



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 11040.721577/2013-21
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2402-010.337 – 2ª Seção de Julgamento / 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 13 de agosto de 2021
Recorrente ATLÂNTICO LOGÍSTICO TRANSPORTES DE CARGAS LTDA - EPP
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2009 a 31/12/2012

ALEGAÇÕES APRESENTADAS SOMENTE NO RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO CONHECIMENTO.

Os motivos de fato e de direito em que se fundamenta a irresignação do contribuinte devem ser apresentados na impugnação, não se conhecendo do recurso voluntário interposto somente com argumentos suscitados nesta fase processual e que não se destinam a contrapor fatos novos ou questões trazidas na decisão recorrida.

ALEGAÇÃO DE FATO DESCONSTITUTIVO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA DE QUEM ALEGA.

Cabe ao Impugnante, o ônus da prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo de crédito tributário, devendo a mesma ser apresentada por ocasião da impugnação.

CONTRIBUIÇÕES DEVIDAS A TERCEIROS. INCONSTITUCIONALIDADE. ILEGALIDADE. INCOMPETÊNCIA DO CARF.

É vedado ao órgão julgador administrativo negar vigência a normas jurídicas por motivo de inconstitucionalidade. O controle de legalidade efetivado pelo CARF, dentro do seu âmbito revisional da decisão de primeira instância, analisa a conformidade do ato da administração tributária em parâmetro com a legislação vigente, não havendo permissão para declarar ilegalidade de Lei, cabendo exclusivamente ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade e de legalidade das leis.

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

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, não se conhecendo das alegações de (i) divergência entre as bases de cálculo adotadas e as informações extraídas da escrituração contábil e do (ii) caráter confiscatório da multa aplicada, uma vez que tais alegações não foram levadas ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal, e, na parte conhecida do recurso, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Denny Medeiros da Silveira - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior – Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Ana Cláudia Borges de Oliveira, Denny Medeiros da Silveira, Francisco Ibiapino Luz, Gregório Rechmann Junior, Marcelo Rocha Paura (suplente convocado), Márcio Augusto Sekeff Sallem, Rafael Mazzer de Oliveira Ramos e Renata Toratti Cassini.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário em face da decisão da 16ª Tuma da DRJ/RPO, consubstanciada no Acórdão nº 14-51.697 (p. 166), que julgou improcedente a impugnação apresentada pelo sujeito passivo.

Nos termos do relatório da r. decisão, tem-se que:

Do Lançamento

Consoante o REFISC - RELATÓRIO FISCAL anexado às fls. 25 a 29, no curso do procedimento de fiscalização na empresa ATLÂNTICO LOGÍSTICO TRANSPORTES DE CARGAS LTDA., foram lavrados os Autos de Infração nº 51.029.981-4 e 51.029.982-2, para constituição dos créditos relativos às contribuições previstas nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, e daquelas destinadas a terceiros (FNDE, INCRA, SEBRAE, SESI e SENAI), incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados no período de julho de 2009 a dezembro de 2012.

Ainda nos termos do mencionado relatório:

1º) As contribuições lançadas são decorrentes da análise das informações contidas nas folhas de pagamento e pagamentos realizados pela empresa aos segurados empregados nas contas contábeis “331 – Salários e Ordenados”, “325 – Serviços Prestados por Terceiros” e “543 – Serviços Prestados por Pessoa Física”, consoante os Livros Diários de 2009 a 2012;

2º) Em consulta ao sistema GFIPWEB, foi comprovado que o contribuinte apresentou GFIP – GUIA DE RECOLHIMENTO DO FGTS E INFORMAÇÕES À PREVIDÊNCIA SOCIAL sem as informações relativas às parcelas e aos segurados constantes do presente lançamento;

3º) A fiscalização também constatou que os valores contabilizados nas contas “325 – Serviços Prestados por Terceiros” e “543 – Serviços Prestados por Pessoa Física” não foram incluídos em Folhas de Pagamento;

4º) As bases de cálculo das contribuições lançadas foram apuradas mediante o exame das folhas de pagamento, assim como dos pagamentos relacionados nos Anexos 01, 02 e 03, extraídos da contabilidade do sujeito passivo;

