



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

Processo nº 10552.000552/2007-18
Recurso nº 260.398 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.908 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2011
Matéria Remuneração de Segurados: Parcelas em Folha de Pagamento
Recorrente CLAUDIO VOGEL FILHO & CIA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Contribuições Previdenciárias

Período de apuração: 05/2004 a 01/2006

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Tendo o fiscal autuante se baseado na declaração de fatos geradores efetuada pelo próprio contribuinte, não há que se falar em ausência de conhecimento da matéria objeto do lançamento a ser impugnado.

CONSTITUCIONALIDADE DE DISPOSITIVOS LEGAIS. Não cabe à instância administrativa decidir questões relativas à constitucionalidade de dispositivos legais, competência exclusiva do Poder Judiciário.

DISCUSSÃO NO RECURSO VOLUNTÁRIO SOBRE MATÉRIA NÃO ALEGADA NA IMPUGNAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. ART. 17 DO DECRETO 70.235/1972.

Recai sobre o contribuinte o ônus da prova relativa ao cumprimento das obrigações que lhes foram atribuídas.

Não cabe apreciar, em via recursal, matéria divergente da referida na peça de defesa administrativa, uma vez que afetada pela preclusão.

JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO À COBRANÇA DE TRIBUTOS. Arrimado em Súmula do Segundo Conselho de Contribuintes é cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

MULTA MORATÓRIA. PENALIDADE MAIS BENÉFICA. As contribuições sociais previdenciárias estão sujeitas à multa de mora, na hipótese de recolhimento em atraso devendo observar o disposto na nova redação dada ao artigo 35, da Lei 8.212/91.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Conselheiros Leôncio Nobre de Medeiros e Marcelo Oliveira, que votaram pela manutenção da multa aplicada; e II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento às demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do Relator.

MARCELO OLIVEIRA

Presidente

LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES

Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), ADRIANO GONZALES SILVERIO, ADRIANO GONZALES SILVERIO, LEONCIO NOBRE DE MEDEIROS, LEONCIO NOBRE DE MEDEIROS, DAMIAO CORDEIRO DE MORAES, MAURO JOSE SILVA e LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrado em 05/07/2006, em desfavor de Claudio Vogel Filho & Cia Ltda., decorrente da ausência de recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes à parte da empresa incidentes sobre o pagamento a contribuintes individuais, bem como as incidentes sobre a remuneração dos segurados empregados destinadas à Seguridade Social, SAT e terceiros, e por fim, concerne às contribuições incidentes sobre a nota fiscal ou fatura de prestação de serviços por cessão de mão-de-obra.

Inconformada, a ora Recorrente apresentou Defesa de fls. 46/61, tendo o Acórdão de fls. 65/73 julgado procedente o lançamento, conforme se pode observar da ementa a seguir transcrita:

Assunto: Contribuição previdenciária.

Data do fato gerador: 01 de maio de 2004 a 31 de janeiro de 2006.

NFLD DECAD nº 35.773.310-0

Não incorre em nulidade a notificação fiscal de lançamento de débito lavrada de acordo com as disposições contidas na legislação previdenciária.

São devidas as contribuições destinadas ao Seguro de Acidentes do Trabalho e aos Fundos e Entidades denominados de "Terceiros" previstas em lei.

A contribuição a cargo da empresa incidente sobre remuneração dos contribuintes individuais e dos cooperados por serviços prestados por intermédio de cooperativa de trabalho é exigível das empresas em geral nos termos da legislação previdenciária.

As contribuições sociais devidas à Previdência Social não recolhidas no prazo legal estão sujeitas à aplicação de juros equivalentes à taxa SELIC.

A arguição de ilegalidade ou inconstitucionalidade de dispositivo previsto em lei é matéria reservada ao Poder Judiciário.

Lançamento procedente.

