



Processo nº 10580.720418/2011-78
Recurso Voluntário
Acórdão nº 1301-006.872 – 1^a Seção de Julgamento / 3^a Câmara / 1^a Turma Ordinária
Sessão de 10 de abril de 2024
Recorrente CONCRETIZA EQUIPAMENTOS E SERVIÇOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Ano-calendário: 2006, 2007, 2008

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO.

As autoridades administrativas estão obrigadas à observância da legislação tributária vigente no País, sendo incompetentes para a apreciação de arguições de inconstitucionalidade e ilegalidade de atos legais regularmente editados.

REQUERIMENTO DE PERÍCIA. INDEFERIMENTO.

A autoridade julgadora deverá indeferir o pedido de realização de perícia quando entendê-la prescindível ou impraticável.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade e, no mérito, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

(documento assinado digitalmente)

Rafael Taranto Malheiros – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Iágalo Jung Martins, Jose Eduardo Dornelas Souza, Lizandro Rodrigues de Sousa, Marcelo Jose Luz de Macedo, Eduardo Monteiro Cardoso e Rafael Taranto Malheiros (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário em que a Recorrente defende-se da cobrança de auto de infração (DEBCAD n.º 37.298.051-1). A autuação foi lavrado, segundo a autoridade fiscal, em razão da sociedade empresária Concretiza Equipamentos e Serviços Ltda ter cometido a infração que era prevista no artigo 32, inciso IV e §5º, da Lei n.º 8.212/1991, ao não apresentar, ou apresentar Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, relativas às competências 09/2006, 11/2006, 05/2007 e 09/2008, sem os valores pagos por serviços prestados a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, que serviram de base de cálculo para o lançamento de contribuições sociais previdenciárias no auto de infração de DEBCAD n.º 37.298.045-7.

Assim relatou a DRJ no Acórdão 07-34.519 - 5^a Turma da DRJ/FNS (e-fls. 102 e ss destes autos):

O Auto de Infração em pauta (DEBCAD n.º 37.298.051-1) foi lavrado, segundo a autoridade fiscal, em razão da sociedade empresária Concretiza Equipamentos e Serviços Ltda ter cometido a infração que era prevista no artigo 32, inciso IV e §5º, da Lei n.º 8.212/1991, ao apresentar Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, relativas às competências 09/2006, 11/2006, 05/2007 e 09/2008, sem os valores pagos por serviços prestados a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, que serviram de base de cálculo para o lançamento de contribuições sociais previdenciárias no auto de infração de DEBCAD n.º 37.298.045-7.

Foi aplicada multa no valor de R\$ 38.089,25 (trinta e oito mil e oitenta e nove reais e vinte e cinco centavos), de acordo com o que era previsto no artigo 32, §5º, da Lei n.º 8.212/1991, c/c os artigos 284, inciso II, e 373 do Regulamento da Previdência Social, e a Portaria Interministerial MPS/MF n.º 568, de 31 de dezembro de 2010.

Irresignada com o lançamento, a Autuada apresentou a impugnação de fls. 23 a 47, instruída com os documentos de fls. 48 a 101.

Diz que a impugnação é tempestiva, visto que foi notificada da lavratura do auto de infração, "na forma do Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal - TEPF", em 18/01/2011.

Afirma que as autuações se deram devido ao seu objeto social principal previsto no seu contrato social consolidado após a 7^a alteração contratual.

Ressalta, porém, que "*dentre outras atividades sociais exercidas com menor contribuição à sua consecução final de empresa mercantil, desenvolve também a atividade de prestação de serviços, eventualmente prestados aos clientes adquirentes de seus produtos*".

Relata que optou pelo Simples em 01/01/2001 e que foi excluída do referido regime de tributação por meio do Ato Declaratório Executivo DRF/SRD/SEFIS n.º 09,

de 28 de julho de 2010.

Afirma que as autoridades fiscais da Receita Federal do Brasil se equivocaram ao entender que sua atividade social preponderante era a de engenharia, "alterando por suas próprias razões a classificação da atividade que é o CNAE com Código n.º 26301 'Fabricação de Artefatos de concreto, cimento, fibrocimento, gesso e estuque', para CNAE Código 7112000, que vem a ser 'Serviços de Engenharia'".

Ressalta que, de fato, desenvolve outras atividades no exercício da sua finalidade, mas que estas não chegam sequer a superar um terço das receitas auferidas.

Frisa que a sua atividade preponderante corresponde ao CNAE 26301 -Fabricação de Artefatos de Concreto, cimento, fibrocimento, gesso e estuque.