5º) Nas competências 01/2009 a 12/2012, a multa aplicada corresponde a 75% das contribuições lançadas, tendo em vista que as datas de vencimento destas são posteriores à da publicação da Medida Provisória n.º 449/2008; e

6º) O presente Auto é composto dos seguintes levantamentos:

“FP _ FOLHA DE PAGAMENTO” – corresponde às remunerações pagas a segurados empregados, conforme folhas de pagamento; e

“SE – PAGAMENTO SEG EMPREGADOS” – corresponde às importâncias identificadas nas contas contábeis “331 – Salários e Ordenados”, “325 – Serviços Prestados por Terceiros” e “543 – Serviços Prestados por Pessoa Física”, conforme relações em anexo.

7º) Em virtude da omissão de dados em GFIP, foram emitidas Representações Fiscais para Fins Penais, a serem encaminhadas ao Ministério Público Federal, pela ocorrência, em tese, dos ilícitos de que tratam os incisos I e II do art. 337-A do Código Penal, e o inciso I do art. 1º da Lei n.º 8.137/90.

Da Impugnação

Irresignada com o lançamento, a empresa impugnou-o por meio do instrumento anexado às fls. 91 a 106, em que formula, em síntese, as seguintes alegações:

▪ **Quanto ao AI n.º 51.029.981-4**

1ª) Os lançamentos abrangem parcelas referentes ao auxílio-doença, auxílio-acidente, salário-maternidade, aviso prévio indenizado, férias usufruídas e terço constitucional de férias, as quais, por possuírem natureza indenizatória, não se submetem à tributação pelas contribuições previdenciárias a cargo da empresa, daí se impondo o cancelamento dos Autos de Infração;

2ª) A exigência fiscal também se torna absolutamente inviável, na medida em que há a ilegal aplicação do multiplicador FATOR ACIDENTÁRIO PREVIDENCIÁRIO – FAP; e

3ª) Nesse sentido, faz-se necessária a realização de diligência, a fim de se comprovar efetivamente a exigência, pela fiscalização, da contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias, para o que acosta aos autos, por amostragem, a prova da cobrança indevida dos tributos sobre valores não integrantes da remuneração dos segurados empregados.

▪ **Quanto ao AI n.º 51.029.981-4**

É inválida a exigência das contribuições destinadas ao INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE, em virtude de sua revogação por meio da Emenda Constitucional n.º 33, de 11 de dezembro de 2001.

A DRJ julgou improcedente a impugnação apresentada, nos termos do susodito Acórdão n.º 14-51.697 (p. 166), conforme ementa abaixo reproduzida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2009 a 31/12/2012

TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. AVISO PRÉVIO INDENIZADO.

Incidem contribuições previdenciárias sobre o aviso prévio indenizado, seja este pago de forma ordinária, seja proporcional ou integral quando da rescisão do contrato de trabalho.

AUXÍLIO-DOENÇA. REMUNERAÇÃO CORRESPONDENTE AOS 15 PRIMEIROS DIAS DE AFASTAMENTO DO SEGURADO. CONTRIBUIÇÕES. INCIDÊNCIA.

Incidem contribuições previdenciárias sobre a remuneração correspondente aos primeiros quinze dias de afastamento do segurador, em razão de doença ou acidente.

SALÁRIO-MATERNIDADE. CONTRIBUIÇÕES. INCIDÊNCIA.

Por expressa disposição legal, o salário-maternidade integra o salário-de-contribuição da segurada do Regime Geral de Previdência, bem como, por conseguinte, a base de cálculo das contribuições a cargo da empresa.

REMUNERAÇÃO DE FÉRIAS GOZADAS E TERÇO CONSTITUCIONAL.
REMUNERAÇÃO. INCIDÊNCIA.

O valor pago ao empregado, correspondente ao período de férias gozadas, assim como o abono de férias previsto na Constituição Federal, têm natureza remuneratória e, por conseguinte, integram a base de cálculo das contribuições previdenciárias.

PERÍCIA REQUERIDA PELO SUJEITO PASSIVO. INDEFERIMENTO.
POSSIBILIDADE.

