



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

Processo n° 10980.720005/2010-08
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-002.705 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2013
Matéria Contribuição Previdenciária Sobre a Folha de Salários. Estagiário.
Recorrente CAPITAL ADMINISTRADORA DE CREDITO E COBRANÇA S/S LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/08/2007

**CARACTERIZAÇÃO DE VINCULO EMPREGATÍCIO
 DEMONSTRANDO A REALIDADE DE FATO DO VINCULO
 EXISTENTE.**

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

LOCAL DA LAVRATURA DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Nos termos da Súmula 6 do CARF, é legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

**PRESCRIÇÃO BIENAL. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO
 EMPREGATÍCIO.**

O prazo prescricional de 2 anos para reconhecimento de vínculo empregatício se aplica exclusivamente na justiça trabalhista, em relação à pretensão do suposto empregado.

VALE TRANSPORTE. NATUREZA INDENIZATÓRIA

Segundo entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o pagamento ou desconto de valores referentes ao benefício do Vale-Transporte não é integrante da remuneração do segurado, pois nítida a sua natureza não salarial, razão pela qual não pode integrar o salário de contribuição.

**JUROS DE MORA. TAXA SELIC. APLICAÇÃO À COBRANÇA DE
 TRIBUTOS.**

Súmula do Segundo Conselho de Contribuintes diz que 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.

INÍCIO DA FLUÊNCIA DOS JUROS DE MORA.

Nos termos no art. 161 do CTN, os juros de mora passam a incidir a partir do **vencimento do tributo não pago**.

ANÁLISE DO CARÁTER CONFISCATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROIBIÇÃO EXPRESSA AO CARF

O reconhecimento da existência de confisco é o mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade da sua incidência, o que é vedado a este Conselho.

Inocorrência das hipóteses normativas que possibilitam ao CARF reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivos legais.

RELATÓRIO DE CORRESPONSÁVEIS E VÍNCULOS. SUBSÍDIO PARA FUTURA AÇÃO EXECUTÓRIA. PREJUÍZO AOS SÓCIOS.

Os relatórios de Corresponsáveis e de Vínculos são partes integrantes dos processos de lançamento e autuação e servem de base para, a despeito do disposto no art. 135 do CTN, atribuir a sujeição passiva em futura ação executiva aos ali nominados. Esses relatórios são suficientes para se atribuir responsabilidade pessoal, conforme farta jurisprudência do STJ.

A Súmula 88 do CARF dispõe que a Relação de Co-Responsáveis - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais - RepLeg” e a “Relação de Vínculos - VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

É flagrante o prejuízo aos sócios gerentes com a sua inclusão na relação de corresponsáveis, independentemente da prática de qualquer ato previsto no art.135 do CTN.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado, para excluir do lançamento os valores relativos ao vale-transporte em obediência à Súmula n.º 60, da Advocacia Geral da União - AGU, de 08/12/2011 e pela aplicabilidade da Súmula n.º 88 do CARF. A relação de Co-Responsáveis, o Relatório de Representantes Legais e a Relação de Vínculos não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas, tendo finalidade meramente informativa, sem permitir discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal.

Liege Lacroix Thomasi - Presidente

Leonardo Henrique Pires Lopes – Relator

Presentes à sessão de julgamento os Conselheiros LIEGE LACROIX THOMASI (Presidente), LEO MEIRELLES DO AMARAL, ANDRE LUIS MARSICO LOMBARDI, FABIO PALLARETTI CALCINI, ARLINDO DA COSTA E SILVA e LEONARDO HENRIQUE PIRES LOPES.

Relatório

Trata-se do Auto de Infração por Descumprimento de Obrigação Principal nº **37.213.990-6**, lavrado em 08/01/2010, em face de Capital Administradora de Crédito e Cobrança S/S, no valor R\$ 163.804,58 (cento e sessenta e três mil oitocentos e quatro reais e cinquenta e oito centavos), referente às contribuições sociais previdenciárias destinadas a terceiros (Salário-educação, INCRA, SESC, SENAC E SEBRAE), incidentes sobre valores pagos a pessoas físicas tidas como estagiários, mas que deveriam ter sido enquadrados como segurados empregados, no período de 01/2005 a 08/2007.

Segundo o Relatório Fiscal, houve uma constatação de desvirtuamento do compromisso de estágio e a caracterização, como segurados empregados, de pessoas tidas como estagiários. Ainda, registra que a penalidade aplicada foi a mais benéfica ao contribuinte.