Irresignada, a empresa interpôs Recurso Voluntário de fls. 6818/6862, alegando em síntese:

- a) O cerceamento do direito de defesa da Recorrente, uma vez que o lançamento não discriminou o nome dos empregados, contribuintes individuais e cooperativas cujos pagamentos foram objeto da incidência de contribuições;
- b) A impossibilidade de defesa do contribuinte face à ausência de conhecimento de elementos essenciais do lançamento a ser impugnado;
- c) A inconstitucionalidade da aplicação da Taxa Selic, na situação em tela, haja vista a mesma não ter sido instituída por lei e diante de sua natureza eminentemente confiscatória;
- d) A inconstitucionalidade das contribuições ao INCRA e SEBRAE, vez que não foram recepcionadas pela EC 33/01;
- e) A inexigibilidade da contribuição ao INCRA, no caso em tela, por se tratar a Recorrente de empresa urbana;
- f) Erro na fixação da alíquota referente ao SAT, haja vista o risco da atividade preponderante da empresa ser leve e não médio;
- g) A inconstitucionalidade da exigência do recolhimento de contribuições referentes à prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra pela empresa tomadora.

Sem Contra-razões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo tempestivo, conheço do Recurso e passo ao seu exame.

Da inocorrência do cerceamento de defesa

Preliminarmente, argumenta o contribuinte o cerceamento do seu direito de defesa tendo em vista que o presente lançamento não discrimina os segurados empregados, contribuintes individuais e cooperativas sobre cujos pagamentos incidiram as contribuições cobradas na autuação ora em vergaste.

Ocorre que, descabidas as alegações mencionadas, vez que se pode constatar da simples observância do Relatório Fiscal do lançamento às fls. 40/43 que o mesmo baseou-se nas declarações de fatos geradores efetuados pelo próprio contribuinte, para constituir o crédito ora cobrado, conforme dispõe trecho do referido relatório, *in verbis*:

A empresa efetuou a entrega das Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social — GFIP's antes da constituição do crédito, beneficiando-se da redução da multa, conforme previsão legal, em relação aos levantamentos supra.

Ora, se a empresa mesma realizou a entrega das GFIP's em conseqüente confissão dos débitos previdenciários compreendidos no presente lançamento, como pode a Recorrente alegar a ausência de conhecimento de elementos essenciais da notificação em vergaste?

Além do mais, não há que se falar em cerceamento do direito de defesa da Recorrente, tendo em vista que à empresa foi dada oportunidade de impugnar a presente autuação, bem como de recorrer da decisão que manteve o lançamento em tela, ocasiões nas quais se constatou que o contribuinte tinha pleno conhecimento da matéria objeto da presente autuação, tanto que peças devidamente fundamentadas foram apresentadas.

Não se argumente, portanto, que restou inviabilizada a defesa da empresa, tendo em vista a ausência de conhecimento dos fatos geradores das contribuições em comento, isto porque, tendo o próprio contribuinte efetuado a entrega das GFIP's nas quais se baseou o lançamento em comento, afasta-se, de pronto, qualquer alegação acerca da ausência de conhecimento de elementos essenciais à impugnação da autuação em tela.

Do exposto, destaque-se restar clarividente que não houve qualquer cerceamento do direito de defesa do contribuinte tendo sido plenamente respeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório, imprescindíveis à garantia do devido processo legal em matéria tributária.

Preliminar

Preliminarmente à análise do mérito, impende ratificar a posição externada pela decisão ora recorrida no que pese a não poderem ser apreciadas, por este Conselho Administrativo, questões relativas à constitucionalidade de dispositivos legais, cuja competência é exclusiva do Poder Judiciário.

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.”

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 definitivo, 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, os Conselhos de Contribuintes se auto-impuseram com regra proibitiva nesse sentido:

Portaria MF nº 147, de 25/06/2007 (que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes):

Art. 49. 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.

Súmula 02 do Segundo Conselho de Contribuintes, publicada no DOU de 26/09/2007:

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

Consoante se pode inferir do entendimento acima colacionado, restou inegável a impossibilidade de apreciação de matéria referente à constitucionalidade das contribuições destinadas ao INCRA e SEBRAE, bem como daquelas incidentes sobre a nota fiscal ou fatura de prestação de serviço mediante cessão de mão-de-obra, afastando-se, portanto, todos os argumentos do contribuinte no que pese à afirmação de serem as normas adotadas para o lançamento ora em vergaste eivadas de inconstitucionalidade.