A autoridade julgadora de primeira instância poderá indeferir a perícia solicitada pelo sujeito passivo, quando entender que tal medida é prescindível ou impraticável.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI
FEDERAL. RECONHECIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

Descabe às autoridades que atuam no contencioso administrativo proclamar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal em vigor, posto que tal mister incumbe tão somente aos órgãos do Poder Judiciário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Cientificada da decisão exarada pela DRJ, a Contribuinte apresentou o competente recurso voluntário (p. 218), esgrimindo suas razões de defesa nos seguintes pontos, em síntese:

(i) não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias, quais sejam: auxílio-doença, férias gozadas, terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado;

(ii) inexigibilidade das contribuições aos terceiros em razão da não recepção desses tributos pela EC 33/2001;

(iii) divergência entre as bases de cálculo adotadas e as informações extraídas da escrituração contábil; e

(iv) caráter confiscatório da multa aplicada.

Sem contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Gregório Rechmann Junior, Relator.

O recurso voluntário é tempestivo. Entretanto, não deve ser integralmente conhecido pelas razões a seguir expostas.

Das Matérias Não Conhecidas

Conforme se verifica do relatório supra, trata-se o presente caso dos Autos de Infração nº 51.029.981-4 e 51.029.982-2, para constituição dos créditos relativos às contribuições previstas nos incisos I e II do art. 22 da Lei nº 8.212/91, e daquelas destinadas a terceiros (FNDE, INCRA, SEBRAE, SESI e SENAI), incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas a segurados empregados no período de julho de 2009 a dezembro de 2012.

A Contribuinte, na impugnação apresentada, defende, em síntese, os seguintes pontos:

- * não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias;
- * ilegal aplicação do multiplicador FAP;
- * necessidade de realização de diligência; e
- * insubsistência da cobrança das contribuições destinadas aos Terceiros.

Já em sede de recurso voluntário, a Contribuinte defende os seguintes tópicos:

- * não incidência de contribuição previdenciária sobre verbas indenizatórias, quais sejam: auxílio-doença, férias gozadas, terço constitucional de férias e aviso prévio indenizado;
- * inexigibilidade das contribuições aos terceiros em razão da não recepção desses tributos pela EC 33/2001;
- * divergência entre as bases de cálculo adotadas e as informações extraídas da escrituração contábil; e
- * caráter confiscatório da multa aplicada.

É flagrante, pois, a inovação operada em sede de recurso no que tange especificamente às alegações de (i) divergência entre as bases de cálculo adotadas e as informações extraídas da escrituração contábil e (ii) do caráter confiscatório da multa aplicada.

Tratam-se, pois, de matérias preclusas em razão de sua não exposição na primeira instância administrativa, não tendo sido examinadas pela autoridade julgadora de primeira instância, o que contraria o princípio do duplo grau de jurisdição, bem como o do contraditório e o da ampla defesa.

A preclusão processual é um elemento que limita a atuação das partes durante a tramitação do processo, imputando-lhe celeridade, numa sequência lógica e ordenada dos fatos, em prol da pretendida pacificação social.

Humberto Theodoro Júnior¹ nos ensina que preclusão é “a perda da faculdade ou direito processual, que se extinguiu por não exercício em tempo útil”. Ainda segundo o mestre, com a preclusão, “evita-se o desenvolvimento arbitrário do processo, que só geraria a balbúrdia, o caos e a perplexidade para as partes e o juiz”.

Tal princípio busca garantir o avanço da relação processual e impedir o retrocesso às fases anteriores do processo, encontrando-se fixado o limite da controvérsia, no Processo Administrativo Fiscal (PAF), no momento da impugnação/manifestação de inconformidade.

O inciso III do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, norma que regula o Processo Administrativo Fiscal – PAF em âmbito federal, é expresso no sentido de que, a menos que se destinem a contrapor razões trazidas na decisão recorrida, os motivos de fato e de direito em que se fundamentam os pontos de discordância e as razões e provas que possuir o contribuinte devem ser apresentados na impugnação.

No caso em análise, não há qualquer registro na peça impugnatória das matérias em destaque suscitadas no recurso voluntário, razão pela qual não se conhece de tais argumentos.

¹ HUMBERTO, Theodoro Júnior. Curso de direito processual civil. vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 225-226

Não é lícito inovar no recurso para inserir questão diversa daquela originalmente deduzida na impugnação/manifestação de inconformidade, devendo as inovações serem afastadas por se referirem a matéria não impugnada no momento processual devido.