Alega que a alteração pretendida pela Receita Federal do Brasil só poderia valer "*após o regular processamento e deferimento de alteração perante a Junta Comercial, Secretaria de Fazenda Estadual e Municipal*".

Ressalta que não tem nenhuma intenção de alterar o registro da sua atividade principal, que é "*Fabricação de Artefatos de Concreto, cimento, fibrocimento, gesso e estuque*".

Aduz que a mera inclusão de atividade secundária de prestação de serviços de engenharia em seu objeto social não tem o condão de substituir a sua atividade preponderante.

Frisa que a alteração de sua atividade principal só teria validade caso fosse registrada perante a Junta Comercial do Estado da Bahia e os órgãos fazendários municipal, estadual e federal.

Ressalta que o artigo 252 da Lei n.º 6.015/1973 preceitua que "*o registro, enquanto não cancelado, produz todos os seus efeitos legais ainda que, por outra maneira, se prove que o título está desfeito, anulado, extinto ou rescindido*".

Frisa que "*não há ato jurídico real perfeito sem o necessário registro*".

Assevera que se o Fisco tivesse analisado as receitas que aufera com cada uma das atividades que exerce, teria verificado que a sua atividade preponderante não é "serviços de engenharia", mas sim, "*Fabricação de Artefatos de Concreto, cimento, fibrocimento, gesso e estuque*".

Ressalta que a sua atividade preponderante pode ser comprovada pelas "*peças colacionadas e disponibilizadas ao Fisco*" e por prova pericial a ser produzidas nos autos.

Alega que o auto de infração de DEBCAD n.º 37.298.051-1 não permite o exercício da ampla defesa, pois não expõem de maneira clara os fatos geradores das obrigações supostamente descumpridas e as infrações supostamente cometidas.

Ressalta que um "*procedimento*" só se legitima quando é "*assegurado o devido processo contraditório, com todos os meios de defesa inerentes a ele*".

Assevera que no presente caso o exercício da ampla defesa foi dificultado, já que ocorreu limitação ao direito da Autuada ter acesso aos motivos, ou seja, aos documentos em que se baseou a autoridade fiscal para lavrar o auto de infração.

Alega que a lavratura de vários autos de infração com os mesmos fundamentos fáticos e jurídicos geraram "*confusão à defesa*".

Aduz que, devido a falta de exposição da fundamentação objetiva da autuação, ocorreu o desrespeito da garantida do devido processo legal tanto na sua esfera formal como material.

Cita excerto de livro de Araújo Cintra (Motivo e Motivação do Ato Administrativo, ed. RT, 1979) onde este jurista preceitua que "*a suficiência da motivação abrange a sua precisão, que importa em levar em conta as peculiaridades e circunstâncias do caso concreto, não se contentando com afirmações genéricas e vagas, com meras repetições da linguagem da lei, com simples referências ao interesse público, à necessidade do*

serviço etc. " e que "sob o aspecto formal, a motivação deve ser clara e congruente, a fim de permitir uma efetiva comunicação com seus destinatários".

Sustenta que o auto de infração é nulo, já que a falta de exposição dos seus fundamentos fáticos dificultou o exercício da ampla defesa e do contraditório.

Assevera que a inobservância da forma prevista em lei, como aconteceu no auto de infração impugnado, acarreta na nulidade do ato administrativo.

Ressalta que lançamento defeituoso é aquele que se encontra em desacordo com algum ou alguns pressupostos formais e/ou materiais, indispensáveis à sua validade.

Frisa que a súmula 346 do STF preceitua que "a administração pública pode declarar a nulidade dos seus atos próprios"".

Aduz que o auto de infração impugnado não condiz com a realidade fática da sua situação fiscal, pois lança créditos indevidos.

Afirma que o auto de infração impugnado, além de apresentar divergências de valores em seu demonstrativo de débito, não observou com perfeição as bases de cálculo das "exações previdenciárias lançadas"".

Alega que apurou resultado diverso do apresentado pela autoridade fiscal no auto de infração impugnado.

Ressalta que a jurisprudência do STJ "orienta-se no sentido de que os valores recebidos como indenização por licença-prêmio não usufruída, por necessidade do serviço, ainda que por opção do empregado, não possuem natureza salarial, mas puramente indenizatória, o que afasta a incidência de contribuição previdenciária".

Frisa que o resarcimento das despesas realizadas a título de "auxílio-transporte (ajuda de custo para deslocamento)", pago a empregados que fazem uso de seus veículos particulares ou coletivos, quando descontado do empregado no percentual estabelecido em lei e de forma não contínua, não tem natureza salarial, não integrando, assim o salário de contribuição para fins de pagamento da previdência social.