Ciente da autuação, o contribuinte e o sócio da empresa tido como responsável solidário apresentaram impugnações, tendo a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Belo Horizonte (MG), entendido pela parcial procedência, apenas para excluir da base de cálculo dos lançamentos as rubricas VR – VALE REFEIÇÃO SEM PAT (período do débito 01/2005 a 07/2007) e VM – VALE REFEIÇÃO MULTA ANTERIOR (período do débito 08/2007 a 08/2007), conforme ementa abaixo colacionada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/08/2007

AUDITOR FISCAL DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL.

RECONHECIMENTO DO SEGURADO EMPREGADO.

O reconhecimento da figura de “segurado empregado”, para fins de fiscalização, arrecadação e lançamento de contribuições previdenciárias, se insere nas atribuições legais do Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil e independente do exame pela Justiça Trabalhista.

AUTO DE INFRAÇÃO. LOCAL DA LAVRATURA.

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

COMPROVAÇÃO DE FATOS GERADORES DE CONTRIBUIÇÕES SOBRE REMUNERAÇÃO A SEGURADO EMPREGADO.

Os fatos geradores de contribuições incidentes sobre remunerações a segurados empregados, via de regra, são conhecidos pela Autoridade Fiscal depois de ocorridos, através de elementos de prova que indiretamente com eles se relacionam, como por exemplo, através de folhas de pagamentos, recibos, rescisões, termos, contratos, anotações, escrita contábil.

ESTÁGIO. DESCARACTERIZAÇÃO.

O estágio somente será válido se atender aos requisitos formais e materiais que asseguram o cumprimento de seus objetivos de natureza educacional complementar, sob pena de se desqualificar a relação estabelecida para simples contrato de emprego.

VALE - TRANSPORTE. DESCUMPRIMENTO DE REQUISITOS LEGAIS.

Os pagamentos efetuados a título de vale-transporte, em desconformidade com a legislação de regência, integram o salário- de- contribuição.

AFERIÇÃO INDIRETA.

O emprego do procedimento de aferição indireta para reconhecer a existência de fato gerador da contribuição previdenciária é admitido sempre que ocorra recusa, sonegação, ou apresentação deficiente de qualquer documento ou informação indispensável a Auditoria Fiscal, podendo o contribuinte apresentar elemento seguro de prova em contrário.

AUXÍLIO-ALIMENTAÇÃO IN NATURA. RETIFICAÇÃO DO LANÇAMENTO COM FUNDAMENTO EM JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

É revisto de ofício o crédito tributário relativo a auxílio alimentação, lançado sob o fundamento de falta de inscrição no PAT, em razão de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, expedido em virtude de jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça.

SISTEMÁTICA DE JUROS

A sistemática de juros empregada em débitos previdenciários oriundos de ação trabalhista não se aplica ao recolhimento da contribuição previdenciária incidente sobre fatos geradores ocorridos com o pagamento de remuneração a empregados, cuja realidade fática comprovou a terem sido contratados sob a falsa denominação de “estagiários”.

ILEGALIDADE/INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA SELIC E DA MULTA

A taxa SELIC e a multa foram lançadas nos estritos limites do previsto em lei para o caso concreto, não sendo competência funcional do órgão julgador administrativo apreciar alegações de ilegalidade ou inconstitucionalidade da legislação vigente.

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. EXCLUSÃO DE PESSOAS. FALTA DE COMPETÊNCIA.

Não compete às Delegacias da Receita Federal de Julgamento examinar a solidariedade passiva pelos tributos exigidos do contribuinte

*Impugnação Procedente em Parte**Crédito Tributário Mantido em Parte*

Irresignado o contribuinte interpôs Recurso Voluntário tempestivo, cujas razões podem ser resumidas às seguintes:

- a) A Auditora Fiscal da Receita Federal do Brasil extrapolou os limites de poderes conferidos pelo ordenamento jurídico ao agente fiscalizador, usurpando a competência da Justiça do Trabalho para decidir acerca da caracterização de relação empregatícia;
- b) O Auto de Infração é formalmente nulo, uma vez que não preenche os requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/72, tendo sido lavrado na repartição tributária, sem que houvesse verificação *in loco*;
- c) Ocorreu a prescrição da pretensão de alteração da natureza jurídica da relação material havida entre a Recorrente e os estagiários, nos termos do art. 11 da CLT;
- d) São válidos os contratos de estágio mantidos pela empresa autuada, diante da inexistência de vícios formais e materiais, em conformidade com a Lei 6.494/77.
- e) Não é possível a caracterização de vínculo empregatício nos termos previstos pela CLT.
- f) A bolsa-auxílio paga aos estagiários não possui natureza jurídica de remuneração, não se caracterizando como base de cálculo de contribuições previdenciárias, assim como os valores pagos a título de vale-transporte e vale alimentação;
- g) O cálculo do valor devido traz cômputo de juros e correção monetária desde a data do vencimento da obrigação, desconsiderando que a exigibilidade da contribuição previdenciária surgiu apenas e tão somente com a constituição do crédito tributário, em 20/01/2010, quando houve a alteração da relação jurídica mantida pela Recorrente e os estagiários;
- h) É inaplicável a taxa Selic a créditos tributários, diante de sua natureza remuneratória;
- i) O percentual da multa utilizado extrapola os parâmetros razoáveis admitidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, adquirindo caráter de confisco;
- j) Inexiste responsabilidade do sócio da Recorrente, uma vez que não restou caracterizada qualquer das situações previstas no art. 135 do CTN, devendo ser excluído do pólo passivo do Auto de Infração, para em respeito a seus direitos e garantias fundamentais.

Sem contrarrazões.

Assim vieram os autos ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por meio de Recurso Voluntário.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Leonardo Henrique Pires Lopes, Relator.

Dos Pressupostos de Admissibilidade

Sendo o Recurso tempestivo, passo ao seu exame.

Da caracterização do vínculo de emprego

O Relatório Fiscal demonstrou de forma clara e precisa o desvirtuamento do contrato de estágio, descrevendo detalhadamente todos os pontos que levaram à essa conclusão, dos quais podemos destacar a carga horária diária de oito horas e o recebimento de 13°.

Ainda, os estagiários exerciam funções que não dizem respeito à sua área de formação, além de outros aspectos observados que, por si só, não caracterizariam o vínculo empregatício, mas que diante do conjunto apenas reforçam a sua existência, todos alencados pela fiscalização.

Ademais, verifica-se que a empresa já foi inclusive notificada pelo Ministério Público do Trabalho para assinar Termo de Ajustamento de Conduta cujo objetivo foi, justamente, impedir que o estagiários fossem utilizados em substituição aos empregados.

Cabe à fiscalização desconsiderar os atos e os negócios jurídicos que não retratam a realidade dos fatos, embasada nos artigos 118 e 149 do CTN, que preveem a primazia da realidade sobre os atos jurídicos realizados,

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 :

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.

Mencionada atribuição passou a ser do Ministério da Previdência Social, por força do artigo 1º 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.*

Assim, a alegação da Recorrente de que a Auditora Fiscal extrapolou os limites da sua competência, invadindo a competência da Justiça do Trabalho, não merece prosperar, vez que o Auditor Fiscal da Previdência Social, no exercício de atividade vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional, prevista no art. 142 do 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

Não se verifica, ainda, qualquer nulidade formal no Auto de Infração em exame, uma vez que, no que diz respeito ao local de sua lavratura, plenamente aplicável a Súmula nº 6 deste Conselho, que reza:

É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Cumprido ressaltar, por fim, que o prazo prescricional bienal invocado pela Recorrente se aplica única e exclusivamente no âmbito da justiça trabalhista, no que diz respeito à pretensão do empregado de ter reconhecido seu vínculo de emprego.

Da Remuneração em Forma de Vale Transporte

Aqui, o cerne da questão consiste na legalidade ou não dos valores pagos a título de “vale transporte” integrarem a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Ressalte-se, desde já, que restou comprovado pela fiscalização que as parcelas que receberam o nome de “vale transporte” eram pagas em dinheiro.

No meu sentir, a origem da verba paga tem natureza jurídica indenizatória, pois, destinada ao ressarcimento das quantias pagas em razão do transporte dos empregados, pois foi assim que a norma que criou o benefício deixou consignado.

A Lei n.º 8.212/91 tratou da matéria da seguinte forma:

“**Art. 28** - Entende-se por salário de contribuição:

(...)

Parágrafo 9º - Não integram o salário-de-contribuição para os fins desta Lei, exclusivamente:

(...)

f) a parcela recebida a título de vale -transporte, na forma da **legislação própria; (...)** (negritamos e sublinhamos)

Como se pode perceber, nos termos do art. 28, parágrafo 9º, alínea “f”, da Lei nº 8.212/91, a quantia (parcela) recebida a título de vale-transporte não compõe o salário de contribuição, para fins de apuração da contribuição previdenciária.