Da Não Incidência de Contribuição Previdenciária sobre Verbas Indenizatórias: 15 dias que Antecedem o Auxílio-Doença, Férias Gozadas, Terço Constitucional de Férias e Aviso Prévio Indenizado

Neste ponto, a Recorrente defende que *a partir dessas definições, fica claro que os pagamentos realizados a título de auxílio-doença, de férias gozadas, de terço constitucional de férias e de aviso prévio indenizado não possuem natureza remuneratória, razão pela qual não se sujeitam à incidência das contribuições previdenciárias a cargo da empresa, cuja base de cálculo é a remuneração, formada por salários e gorjetas.*

A DRJ, por seu turno, no que tange à incidência (ou não) de contribuição previdenciária sobre as verbas em questão, concluiu, em síntese, que:

* 15 dias que antecedem o auxílio-doença: há incidência da contribuição previdenciária;

* aviso prévio indenizado: há incidência da contribuição previdenciária;

* férias gozadas e respectivo terço constitucional: há incidência de contribuição previdenciária.

Pois bem!!

No que tange às verbas em questão, pela clareza do raciocínio e didática da linha de pensamento desenvolvida, socorro-me aos escólios do Conselheiro Luís Henrique Dias Lima, objeto do Acórdão nº 2402-009.526, de 8 de março de 2021, *in verbis*:

O REsp 1.230.957/RS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, na forma do então vigente art. 543-C do CPC/1973 (atual art. 1.036 do CPC/2015), consolidou a tese de que as verbas indenizatórias e não habituais não sofrem incidência de contribuição previdenciária, e trata da incidência da contribuição previdenciária, a cargo da empresa, no contexto do Regime Geral da Previdência Social, sobre as seguintes verbas: i) terço constitucional de férias; ii) salário maternidade; iii) salário paternidade; iv) aviso prévio indenizado; e v) importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

Ao apreciar o REsp 1.230.957/RS, o Exmo. Ministro Mauro Campbell Marques pugnou pela i) não incidência da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias; ii) incidência de contribuição previdenciária sobre salário maternidade e sobre o salário paternidade; iii) não incidência da contribuição previdenciária sobre o aviso prévio indenizado; e iv) não incidência da contribuição previdenciária sobre a importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença.

Todavia, a discussão sobre a não incidência da contribuição previdenciária sobre tais verbas não se esgotou no REsp 1.230.957/RS, vez que estas matérias foram objeto do RE n. 1.072.485 (Leading Case) – Tema 985 de repercussão geral – terço constitucional de férias (indenizadas ou gozadas); do RE n. 611.505 (Leading Case) – Tema 482 sem repercussão geral reconhecida – importância paga nos quinze dias que antecedem o auxílio-doença; do RE 576.967 (Leading Case) – Tema 72 de repercussão geral – sobre a incidência contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade; e do ARE n. 745.901 – Tema 759 sem repercussão geral reconhecida – aviso prévio indenizado.

Em relação ao terço constitucional de férias, o STF, no âmbito do RE n. 1.072.485 (com repercussão geral reconhecida), fixou a tese no sentido de que é legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias.

Noutro giro, ao julgar o RE n. 611.505, o STF entendeu que a discussão sobre a incidência, ou não, de contribuição previdenciária sobre valores pagos pelo empregador nos primeiros quinze dias de auxílio-doença situa-se em âmbito infraconstitucional, não havendo questão constitucional a ser apreciada, sendo, portanto, inexistente repercussão geral. Dessa forma, prevalece o que foi decidido pelo STJ.

Quanto à incidência de contribuição previdenciária sobre o salário-maternidade, embora não seja objeto deste litígio, é oportuno informar que o STF, pugnou, no âmbito do RE 576.967, que é inconstitucional a incidência de contribuição previdenciária a cargo do empregador sobre o salário-maternidade.

E quanto ao aviso prévio indenizado, no âmbito do ARE n. 745.901, o STF reconheceu a inexistência de repercussão geral do aviso prévio indenizado, por não se tratar de matéria constitucional, sendo, inclusive, objeto, inclusive, de dispensa de recorrer pela PGFN (Nota PGFN/CRJ n. 485/2016 e Parecer SEI n. 15147/2020/ME), prevalecendo o entendimento firmado pelo STJ.