Alega que os valores pagos a título de "auxílio creche", "auxílio babá" e "auxílio pré-escola" não integram o salário de contribuição, já que indenizam os trabalhadores pelo fato de terem sido privados do direito previsto no artigo 389, §1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Assevera que o "prêmio por produtividade básica" e a "gratificação semestral ou de balanço" não integram o salário de contribuição, já que se equivalem à participação nos lucros, assegurada aos trabalhadores pelo artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal, que é desvinculada da remuneração e não possui natureza salarial.

Frisa que "as verbas pagas ao empregado para auxiliar nas despesas de aluguel, ainda que tenham denominação de auxílio ou de ajuda de custo e mesmo que pagas com habitualidade, como no caso em concreto, têm nítida natureza indenizatória, posto que visam a ressarcir o empregado pelas despesas com moradia em localidade distante do seu domicílio"".

Cita ementa de julgado onde é asseverado que valores pagos por banco a seus empregados a título de ajuda de custo, em razão da utilização de veículo próprio para transporte e mediante a comprovação dos gastos para fins de serviço não deve sofrer a incidência de contribuições sociais previdenciárias.

Afirma que a ajuda de custo tem origem no Direito Administrativo, correspondendo a importância paga a título de indenização a servidor pelos cofres públicos visando cobrir as despesas de sua transferência para outra localidade.

Ressalta que o §1º do artigo 457 da CLT, ao discriminar as verbas que compõem o salário, não se refere às ajudas de custo.

Frisa que o §2º do artigo 457 da CLT é expresso ao mencionar que "não se incluem no salário as ajudas de custo, pois têm natureza de reembolso das despesas".

Alega que deve ser realizada perícia a fim de demonstrar que os valores pagos a título de ajuda de custo buscam restituir despesas inerentes a própria atuação dos empregados e jamais complementação de salário.

Frisa que "as diárias para viagens, desde que não excedam a 50% da remuneração mensal (§2º do art. 457 da CLT c/c art. 28, §9º, h, da Lei n.º 8.212), se constituem em ajuda de custo".

Alega que, segundo entendimento jurisprudencial pacífico, "é inexigível a contribuição destinada ao INCRA relativamente às empresas filiadas exclusivamente à previdência urbana, em período posterior à lei n.º 8.212/91".

Cita ementa de julgados do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal Regional Federal da 4^a Região onde foi decidido que as empresas urbanas não se sujeitam à contribuição para o INCRA.

Cita trecho de obra de Geraldo Ataliba onde este preceitua que "tributos vinculados são as taxas e contribuições e tributos não vinculados são os impostos".

Frisa que para instituir uma contribuição social, não basta que exista uma atuação estatal, mas sim que a atuação se refira ao contribuinte, ao sujeito passivo da exação.

Cita que Geraldo Ataliba define contribuição como "o tributo vinculado cuja hipótese de incidência consiste numa atuação estatal indireta e mediamente (mediante uma circunstância intermediária) referida ao obrigado".

Aduz que a exigência da contribuição ao INCRA de quem é filiado exclusivamente à previdência urbana colide frontalmente com o Código Tributário Nacional e com a Constituição Federal, já que "não guarda nenhuma referibilidade à uma atuação estatal em prol destes sujeitos passivos, seja direta ou indireta".

Frisa que os únicos beneficiários da contribuição ao INCRA são os contribuintes filiados à previdência rural.

Cita excertos de obra de Marco Aurélio Greco onde este preceitua que "paga-se a contribuição porque o contribuinte faz parte de algum grupo" e que "paga-se contribuição para que certas finalidades sejam obtidas e, com isto, satisfeitas as necessidades ou interesses do grupo econômico ou social a que pertence o devedor".

Cita trechos de obra de Marco Aurélio Greco onde este assevera que "o critério de validação das contribuições é atender finalidade qualificada constitucionalmente à qual vincula-se interesse de um grupo".

Alega que não existe nenhum nexo que vincule os contribuintes da previdência urbana à contribuição ao INCRA, e que eles não "provocam, exigem ou se relacionam de qualquer forma com a Previdência Rural ou com o INCRA".

Diz que a cobrança do SAT também é indevida, "vez que a empresa apenas comporta alíquota mínima".

Afirma que a cobrança de contribuições sociais do salário educação também é indevida, "vez que cabe à entidade promotora do espetáculo a responsabilidade de efetuar o desconto de cinco por cento da receita bruta decorrente dos espetáculos desportivos e o respectivo recolhimento ao Instituto Nacional do Seguro Social".