É dizer, não se pode admitir que a simples forma de pagamento possa descaracterize ou alterar a natureza jurídica do vale transporte. Até porque, o fato de o empregador descontar parcela inferior ao exigido pelo Decreto regulamentador do benefício não agride o instituto, que continua mantendo a sua destinação específica, qual seja, a de ajudar no custeio do transporte dos empregados.

De mais a mais, o fornecimento do transporte aos seus empregados é imprescindível **para** a execução do trabalho e não **pela** execução do mesmo. Ora, tal ordem de raciocínio é mais do que suficiente para afastar a legitimidade do lançamento efetivado, pois quando o benefício é ofertado **para** a execução do trabalho, o mesmo não pode compor a base de cálculo da contribuição previdenciária.

Nesse sentido, até mesmo nos casos em que o benefício é pago em espécie, o entendimento asseverado pelo Egrégio Tribunal Superior do Trabalho, ratifica o acima exposto quando reconheceu a validade da antecipação em dinheiro do vale-transporte, acordado coletivamente, consoante se observa da ementa a seguir reproduzida:

“ACORDO COLETIVO DE TRABALHO – PREVISÃO DE ANTECIPAÇÃO DO VALE-TRANSPORTE E REDUÇÃO DO PERCENTUAL DE PARTICIPAÇÃO DO EMPREGADO – VALIDADE. ‘Acordo coletivo – Validade – Antecipação do vale-transporte em janeiro. **Ao vedar a antecipação em dinheiro do vale-transporte o decreto regulamentador extrapolou os limites da lei instituidora do benefício. Válido o ajuste coletivo que prevê a antecipação em dinheiro do vale-**

transporte e a redução do percentual de participação do trabalhador.”

(Ac da SDC do TST – Ação Anulatória 366.360/97. 4 – Rel. Min. Fernando Eizo Ono – j. 1º.06.98 – Autor: Ministério Público do Trabalho; Réus: Federação Nacional dos Bancos e outros – DJU 1 07.08.98, pp 314/6 – ementa oficial)” (in “Repertório IOB de Jurisprudência, Caderno 2, pág. 381) (negritamos e sublinhamos)

Deixo registrado, também, que o pagamento ora questionado não gera nenhum prejuízo ao trabalhador e a empresa não agiu com o intuito de sonegar tributos. Também não há ganho salarial para o trabalhador, pois a verba é paga especificamente para que o trabalhador faça o percurso para o seu trabalho, ou seja tem caráter estritamente indenizatório.

Cabe registrar por fim que o Plenário do Supremo Tribunal Federal – STF enfrentou a matéria no exame do Recurso Extraordinário n.º 478.410/SP, julgado, em 10/03/2010, em que firmou convencimento no sentido de que o benefício em tela não constitui base de incidência de contribuição previdenciária.

Nesse julgamento, ficou assente que o vale transporte mesmo quando pago em pecúnia, não perde o seu caráter indenizatório, sendo portanto, incabível a incidência de contribuição previdenciária sobre essa rubrica.

Em conclusão, verifica-se que a exigência pretendida através do presente lançamento é descabida, razão pela qual deve a mesma ser afastada.

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).

Por fim, a termo inicial para fluência de juros de mora é, nos termos do art. 161 do CTN, o vencimento do tributo.

Da impossibilidade de análise de alegação do caráter confiscatório da multa

A tentativa do contribuinte de afastar a aplicação da multa no caso em comento encontra seu fundamento no caráter confiscatório da multa, o que seria vedado pela Constituição Federal.

Em outras palavras, reconhecer a existência de confisco é o mesmo que reconhecer a inconstitucionalidade da sua incidência, o que é vedado a este Conselho, que somente pode reconhecer a inconstitucionalidade de dispositivo legal quando estiver diante de uma das hipóteses previstas no art. 62, parágrafo único seu Regimento Interno, quais sejam:

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

No caso dos autos, contudo, não ocorreu qualquer dessas hipóteses.

Cumpra esclarecer que a apreciação de matéria constitucional em tribunal administrativo exacerba sua competência originária que é a de órgão revisor dos atos praticados pela Administração, bem como invade competência atribuída especificamente ao Judiciário pela Constituição Federal. No Capítulo III do Título IV, notadamente 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.”

Ademais, 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 de definitividade, 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”

Assim, afasto a alegação de confisco da multa de mora aplicada ao presente caso.

Da Exclusão dos Corresponsáveis

Quanto à solicitada exclusão do sócio gerente, cabe esclarecer que a relação de corresponsáveis anexada aos autos pela Fiscalização, no meu particular entendimento, tem como escopo garantir a possibilidade de inclusão dos sócios da empresa no pólo passivo da obrigação tributária numa futura execução fiscal, e não simplesmente listar todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa.