A respeito das férias gozadas já houve pronunciamento decisório do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em sede de recurso especial representativo de controvérsia, neste contexto de observância obrigatória pelo CARF, tendo sido fixada a tese no sentido de que a referida verba têm cunho salarial ou há disposição legal expressa no mesmo sentido. Portanto, cabível a incidência de contribuições sociais.

No que tange especificamente ao terço constitucional de férias gozadas, importante esclarecer o posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema.

O Regimento Interno do CARF – RICARF (aprovado pela Portaria MF nº 343, de 09 de junho de 2015) prevê em seu art. 62, §2º, que as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça – STJ sob a sistemática do art. 543-C do antigo CPC devem ser observada pelos Conselheiros do CARF:

§ 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, na sistemática dos arts. 543-B e 543-C da Lei nº 5.869, de 1973, ou dos arts. 1.036 a 1.041 da Lei nº 13.105, de 2015 - Código de Processo Civil, deverão ser reproduzidas pelos conselheiros no julgamento dos recursos no âmbito do CARF.

Neste sentido, sabe-se que o STJ possui jurisprudência consolidada no sentido da não incidência de contribuição previdenciária sobre a remuneração do terço constitucional de férias gozadas, dada a sua natureza indenizatória/compensatória, conforme restou decidido quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.230.957/RS, apreciado sob a sistemática dos recursos repetitivos (art. 543-C do antigo CPC). A decisão gerou o Tema/Repetitivo nº 479 e originou a seguinte tese:

A importância paga a título de terço constitucional de férias possui natureza indenizatória/compensatória, e não constitui ganho habitual do empregado, razão pela qual sobre ela não é possível a incidência de contribuição previdenciária (a cargo da empresa).

Todavia, houve o sobrestamento dos efeitos da referida decisão do STJ em razão do reconhecimento de repercussão geral do tema pelo Supremo Tribunal Federal – STF, conforme decisão da Vice-Presidência do STJ de 25/07/2015. Inicialmente, os efeitos da decisão do STJ foram suspensos em razão do Recurso Extraordinário nº 593.068/SC, o qual trata da contribuição previdenciária sobre o terço constitucional de férias, os serviços extraordinários, o adicional noturno e o adicional de insalubridade (Tema de Repercussão Geral 163/STF), cuja tese fixada foi a seguinte:

Não incide contribuição previdenciária sobre verba não incorporável aos proventos de aposentadoria do servidor público, tais como 'terço de férias', 'serviços extraordinários', 'adicional noturno' e 'adicional de insalubridade.

Referida decisão transitou em julgado em 16/04/2019.

Posteriormente, após o julgamento do RE n.º 593.068/SC (mas antes do seu trânsito em julgado), o STJ informou que os efeitos da decisão proferida no REsp n.º 1.230.957/RS estavam suspensos em razão do Recurso Extraordinário n.º 1.072.485/PR, cuja repercussão geral foi reconhecida pelo STF (Tema de Repercussão Geral 985/STF) e no qual se discute a natureza jurídica do terço de férias, indenizadas ou gozadas, para fins de incidência de contribuição social, sem fazer distinção sobre se tratar de remuneração de servidor público ou não.

Em agosto de 2020, o STF julgou o RE n.º 1.072.485/PR e fixou a seguinte tese para o Tema de Repercussão Geral 985/STF:

É legítima a incidência de contribuição social sobre o valor satisfeito a título de terço constitucional de férias.

Contudo, foram opostos diversos embargos de declaração em face da decisão do STF, os quais estão pendentes de apreciação. Sendo assim, referida decisão não é definitiva, razão pela qual permanecem sobrestados os efeitos da decisão do STJ proferida no REsp n.º 1.230.957/RS.

Portanto, o que se tem hoje é a não imposição da vinculação dos conselheiros do CARF ao decidido no REsp n.º 1.230.957/RS pelo STJ, pois os efeitos desta foram suspensos pelo próprio STJ já que a questão envolvendo a incidência de contribuição social sobre o terço constitucional de férias foi elevada ao nível constitucional (Tema de Repercussão Geral 985/STF), já tendo se manifestado o Egrégio STF, como visto, pela incidência da contribuição previdenciária sobre as verbas pagas a título de terço constitucional de férias.