Frisa que o órgão julgador administrativo deve decidir as questões submetidas à sua apreciação "em consonância com os superiores princípios jurídicos, examinando se ocorreu efetiva subsunção dos fatos apurados no processo ao ordenamento jurídico (vigente, válido e eficaz)".

Ressalta que as decisões administrativas devem analisar a adequação do ato administrativo aos ditames constitucionais.

Afirma que o julgamento administrativo deve ser feito com base na "*interpretação das normas dentro de um sistemático contexto constitucional*".

Ressalta que a inscrição de débito em dívida ativa "sem o prévio reexame dos aspectos eminentemente constitucionais, que deveriam ter permeado a exigibilidade tributária, traduz a ausência de um efetivo controle de legalidade, tornando precária a ação executiva fiscal".

Aduz que "a obrigação tributária só nasce, subsiste, e tem condição de ser objeto de exigibilidade, na medida em que tenha obedecido, rigorosamente, todos os pressupostos constitucionais, especialmente os de índole tributária".

Alega que a forma de atualização de valores para cobrança dos débitos em atraso aplicada pela autoridade fiscal colide frontalmente com a forma consagrada pelos Tribunais Superiores, "vez que, sobre as parcelas de débitos de contribuições previdenciárias faz incidir atualização monetária, juros de mora e multa".

Diz que os acréscimos legais aplicados pela autoridade fiscal não podem prosperar, porquanto "o STJ já tem posição consolidada de que a Taxa Selic não pode ser aplicada cumulativamente, com outros índices de reajustamento".

Cita ementa de julgados do STJ onde restou decidido que a exigência de juros, tomando-se por base a taxa SELIC, afasta a cumulação de qualquer índice de correção monetária.

Alega que as multas aplicadas têm caráter confiscatório.

Afirma que a multa de ofício de 75% é inexigível em relação as competências anteriores a vigência da Lei n.º 11.941/2009, visto que a lei somente retroage quando mais benéfica ao contribuinte.

Por fim, requer a realização de perícia por auditor estranho ao feito e, sucessivamente, a declaração da nulidade dos autos de infração e a declaração da improcedência dos mesmos. Ademais, requer que a futura intimação da decisão a ser proferida no julgamento das impugnações seja enviada ao endereço profissional do seu patrono.

É o relatório.

Em apreciação, o Acórdão 07-34.519 da 5^a Turma da DRJ/FNS julgou procedente em parte a impugnação, mantendo o crédito tributário.

A ciência do Acórdão citado deu-se em 30/01/2015 (e-fl. 118). O Recurso Voluntário foi apresentado em 03/03/2015 (e-fls. 120). O Recurso traz os mesmos argumentos das impugnações/manifestação de inconformidade.

Voto

Conselheiro Lizandro Rodrigues de Sousa, Relator.

O Recurso é tempestivo. Cumpridas as demais condições de procedibilidade, dele conheço.

Não há reparos à Decisão de Primeira Instância. Por aderir plenamente aos fundamentos que a embasam reproduzo o voto vencedor da decisão recorrida como fundamento de decidir (art. 57, § 3º do Ricarf):

I. Preliminares

As alegações no sentido de que o auto de infração de DEBCAD nº 37.298.051-1 foi lavrado sem a exposição clara das fundamentações fáticas e jurídicas que embasaram o lançamento não podem prosperar, visto que foram perfeitamente identificados nesta autuação e nos relatórios fiscais de fls. 06 a 09 e 10 a 17, a infração cometida, o dispositivo legal infringido e os fundamentos legais da multa lançada, o que possibilita a completa compreensão do crédito lançado.

Da análise conjunta da autuação com os relatórios fiscais de fls. 06 a 09 e 10 a 17, observa-se que os mesmos demonstram, de forma clara, que o lançamento em pauta (DEBCAD nº 37.298.051-1) ocorreu devido a apuração de que a sociedade empresária Concretiza Equipamentos e Serviços Ltda cometeu a infração que era prevista no artigo 32, inciso IV e §5º, da Lei nº 8.212/1991, ao apresentar Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP, relativas às competências 09/2006, 11/2006, 05/2007 e 09/2008, sem os valores pagos por serviços prestados a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, que serviram de base de cálculo para o lançamento de contribuições sociais previdenciárias no auto de infração de DEBCAD nº 37.298.045-7.

Ademais, verifica-se que os mesmos demonstram de forma hialina que a multa aplicada, no valor de R\$ 38.089,25 (trinta e oito mil e oitenta e nove reais e vinte e cinco centavos), tem fundamento no que era previsto no artigo 32, §5º, da Lei nº 8.212/1991, c/c os artigos 284, inciso II, e 373 do Regulamento da Previdência Social, e a Portaria Interministerial MPS/MF nº 568, de 31 de dezembro de 2010.