O prejuízo aos corresponsáveis é imediato, pois com o exaurimento do contencioso administrativo, o débito lançado será imediatamente inscrito no CADIN, em nome do autuado e também de todos os corresponsáveis listados na relação anexa ao Auto de Infração.

No caso da pessoa jurídica contribuinte, ela é quase sempre a responsável pelas suas obrigações tributárias, pois ela, além de ser o sujeito da relação jurídica tributária, tem também, na maioria das vezes, o dever legal de pagar o tributo.

Contudo, a lei prevê que, quando houver inadimplemento da pessoa jurídica, a responsabilidade pelo pagamento dos tributos pode ser transferida para seus diretores, gerentes ou responsáveis, sob determinadas condições.

É o que determina o comando do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, *verbis*:

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – (...)

II – (...)

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Pelo referido comando, esta responsabilidade só poderá ser transferida para a pessoa do sócio administrador, para o diretor responsável ou para o representante legal capaz. Além disso, esta transferência só poderá acontecer quando houver prova de que estes praticaram qualquer um dos atos irregulares descritos no *caput* do artigo.

Encerrado o processo administrativo com a confirmação da procedência da dívida e não havendo pagamento, será emitida a Certidão da Dívida Ativa, que fundamentará a execução fiscal. Nela deve constar o nome do responsável pelo pagamento e, caso se tenha apurado alguma irregularidade capaz de imputar aos sócios diretores ou ao representante legal a responsabilidade pelo pagamento, deverá conter a respectiva indicação, posto que nossos tribunais só aceitam a citação dos corresponsáveis cujos nomes estejam mencionados na CDA, e só nessa hipótese, poderá constar o nome do corresponsável.

Sim, pois parte-se do pressuposto de que, como a CDA tem presunção de certeza e liquidez, estando o nome do sócio administrador, do diretor ou do representante nela incluído, presumir-se-á, da mesma forma, que houve uma apuração de responsabilidade no processo administrativo, que garantiu o direito de defesa do incluído.

No entanto, no âmbito das execuções fiscais de contribuições previdenciárias, até a revogação do art. 13, da Lei n. 8.620/93, o chamamento dos corresponsáveis ocorria de imediato, independentemente de restarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa ou da prova da prática de algum dos atos previstos no art. 135 do CTN.

Nesse aspecto, o Superior Tribunal de Justiça, tem farta jurisprudência determinando que se o nome do corresponsável estiver inscrito na CDA, tal fato é suficiente para a sua sujeição passiva solidária, cabendo ao corresponsável apenas via embargos à execução (cuja oposição é imprescindível a penhora), fazer contraprova à sua condição de sujeito passivo.

Ressalte-se ainda, que mesmo depois da publicação da Lei 11.941/09, que revogou o art. 13 da Lei 8.620/93, que permitia a responsabilização solidária do corresponsável

independentemente da prática de qualquer fato previsto no art. 135 do CTN, o próprio STJ já sinaliza em recentes julgados, que muito embora tenha havido a revogação do dispositivo acima mencionado, ainda assim constando o nome na CDA é cabível a sua inclusão no polo passivo da execução fiscal até que seja feita prova em contrário.

Para encerrar qualquer controvérsia, este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais editou a Súmula 88, que assim dispõe:

A Relação de Co-Responsáveis - CORESP”, o “Relatório de Representantes Legais – RepLeg” e a “Relação de Vínculos – VÍNCULOS”, anexos a auto de infração previdenciário lavrado unicamente contra pessoa jurídica, não atribuem responsabilidade tributária às pessoas ali indicadas nem comportam discussão no âmbito do contencioso administrativo fiscal federal, tendo finalidade meramente informativa.

Logo, resta claro o prejuízo aos corresponsáveis com a sua inclusão na relação anexa ao presente Auto de Infração, independentemente da prática de qualquer ato previsto no art.135 do CTN, pois essa relação servirá de base para uma futura inscrição do débito em dívida ativa.

Conclusão

Ante o exposto, conheço do Recurso Voluntário para DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, apenas para que o rol de corresponsáveis contido no auto de infração tenha finalidade meramente informativa, sem o condão de atribuir responsabilidade às pessoas nele indicadas, além de afastar a incidência das contribuições lançadas sobre os valores pagos a título de vale transporte.

É como voto.

Sala das Sessões, em 14 de agosto de 2013

Leonardo Henrique Pires Lopes