeitam-se, entre outros, aos artigos 150, § 4º, 173 e 174 do CTN.

Diante do exposto, conheço dos Recursos Extraordinários e lhes nego provimento, para confirmar a proclamada inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei 8.212/91, por violação do art. 146, III, b, da Constituição, e do parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/77, frente ao § 1º do art. 18 da Constituição de 1967, com a redação dada pela Emenda Constitucional 01/69.

É como voto.

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”.

Os efeitos da Súmula Vinculante são previstos no artigo 103-A da Constituição Federal, regulamentado pela Lei nº 11.417, de 19/12/2006, *in verbis*:

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus

membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

Lei nº 11.417, de 19/12/2006:

Regulamenta o art. 103-A da Constituição Federal e altera a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, disciplinando a edição, a revisão e o cancelamento de enunciado de súmula vinculante pelo Supremo Tribunal Federal, e dá outras providências.

...

Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciais ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

Como se constata, a partir da publicação na imprensa oficial, todos os órgãos judiciais e administrativos ficam obrigados a acatarem a Súmula Vinculante. Assim sendo, independente de meu entendimento pessoal sobre a matéria, manifestado em meus votos anteriores, inclino-me à tese jurídica na Súmula Vinculante nº 08.

Afastado por inconstitucionalidade o artigo 45 da Lei nº 8.212/91, resta verificar qual regra de decadência prevista no Código Tributário Nacional - CTN se aplicar ao caso concreto. Compulsando os autos, constata-se através do Discriminativo Analítico do Débito que a Recorrente não efetuou pagamento parcial de suas obrigações as quais se refere o lançamento. Daí, deve prevalecer a regra trazida pelo artigo 173, I do CTN.

Assim sendo, tendo sido cientificado o Recorrente do lançamento em 19/08/2005, ficam alcançadas pela decadência as contribuições até a competência 11/1999.

No que diz respeito a alegação do Recorrente de inconstitucionalidade, de acordo com a Súmula nº 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Súmula N º 2

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

Quanto ao procedimento da fiscalização e formalização da autuação não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos do artigo 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72.

O recorrente foi devidamente intimado de todos os atos processuais que trazem fatos novos, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

A decisão recorrida também atendeu às prescrições que regem o processo administrativo fiscal: enfrentou todas as alegações do recorrente, com indicação precisa dos fundamentos e se revestiu de todas as formalidades necessárias.

Não contém, portanto, qualquer vício que suscite sua nulidade, passando, inclusive, pelo crivo do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

Art. 31. A decisão conterá 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. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 9.12.1993).

“PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. NULIDADE DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. SERVIDOR PÚBLICO INATIVO. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. SÚMULA 188/STJ.

1. Não há nulidade do acórdão quando o Tribunal de origem resolve a controvérsia de maneira sólida e fundamentada, apenas não adotando a tese do recorrente.

2. O julgador não precisa responder a todas as alegações das partes se já tiver encontrado motivo suficiente para fundamentar a decisão, nem está obrigado a ater-se aos fundamentos por elas indicados “. (RESP 946.447-RS – Min. Castro Meira – 2ª Turma – DJ 10/09/2007 p.216)

Portanto, em razão do exposto e nos termos de regras disciplinadoras do processo administrativo fiscal, não se identificam vícios capazes de tornar nulo quaisquer dos atos praticados:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Não merece prosperar a alegação do Recorrente de que autônomo não é empregado e que a única forma de vínculo com o Município é através de concurso público, haja vista que a fiscalização, fundamentada nos documentos apresentados pelo Recorrente

desconsiderou a natureza da contratação dos segurados (plantonistas), reconhecendo o vínculo empregatício existente entre o Município e os autônomos.

Ao cumprir sua atividade de arrecadar e fiscalizar a arrecadação das contribuições sociais destinadas à Seguridade Social, artigo 33, *caput* da Lei n.º 8.212/91, possui a fiscalização previdenciária o direito de desconsiderar os atos e negócios jurídicos praticados pelos contribuintes com intuito de se escusarem do recolhimento de tributos, caso estejam em desacordo com a legislação tributária.

Em tendo a fiscalização constatado a existência da relação de emprego entre os considerados autônomos e o recorrente, possui a fiscalização o direito-dever de desconsiderar este negócio jurídico simulado e proceder à notificação dos valores devidos.

Nesse sentido já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça, nestas palavras:

“PREVIDENCIÁRIO – INSS – FISCALIZAÇÃO – AUTUAÇÃO – POSSIBILIDADE – VÍNCULO EMPREGATÍCIO.

A fiscalização do INSS pode autuar empresa se esta deixar de recolher contribuições previdenciárias em relação às pessoas que ele julgue com vínculo empregatício. Caso discorde, a empresa dispõe do acesso à Justiça do Trabalho, a fim de questionar a existência do vínculo.

Recurso provido.

REsp n.º 236.279/RJ; Rel. Ministro Garcia Vieira; julgado em 08/02/2000; publicado em 20/03/2000”

Em razão do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso.

Adriana Sato - Relator