No que tange a alegação de que a Autuada não teve acesso aos documentos em que se baseou a autoridade fiscal para lavrar a presente autuação e os demais lançamentos que foram efetuados concomitantemente com ela, observa-se, da análise do processo nº 10580.720420/2011-47, a qual o presente processo foi juntado por apensação (fl. 22), que a mesma não condiz com a realidade, visto que tais documentos foram colacionados às fls. 249 a 2539 daquele processo (nº 10580.720420/2011-47).

Cabe ressaltar, ainda, que a lavratura de vários autos de infração de forma conjunta, ao contrário do que entende Autuada, não afeta por si só o seu direito de defesa, já que não existe nenhuma vedação legal a tal prática e que os autos de infração, juntamente com seus anexos, permitem a perfeita compreensão das contribuições, multas e acréscimos legais, que foram lançadas em cada uma das autuações.

Diante do exposto, portanto, fica claro que não há que se falar na existência de qualquer vício que macule o auto de infração de DEBCAD nº 37.298.051-1, no que tange a exposição de seus fundamentos fáticos e legais, a observância da forma prevista em lei e ao conhecimento e acesso da Autuada aos documentos que embasaram o lançamento.

Consequentemente, também não há que se falar na ocorrência de qualquer prejuízo ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nota-se, portanto, que são totalmente improcedentes as arguições de nulidade apresentadas pela Autuada.

2. Ato Declaratório Executivo da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/BA n.º 009, de 28 de julho de 2010

Tendo em vista que o requerimento de cancelamento do Ato Declaratório Executivo da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Salvador/BA n.º 009, de 28 de julho de 2010, assim como as alegações que o embasam, deveriam ter sido apresentados, sob a forma de manifestação de inconformidade, nos autos do processo que trata da exclusão da Autuada do Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES (processo n.º 10580.727086/2010-71), a análise de tais alegações e requerimento foi efetuada, por força do princípio da fungibilidade, no julgamento do referido processo (10580.727086/2010-71).

Cabe ressaltar, porém, que tal julgamento, conforme se infere da leitura do Acórdão n.º 07-34.514, proferido pela 5^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC, que consta às fls. 94 a 100 do processo 10580.727086/201071 (que também está apensado ao processo 10580.720420/2011-47), teve como resultado a manutenção do referido ato de exclusão.

Destarte, por força da decisão registrada no Acórdão n.º 07-34.514 da 5a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC, a exclusão da Autuada do Simples Federal deve ser considerada válida e legítima para fins de manutenção do presente auto de infração.

3. Valores pagos por serviços prestados a segurados empregados e segurados contribuintes individuais não declarados em GFIP

A Autuada contesta a apuração de falta de declaração nas GFIP das competências 09/2006, 11/2006, 05/2007 e 09/2008, de valores pagos por serviços prestados a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, aduzindo, genericamente, que tais valores se referem a verbas não sujeitas a incidência de contribuições sociais previdenciárias.

Visando dar amparo a sua alegação genérica cita uma série de verbas (indenização por licença-prêmio não usufruída, por necessidade de serviço; auxílio-transporte pago a empregado que faz uso do transporte coletivo, quando recebido de forma não contínua e quando descontado do empregado o percentual estabelecido em lei; auxílio creche; auxílio babá; auxílio pré-escola; gratificação semestral ou de balanço; verbas pagas ao empregado para auxiliar nas despesas de aluguel, ainda que tenham denominação de auxílio ou de ajuda de custo e mesmo que pagas com habitualidade; ajuda de custo paga a empregado, em razão da utilização de veículo próprio para fins de serviço; ajuda de custo para cobrir despesas de transferência de empregado para outra localidade; diária para viagens, desde que não excedam a 50% da remuneração mensal) que entende não estarem sujeitas a incidência de contribuições sociais previdenciárias.

Sucede que a apuração dos valores, não incluídos nas GFIP das competências de 09/2006, 11/2006, 05/2007 e 09/2008, pagos por serviços prestados a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, foi efetuada com base em documentos fornecidos pela própria Autuada, como recibos, notas fiscais e registros contábeis, cujas cópias foram colacionadas aos autos do processo 10580.720420/2011-47 pela autoridade fiscal.