Da preclusão

Quanto às contribuições decorrentes de SAT, argúi o contribuinte a erro na fixação da alíquota referente ao cálculo da mencionada exação, tendo em vista que o risco da atividade preponderante da empresa seria leve e não médio.

Ocorre que, em se tratando de via recursal, somente deve-se apreciar matéria explicitada quando da defesa administrativa, exclusivos, portanto, estarão os pedidos embasados em argumentos inéditos trazidos a debate de forma tardia.

Pois bem. A despeito de tal discussão, impende destacar o que preconiza o art. 9º, §6º da Portaria nº 520, de 19 de maio de 2004, in verbis:

Art. 9º A impugnação mencionará:

(...)

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

O art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, atualmente aplicável aos processos administrativos fiscais que versem sobre contribuições previdenciárias, também dispõe que “considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante”.

Desta feita, conclui-se, do acima exposto, que se reputa não impugnada a matéria relacionada ao lançamento que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante, o que impede o pronunciamento do julgador administrativo em relação ao conteúdo do feito fiscal com esta matéria relacionado.

No caso em tela, em sua defesa, o contribuinte alegou a inconstitucionalidade das contribuições decorrentes de SAT, ao argumento de que o artigo regulador da matéria não previu a hipótese de incidência da contribuição com a necessária determinabilidade, preterindo para regulamentação, via decreto, de parcela substancial do fato gerador sobre qual recai a exação.

Já em âmbito recursal, alegou erro na fixação da alíquota para o cálculo das contribuições destinadas ao SAT trazendo à baila argumentos inéditos a serem apreciados por este Conselho, acarretando-se, por conseguinte a preclusão processual. Ademais, a despeito de tal instituto, importante citar os ensinamentos de Fredie Didier Júnior, in verbis:

“Entende-se que a preclusão está intimamente relacionada com o ônus, que, como se sabe, é situação jurídica consistente em um encargo do direito. A parte detentora de ônus deverá praticar ato processual em seu próprio benefício, no prazo legal, e de forma correta: se não o fizer, possivelmente este comportamento poderá acarretar consequências danosas para ela. (...) a preclusão decorre do não-atendimento de um ônus, com a prática de ato-fato caducificante ou ato jurídico impeditivo, ambos lícitos, conformes com o direito.

Com isso, entendo que, no caso em apreço, ocorreu a preclusão consumativa, que é a extinção da faculdade de praticar um determinado ato processual em virtude de já haver ocorrido a oportunidade para tanto, ficando, pois, o julgador impossibilitado de analisar a questão referente ao erro na fixação da alíquota das contribuições decorrentes de SAT cobradas no presente lançamento, posto que a matéria não foi contestada, quando da impugnação.

Da cobrança da Taxa SELIC

Entendo ser possível e correta a aplicabilidade da Taxa SELIC nos casos de atraso no pagamento de importâncias devidas ao INSS, haja vista sua previsão legal estar devidamente fundamentada no art. 58, inc. II do Decreto nº 2.173/97, consoante se pode observar:

Art. 58. Para o pagamento de valores das contribuições e demais importâncias devidas à seguridade social, arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e não recolhidas até a data de seu vencimento, inclusive dos débitos objeto de parcelamento, incidirão: [...]

II - juros de mora:

- a) um por cento no mês do vencimento;*
- b) equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia-SELIC nos meses intermediários;*
- c) - um por cento no mês do pagamento;*

Além do mais, ressalto que recentemente o Segundo Conselho aprovou a Súmula nº 03 que assim dispôs sobre a matéria:

“SÚMULA Nº 3 - É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da

Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – SELIC para títulos federais.”

