



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

Processo n° 10580.724508/2009-13
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2401-002.966 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de abril de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO FLAT'S JARDIM DE ALÁ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS. OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO PELA EMPRESA.

Por força de presunção legal, é da empresa a responsabilidade pela arrecadação da contribuição dos segurados empregados a seu serviço.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

MATÉRIA NÃO SUSCITADA EM SEDE DE DEFESA/IMPUGNAÇÃO. PRECLUSÃO PROCESSUAL.

Não devem ser conhecidas as razões/alegações constantes do recurso voluntário que não tenham sido suscitadas na impugnação, tendo em vista a ocorrência da preclusão processual.

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO NA SEARA ADMINISTRATIVA.

À autoridade administrativa, via de regra, é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo vigente.

REQUERIMENTO DE PERÍCIA. PRESCINDIBILIDADE PARA SOLUÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o requerimento de perícia técnica quando esta não se mostrar útil para a solução da lide.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) conhecer parcialmente do recurso; II) indeferir o pedido de perícia; e III) na parte conhecida, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de recurso interposto pelo sujeito passivo contra o Acórdão n.º 15-28.599 de lavra da 7.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento – DRJ em Salvador (BA), que julgou improcedente a impugnação apresentada para desconstituir o Auto de Infração – AI n.º 37.056.390-5.

O crédito em questão refere-se às contribuições dos segurados empregados arrecadadas pela empresa e não repassadas à Seguridade Social, as quais também deixaram de ser declaradas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social – GFIP.

Segundo o relato do fisco, fls. 67/77, os fatos geradores foram obtidos mediante análise das folhas de pagamento para as competências 01 a 05 e 11 a 13 (13.º salário) de 2005.

Afirma-se ainda que a multa foi aplicada levando-se em consideração as alterações promovidas pela MP n.º 449/2008, posteriormente convertida na Lei n.º 12.941/2009, adotando-se, quando mais favorável ao sujeito passivo, a nova legislação, mesmo para fatos geradores ocorridos antes do início de sua vigência.

Cientificado do lançamento em 19/08/2009, o sujeito passivo apresentou defesa, cujas alegações não foram acatadas pela DRJ (ver fls. 304/312). Esta afastou o argumento de que a responsabilidade da empresa em relação às contribuições lançadas seria subsidiária e de que seria necessária lei complementar definindo a empresa como contribuinte em relação à contribuição dos segurados.

O órgão recorrido também demonstrou que inexistiu a alegada duplicidade de cobrança dos valores exigidos. O pedido de perícia formulado na impugnação não foi acatado, sob a justificativa de que não seria útil ao deslinde da contenda.

Também foi afastada a tese da inconstitucionalidade da taxa SELIC e negado o requerimento para aplicação dos juros moratórios previstos no CTN.

Homologou-se ainda a aplicação da multa com esteio na legislação mais benéfica ao sujeito passivo.

Inconformada com a decisão, a autuada interpôs recurso voluntário, fls. 316/328, no qual, em apertada síntese, alegou que:

a) as parcelas pagas a título de terço constitucional de férias e horas extraordinárias possuem caráter indenizatório, não podendo ser incluídas na base de cálculo das contribuições sociais. Apresenta jurisprudência que abonaria a sua tese;

b) dada a natureza subsidiária da obrigação, a contribuição dos empregados somente pode ser exigida da empresa, após o fisco verificar a regularidade do contribuinte direto, no caso o empregado;

c) a responsabilidade do art. 31 da Lei n.º 8.212/1991 é subsidiária, sob pena de haver cobrança em duplicidade, conforme têm entendido os tribunais pátrios;

d) é cabível a realização de perícia para verificação do débito junto aos empregados, bem como a exigência das contribuições devidas;

e) a obrigação da empresa de recolher a contribuição dos empregados, cria um novo contribuinte e somente poderia ter sido criada por lei complementar;

f) apresenta decisões judiciais tratando de responsabilidade solidária pelo pagamento das contribuições previdenciárias, as quais reforçariam o seu entendimento.

Ao final, requestou pela improcedência da autuação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Terço de férias e horas extras – preclusão

A alegação recursal relativa à exclusão da base de cálculo dos pagamentos efetuados a título de terço constitucional de férias e horas extraordinárias não merece conhecimento, conforme veremos.

Inicialmente há de se ter em conta que na impugnação a empresa não contesta a inclusão dessas rubricas no salário-de-contribuição, atacando apenas outros aspectos do lançamento, alguns até impertinentes, haja vista não guardarem relação sequer o com o tributo lançado, quando se reporta à retenção sobre prestação de serviços mediante cessão de mão de obra (art. 31 da Lei n.º 8.212/1991).

Pudemos observar que a decisão recorrida enfrentou todos os pontos trazidos na impugnação.