Observa-se, portanto, que não há como se aceitar a alegação genérica da Autuada, já que esta, em nenhum momento, demonstrou de maneira específica, com a exposição de cálculo e com a indicação de provas, que os valores apurados pela autoridade fiscal, com base na documentação que apresentou (recibos, notas fiscais, registros contábeis, etc), a título de remunerações pagas, devidas ou creditadas, a segurados empregados e segurados contribuintes individuais, se referem a verbas não sujeitas a incidência de contribuições sociais previdenciárias.

Destarte, tendo em vista que a Autuada se limitou a fazer alegações genéricas, sem a exposição dos supostos erros cometidos pela autoridade fiscal e sem a indicação dos elementos de prova que os comprovariam, entendo que restou perfeitamente caracterizada a infração que era prevista no artigo 32, inciso IV e §5º, da Lei n.º 8.212/1991.

4. Valores pagos a empregados a título de "*prêmios relativos à produtividade do trabalho*"

A Autuada alega que os valores pagos a empregados a título de "*prêmios relativos à produtividade do trabalho*" não precisavam ser declarados em GFIP, já que tal verba, no seu entendimento, não sofre a incidência de contribuições sociais previdenciárias por ser equivalente à participação nos lucros, que é verba sem natureza salarial assegurada aos trabalhadores pelo artigo 7º, inciso XI, da Constituição Federal.

Em que pese tal alegação, entendo que não assiste razão à Autuada, porquanto, regra geral, todos os ganhos destinados a retribuir o trabalho do empregado são incorporados ao salário para efeito de exigência das contribuições sociais previdenciárias e das contribuições para terceiros (artigo 28, inciso I, da Lei n.º 8.212/1991), e que o pagamento de "*prêmios relativos à produtividade do trabalho*" não se encontra previsto no rol taxativo do §9º do artigo 28 da Lei n.º 8.212/1991 que relaciona as verbas pagas a empregados que não fazem parte do salário de contribuição.

5. Alegações sem ligação com o presente auto de infração (DEBCAD n.º 37.298.051-1)

Devido a falta de ligação com o presente auto de infração (DEBCAD n.º 37.298.051-1) é incabível a análise, no presente julgamento, das alegações sobre: a exigência de contribuição para o INCRA; a exigência de contribuições referentes ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT/RAT); a contribuição social do salário educação; e multa de ofício de 75%.

6. Suposta incidência cumulada sobre a multa lançada de índice de correção monetária e juros calculado com base na taxa SELIC

A alegação de que o auto de infração conteria exigência cumulada, sobre a multa lançada, de índice de correção monetária e de juros calculado com base na taxa SELIC não condiz com a realidade, porquanto, conforme demonstrado no auto de infração (fl. 02), não está sendo exigido nenhum acréscimo legal com base em índice de correção monetária.

Destarte, resta evidente que as alegações no sentido de que a Fazenda Pública estaria tentando se locupletar ilicitamente da Autuada, cobrando sobre um mesmo débito juros calculado com base na taxa SELIC e acréscimo legal calculado com base em índice de correção monetária, se mostram totalmente improcedentes.

7. Arguição de constitucionalidade da multa aplicada

A multa lançada no presente auto de infração (DEBCAD n.º 37.298.051-1) está sendo exigida com base em dispositivos legais regularmente editados (antiga previsão contida no artigo 32, §5º, da Lei n.º 8.212/1991, c/c os artigos 284, inciso II, e 373 do

Regulamento da Previdência Social, e a Portaria Interministerial MPS/MF n.º 568, de 31 de dezembro de 2010).

As alegações no sentido de que a exigência desta multa seria inconstitucional, portanto, não podem ser apreciadas no presente julgamento, visto que é vedado à autoridade julgadora, em sede de processo administrativo fiscal, afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de lei, decreto ou ato normativo regularmente editado. Tal impedimento se deve ao caráter vinculado da atuação das instâncias administrativas.

Assim, quaisquer discussões acerca da inconstitucionalidade de atos legais exorbitam da competência das autoridades administrativas, às quais cabe, apenas, cumprir as determinações da legislação em vigor.

Nesse sentido, preceitua o *caput* do artigo 26-A do Decreto n.º

70.235/1972:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (inserido pela MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009)

Esse também é o entendimento reiterado da jurisprudência administrativa:

PREVIDENCIÁRIO - OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS -DESCUMPRIMENTO -MULTA - ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE - ARGUIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE.

(...)

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio.

Recurso Voluntário Negado.