Relembre-se, mais uma vez, no que tange à alegada inconstitucionalidade da taxa, o entendimento de que a instância administrativa não possui competência legal para se manifestar sobre questões em que se presume a colisão da legislação de regência com a Constituição Federal, atribuição reservada, no direito pátrio, ao Poder Judiciário (Constituição Federal, art. 102, I, “a” e III, “b”, art. 103, § 2º; Emenda Constitucional nº 3/93; Código de Processo Civil -, arts. 480 a 482).

Da multa moratória

No tocante aos acréscimos legais, salientamos que os mesmos vêm determinados pela legislação previdenciária, não possuindo natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme prevê o art. 35 da Lei nº 8.212/1991. 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.

Imperioso, contudo, destacar que em respeito ao art. 106 do CTN, inciso II, alínea “c”, deve o Fisco perscrutar, na aplicação da multa, a existência de penalidade menos gravosa ao contribuinte. No caso em apreço, esse cotejo deve ser promovido em virtude das alterações trazidas pela Lei nº 11.941/2009 ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991, que instituiu mudanças à penalidade cominada pela conduta da Recorrente à época dos fatos geradores.

Assim, identificando o Fisco benefício ao contribuinte na penalidade nova, essa deve retroagir em seus efeitos, conforme ocorre com a nova redação dada ao art. 35 da Lei nº 8.212/1991 que assim dispõe:

Art. 35. Os débitos com a União decorrentes das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições instituídas a título de substituição e das contribuições devidas a terceiros, assim entendidas outras entidades e fundos, não pagos nos prazos previstos em legislação, serão acrescidos de multa de mora e juros de mora, nos termos do art. 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Por sua vez, o art. 61 da Lei nº 9.430/96 reza:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso.

(...)

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

Confrontando a penalidade retratada na redação original do art. 35 da Lei nº 8.212/1991 com a que ora dispõe o referido dispositivo legal, vê-se que a primeira permitia que a multa atingisse o patamar de 100%, dado o estágio da cobrança do débito, ao passo que a nova limita a multa a vinte por cento.

Sendo assim, diante da inafastável aplicação da alínea “c”, inciso II, art. 106, do CTN, conclui-se pela possibilidade de aplicação da multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/96, com a redação dada pela Lei nº 11.941/09, se for mais benéfica para o contribuinte.

Da Conclusão

Em virtude do exposto, conheço do Recurso, para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para determinar que seja aplicada a multa prevista no art. 61 da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica ao contribuinte.

É como voto.

Sala das Sessões, 16 de março de 2011

Leonardo Henrique Pires Lopes - Relator



Ministério da Fazenda

PÁGINA DE AUTENTICAÇÃO

O Ministério da Fazenda garante a integridade e a autenticidade deste documento nos termos do Art. 10, § 1º, da Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001 e da Lei nº 12.682, de 09 de julho de 2012.

Documento produzido eletronicamente com garantia da origem e de seu(s) signatário(s), considerado original para todos efeitos legais. Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001.

Histórico de ações sobre o documento:

Documento juntado por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES em 17/05/2011 15:42:07.

Documento autenticado digitalmente por LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES em 17/05/2011.

Documento assinado digitalmente por: MARCELO OLIVEIRA em 27/05/2011 e LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES em 17/05/2011.

Esta cópia / impressão foi realizada por MARIA MADALENA SILVA em 20/09/2019.

Instrução para localizar e conferir eletronicamente este documento na Internet:

1) Acesse o endereço:

<https://cav.receita.fazenda.gov.br/eCAC/publico/login.aspx>

2) Entre no menu "Legislação e Processo".

3) Selecione a opção "e-AssinaRFB - Validar e Assinar Documentos Digitais".

4) Digite o código abaixo:

EP20.0919.08595.QTN0

5) O sistema apresentará a cópia do documento eletrônico armazenado nos servidores da Receita Federal do Brasil.

Código hash do documento, recebido pelo sistema e-Processo, obtido através do algoritmo sha1:

E1441588E66077C574042664EEC6B4613C17655E