Neste contexto, em face do quanto exposto linhas acima, caberia o parcial provimento do recurso voluntário neste particular, cancelando-se o lançamento fiscal em relação aos valores pagos a título 15 primeiros dias que antecedem o auxílio-doença e aviso prévio indenizado.

Ocorre que, tal como destacado pelo órgão julgador de primeira instância, *outra importante razão pela qual os presentes Autos de Infração não podem ser objeto de revisão nesta instância administrativa reside em que a empresa não fez prova, na impugnação, de que nas bases de cálculo das contribuições lançadas encontram-se incluídas importâncias pagas a título de qualquer das parcelas acima referidas.*

De fato, assim se manifestou aquele Colegiado:

Vejamos, por oportuno, as palavras da autuada à fl. 100, a respeito do assunto em foco:

“Nesse sentido, faz-se necessária a realização de diligência a fim de se comprovar efetivamente a incidência das contribuições previdenciárias sobre as verbas de natureza indenizatória e, conseqüentemente, a improcedência do Auto de Infração ora impugnado. Com efeito, a Impugnante acosta aos autos, por amostragem, a prova da cobrança indevida dos tributos sobre os valores não integrantes da remuneração dos segurados empregados (docs. anexos). Contudo, tendo em vista o volume expressivo de documentos e a necessidade de um exame detalhado de cada competência autuada, a baixa do feito em diligência para apurar tal questão é medida que se impõe.”

Ali se constata que, no intuito de comprovar a realização dos pagamentos em questão, a impugnante postula a “baixa do feito em diligência” e, paralelamente, “acosta aos autos, por amostragem, a prova da cobrança indevida dos tributos sobre os valores não integrantes da remuneração dos segurados empregados”.

Cuidemos, de início, da análise dos documentos anexados à peça impugnatória, que nada mais são do que os instrumentos de rescisão de contrato de trabalho com os seguintes empregados:

- Adílson Vitória Alves (fls. 119 e 120)
- Dilnei Duarte (fls. 121 e 122)
- Samuel Silveira da Silva (fls. 124 e 125)
- Vitor Caetano Pastorini Pureza (fls. 127 e 128)
- Fernando da Silva (fls. 130 e 131)
- Fernando César da Rosa Saraiva (fls. 133 e 134)

Então, na dicção da defesa, tais documentos são uma amostra de que nas bases de cálculo das contribuições lançadas encontram-se incluídas importâncias pagas a título de “auxílio-doença”, “auxílio-acidente”, “salário-maternidade”, “aviso prévio indenizado”, “férias usufruídas” e “terço constitucional de férias”.

Todavia, compulsando o ANEXO 01 (fls. 56 e 57), o ANEXO 02 (fls. 58 a 60), o ANEXO 03 (fls. 61 a 63) e o ANEXO 04 (fls. 54 e 55), nos quais a fiscalização demonstra, por competência e por segurado, os valores transportados para o campo “Base de Cálculo” do DD – DISCRIMINATIVO DO DÉBITO (fls. 03 a 10 e 14 a 20), constatamos o seguinte:

1º) Os segurados Adílson Vitória Alves e Dilnei Duarte não figuram em qualquer daqueles demonstrativos, significando isto que nenhum valor a eles pago pela empresa foi incluído nas bases de cálculo das contribuições lançadas pela fiscalização;

2º) Os segurados Samuel Silveira da Silva, Fernando da Silva e Fernando César da Rosa Saraiva figuram em algum ou alguns daqueles Anexos, mas não nas competências em que celebradas as respectivas rescisões de contrato, a indicar que os documentos acostados às fls. 124/125, 130/131 e 133/134 não são aptos à comprovação intentada pelo sujeito passivo; e

3º) O segurado Vitor Caetano Pastorini Pureza figura no ANEXO 03 e na mesma competência em que celebrada a sua rescisão de contrato de trabalho (03/2012), mas, apesar disso, o documento de fls. 127/128 não se presta, igualmente, para a comprovação intentada pelo sujeito passivo, na medida em que os valores incluídos pela fiscalização na planilha de fls. 61 a 63 são, apenas, os relativos a pagamentos a título de “VALE TRANSPORTE” e de “REFEIÇÕES”:

(...)