(2º Conselho de Contribuintes, Acórdão n.º 206-00.293, 6ª Câmara, Relatora Ana Maria Bandeira, publicado no DOU em 28.02.2008)

CUSTEIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ARTIGO 33, § 2.º DA LEI N.º 8.212/91 C/C ARTIGO 283, II, "j" DO RPS, APROVADO PELO DECRETO N.º 3.048/99. APlicável O PRAZO DECADENCIAL DE DEZ (10) ANOS PARA CONSTITUIÇÃO DOS CRÉDITOS PREVIDENCIÁRIOS - IMPOSSIBILIDADE DE VERIFICAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NA ESFERA ADMINISTRATIVA.

(...)

A verificação de inconstitucionalidade de ato normativo é inerente ao Poder Judiciário, não podendo ser apreciada pelo órgão do Poder Executivo.

Recurso Voluntário Negado.

(2º Conselho de Contribuintes, Acórdão n.º 206-00.220, 6a Câmara, Relatora Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, publicado no DOU em 28.02.2008)

PIS. SEMESTRALIDADE. A base de cálculo do PIS corresponde ao faturamento do sexto mês anterior ao da ocorrência do fato gerador apenas até a edição da MP 1.212/95. SELIC. JUROS DE MORA. CONSTITUCIONALIDADE. Não cabe ao

julgador administrativo apreciar a constitucionalidade de leis e atos administrativos, por se tratar de matéria de competência exclusiva do Poder Judiciário. Recurso negado.

(2º Conselho de Contribuintes, Acórdão n.º 204-01616, 4^a Câmara, Relator Rodrigo Bernardes de Carvalho, publicado no DOU de 17/08/2007)

INCONSTITUCIONALIDADE. ARGUIÇÃO. - A autoridade administrativa é incompetente para apreciar arguição de constitucionalidade de lei. Súmula 1º C.C. n.º2.

(...)

(1º Conselho de Contribuintes, Acórdão n.º 101-95897, 1^a Câmara, Relatora Sandra Maria Faroni, data da decisão - 06/12/2006)

PIS. JULGAMENTO ADMINISTRATIVO. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. LIMITES DA INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO. SÚMULA N.º 2 DO 2º CC. A autoridade administrativa não é competente para decidir sobre a constitucionalidade e a legalidade dos atos baixados pelos Poderes Legislativo e Executivo.

(...)

(2º Conselho de Contribuintes, 1a Câmara, Acórdão n.º 201-80.761, publicado no DOU de 05/03/2008)

8. Parcela da multa referente à competência 05/2007

Conforme foi visto no julgamento das impugnações apresentadas contra os autos de infração de DEBCAD n.º 37.298.045-7, n.º 37.298.046-5 e n.º 37.298.047-3, que resultou no Acórdão n.º 07-34.515 da 5^a Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Florianópolis/SC, que consta às fls. 3.224 a 3.250 do processo 10580.720420/2011-47 (a qual o presente processo foi juntado por apensação - fl. 22), a comparação de multas, registrada no quadro comparativo que consta às fls. 225/226 do processo 10580.720420/2011-47, foi efetuada de forma incorreta na competência 05/2007, já que o auto de infração por descumprimento de obrigação acessória (AIOA) de código 78 (artigo 32-A, "caput", inciso I e parágrafos 2º e 3º, da Lei n.º 8.212/1991 - DEBCAD 37.298.052-0) só poderia ter sido considerado aplicável caso tivesse se configurado o descumprimento isolado da obrigação acessória de declarar todos os fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias em GFIP ou, ainda, se tivessem sido apuradas incorreções e/ou omissões em GFIP que não alterassem o valor devido a título de contribuições sociais previdenciárias.

Como não restou configurada nenhuma dessas duas hipóteses, verifica-se, com base no referido quadro comparativo (fls. 225/226), que a multa que deveria ter sido aplicada, na competência 05/2007, nos autos de infração de DEBCAD n.º 37.298.045-7 e n.º 37.298.046-5, é a multa de ofício prevista no artigo 35-A da Lei n.º 8.212/1991, já que esta, com a exclusão da multa referente ao AIOA de código 78, se mostra mais favorável à Autuada do que a soma das penalidades que eram previstas na legislação vigente antes da edição da Medida Provisória n.º 449/2008 (multa de mora que era prevista no artigo 35, inciso II, da Lei n.º 8.212/1991 + multa que era prevista no artigo 32, §5º, da Lei n.º 8.212/91).

Cabe ressaltar, porém, que no presente momento a multa de mora aplicada sobre as contribuições sociais previdenciárias referentes à competência 05/2007 lançadas nos autos de infração de DEBCAD n.º 37.298.045-7 e n.º 37.298.046-5, assim como a parcela da multa lançada no presente auto de infração (DEBCAD n.º 37.298.051-1) referente à competência 05/2007 não merecem nenhum reparo, já que, na fase atual do

presente processo, a soma delas não ultrapassa o valor da multa de ofício de 112,5% que deveria ter sido exigida (R\$ 16.477,04) devido ao agravamento de multa de ofício por não atendimento à intimação da autoridade fiscal que foi aplicado por esta.