No recurso, empresa inova no referido argumento, atacando a incidência de contribuições sobre parcelas que sequer foram mencionadas no relato do fisco.

Nos termos da legislação processual tributária, esse argumento recursal encontra-se fulminado pela preclusão, uma vez que não foi suscitado por ocasião da apresentação da defesa, conforme preceitua o artigo 17 do Decreto n. 70.235/72, senão vejamos:

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Nessa toada, não merece conhecimento a matéria suscitada em sede de recurso voluntário, que não tenha sido objeto de contestação na impugnação, como é o caso da não incidência de contribuições sobre o terço constitucional de férias e as horas extraordinárias.

Responsabilidade pela contribuição dos segurados

Nos termos do art. 30, I, da Lei n.º 8.212/1991 é da empresa a responsabilidade pela arrecadação e recolhimento da contribuição dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço. Eis o dispositivo:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (Redação dada pela Lei n.º 8.620, de 5.1.93)

I - a empresa é obrigada a:

a) arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração;

(...)

Esta técnica de arrecadação consiste na substituição tributária, prevista no Código Tributário Nacional que prevê, em seu art. 128, a possibilidade da lei atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da obrigação, afastando totalmente a responsabilidade do contribuinte ou a atribuindo a este em caráter supletivo.

No caso das contribuições dos segurados empregados, objeto da lide, a Lei n.º 8.212/1991 excluiu da responsabilidade o contribuinte, atribuindo-a integralmente ao empregador.

E ainda mais, nesse caso, a lei previdenciária estabeleceu uma presunção absoluta de que houve o desconto, de modo que, mesmo que não o faça, a empresa será sempre responsável pelo recolhimento. É essa a inteligência do § 5.º do art. 33 da mesma Lei, assim redigido:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009).

(...)

§ 5º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

(...)

Portanto, ainda que a empresa não tivesse efetuado o desconto, a ela caberia o recolhimento, em razão da presunção legalmente estabelecida. Mas não é esse o caso que nos é posto. Na verdade, na situação apresentada, a empresa efetuou os descontos, conforme comprovam as folhas de pagamento exibidas durante a ação fiscal.

Diante desse fato, não há como sequer se argumentar que a responsabilidade da empresa seria subsidiária, haja vista que a autuada se apropriou de valores pertencentes à Seguridade Social, o que é inclusive tipificado como ilícito penal.

Nesse sentido, é, no mínimo, descabido a alegação de que o fisco teria que primeiro averiguar a situação dos contribuintes diretos, posto que as contribuições exigidas foram arrecadadas destes pela autuada, não sendo razoável também o deferimento de perícia para comprovar essa situação, posto que as próprias folhas de pagamento apresentadas atestam a procedência da autuação.

Também não merece sucesso a tese de que poderia estar havendo duplicidade na cobrança, uma vez que o recolhimento em questão é feito unicamente pela empresa.

Necessidade lei complementar prevendo a substituição tributária – inconstitucionalidade formal da Lei n.º 8.212/1991

Para enfrentar a tese de inconstitucionalidade formal da Lei n.º 8.212/1991, na parte que prevê a arrecadação da contribuição dos segurados empregados e trabalhadores avulsos pela empresa, é necessário uma análise da constitucionalidade de dispositivos legais aplicados pelo fisco, daí, é curial que, a priori, façamos uma abordagem acerca da possibilidade de afastamento por órgão de julgamento administrativo de ato normativo por inconstitucionalidade.

Sobre esse tema, note-se que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

O Decreto n.º 70.235/1972, que rege o processo administrativo fiscal no âmbito da União, prescreve:

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. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

Nessa linha de entendimento, a própria Portaria MF nº 256, de 22/06/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando, regra geral, o afastamento de tratado, acordo internacional, lei ou decreto, a pretexto de inconstitucionalidade, nos seguintes termos:

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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

Observe-se que, somente nas hipóteses ressalvadas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência.

No âmbito do julgamento administrativo, a matéria acabou por ser sumulada, como se vê do seguinte enunciado de súmula:

Súmula CARF Nº 2

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Essa súmula é de observância obrigatória, nos termos do “caput” do art. 72 do Regimento Interno do CARF¹. Como se vê, este Colegiado falece de competência para se pronunciar sobre as alegações de inconstitucionalidade de lei e decreto trazidas pela recorrente.

Diante do exposto, deixamos de apreciar a tese de que a substituição tributária concernente à contribuição dos segurados empregados deveria ter sido veiculada por lei complementar.

Conclusão

Voto por não conhecer da alegação de não incidência de contribuições sobre o terço de férias e as horas extraordinárias, em razão da preclusão, por indeferir o pedido de perícia e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Kleber Ferreira de Araújo

¹ Art. 72. As decisões reiteradas e uniformes do CARF serão consubstanciadas em súmula de observância obrigatória pelos membros do CARF.
(...)