Cabe ressaltar que o agravamento de multa de ofício, por não atendimento à intimação da autoridade fiscal, pode ser aplicado, inclusive, a períodos anteriores à MP n.º 449/2008, convertida na Lei n.º 11.941/2009, se na competência resultar a multa de ofício de 75% como aplicação de penalidade mais benéfica, nos termos do art. 106, II, letra "c" do CTN

Nesse sentido, cabe transcrever os parágrafos 44 e 45 do Parecer PGFN/CAT n.º 433/2009:

44. Em nova questão, a RFB quer saber qual a melhor interpretação para as penalidades aplicáveis ao não atendimento à intimação, prevista no art. 32, inciso III, da Lei n.º 8.212, de 1991. O problema surge para os lançamentos que incluem fatos geradores anteriores e posteriores à MP.

45. Entendemos que para a definição da penalidade aplicável não interessa o fato gerador do tributo, mas sim, o momento da conduta ilícita do contribuinte. Como se trata de omissão, o momento da conduta negativa ilícita que importa para a incidência da nova multa é o exaurimento do prazo fixado na intimação. É este o marco temporal para se determinar qual a legislação que definirá a multa aplicável em face da falta do descumprimento da obrigação de apresentar documentos e prestar esclarecimentos à fiscalização.

9. Intimações

O pedido para que as intimações referentes ao presente processo sejam feitas na pessoa do advogado da Autuada não pode ser deferido, porquanto a Secretaria da Receita Federal do Brasil tem o direito de, em sede de processo administrativo fiscal, efetuar intimações de qualquer uma das formas previstas nos incisos I, II e III, do *caput* do artigo 23, do Decreto n.º 70.235/1972:

DECRETO N.º 70.235/1972 Art. 23. Far-se-á a intimação:

I - pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

III - por meio eletrônico, com prova de recebimento, mediante: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) envio ao domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

b) registro em meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo. (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§ 1º Quando resultar improíbido um dos meios previstos no caput deste artigo, a intimação poderá ser feita por edital publicado: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

I - no endereço da administração tributária na internet; (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

II - em dependência, franqueada ao público, do órgão encarregado da intimação; ou (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

III - uma única vez, em órgão da imprensa oficial local. (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

I - na data da ciência do intimado ou da declaração de quem fizer a intimação, se pessoal;

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação; (Redação dada pela Lei n.º 9.532, de 1997)

III - se por meio eletrônico, 15 (quinze) dias contados da data registrada: (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

a) no comprovante de entrega no domicílio tributário do sujeito passivo; ou (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

b) no meio magnético ou equivalente utilizado pelo sujeito passivo; (Incluída pela Lei n.º 11.196, de 2005)

IV - 15 (quinze) dias após a publicação do edital, se este for o meio utilizado. (Incluído pela Lei n.º 11.196, de 2005)

§ 3º Os meios de intimação previstos nos incisos do caput deste artigo não estão sujeitos a ordem de preferência. (Redação dada pela Lei n.º 11.196, de 2005)

(...)

Este pedido formulado pela sociedade empresária Concretiza Equipamentos e Serviços Ltda, portanto, não vincula a Secretaria da Receita Federal do Brasil e, consequentemente, não tem força para tornar nula futura intimação efetuada nos termos do Decreto n.º 70.235/1972.

10. Pedido de realização de perícia

A Impugnante requer a realização de perícia a fim de demonstrar que os valores pagos a título de ajuda de custo buscam restituir despesas inerentes a própria atuação dos empregados e jamais complementação de salário.

Ocorre que a Impugnante sequer apresentou provas de que as bases de cálculo utilizadas pela autoridade fiscal no lançamento de contribuições sociais previdenciárias no auto de infração de DEBCAD n.º 37.298.045-7 foram apuradas com a inclusão de valores pagos a título de ajuda de custo.

Sendo assim, tendo em vista o disposto no artigo 18 do Decreto n.º 70.235/1972, deve ser indeferido o pedido de perícia.

11. Conclusão

Por todo o exposto, manifesto-me pela procedência em parte da impugnação e pela manutenção do crédito tributário exigido no auto de infração de DEBCAD n.º 37.298.051-1.

É como voto.

Pelo exposto, voto por negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Lizandro Rodrigues de Sousa