Uma vez demonstrado que os documentos acostados à defesa não são aptos à produção dos efeitos almejados pelo contribuinte – porquanto estranhos aos fatos articulados no relatório fiscal –, passemos à análise do pedido de conversão do julgamento em diligência, “a fim de se comprovar efetivamente a incidência das contribuições previdenciárias sobre as verbas de natureza indenizatória e, conseqüentemente, a improcedência do Auto de Infração ora impugnado.”

Tal pedido até encontra previsão assim na Lei nº 9.784/99 como no Decreto nº 70.235/72.

(...)

Resta claro, pois, que a autoridade julgadora pode indeferir o pedido formulado pelo sujeito passivo, quando considerar aquela providência ilícita, impertinente, prescindível, protelatória ou impraticável – ou, até mesmo, quando, simplesmente, restar não atendido um dos requisitos mencionadas na nota há pouco registrada. Em

verdade, a nosso ver, nessas hipóteses a autoridade julgadora não só pode como deve indeferir o pedido, tendo em vista a indisponibilidade do interesse público subjacente nas normas em apreço.

Dito isto, e com base no que expusemos anteriormente, há que se concluir, no caso concreto sob exame, que o pedido formulado pela “ATLÂNTICO” não apenas não atende a todos os requisitos previstos no inciso IV do art. 16 do Decreto n.º 70.235/72 – de fato, a empresa não formulou os quesitos referentes aos exames desejados – como, ainda, se mostra totalmente prescindível e, por isso mesmo, protelatória.

Isto, porque os documentos suscetíveis de fazer prova de que o presente auto de infração engloba valores de natureza indenizatória poderiam ter sido apresentados juntamente com a defesa, vez que, no processo administrativo, esta é a oportunidade deferida ao sujeito passivo para a apresentação de suas alegações e, também, dos elementos de que disponha para provar a veracidade daquelas.

Como se vê, a Contribuinte não logrou demonstrar que nas bases de cálculo das contribuições lançadas encontram-se incluídas importâncias pagas a título de (i) aviso prévio indenizado e (ii) 15 dias que antecedem o auxílio-doença, impondo-se a manutenção da decisão de primeira instância neste particular pelo seus próprios fundamentos.

Da Inexigibilidade das Contribuições aos Terceiros

Neste ponto, a Recorrente defende a *impropriedade do Auto de Infração Debcad n.º 51.029.982-2, o qual traz a exigência das contribuições destinadas a terceiros, ou seja, ao FNDE, ao INCRA, ao SENAI, ao SESI e ao SEBRAE. Isso porque não remanescem dúvidas acerca da revogação das 04 últimas contribuições após a edição da EC 33/01.*

A DRJ, em relação à tese de defesa em análise, destacou e concluiu que:

Em verdade, a reclamação da empresa não é no sentido de eventual desconformidade do lançamento aos dispositivos arrolados no “FLD”, mas de revogação tácita destes pela Emenda Constitucional n.º 33, de 2001. Veja-se, por oportuno, este item da impugnação:

“Com efeito, tais contribuições, 17 instituídas antes da EC 33/01, incidem sobre a folha de salários. Assim, por não guardarem adequação material com a ordem constitucional estabelecida pela EC 33/01, é conclusão inarredável que foram revogadas pela referida emenda.”

Neste sentido, é evidente que o que a impugnante está a sustentar é a impossibilidade jurídica de exigência das contribuições destinadas às quatro entidades em apreço, pelo fato de que, a partir da edição da EC n.º 33/2001, tornaram-se inconstitucionais os dispositivos legais que lhe davam sustentação.

Ocorre que, em sede de processo administrativo, são estranhas as discussões em torno da suposta inconstitucionalidade de leis e demais atos normativos, posto essa matéria ser afeta aos órgãos competentes do Poder Judiciário, assim por meio do controle difuso como pelo concentrado, ressaltando-se que, neste último caso, a competência é exclusiva da Suprema Corte, conforme expresso no artigo 102, I, “a” da Constituição Federal

Não há qualquer reparo a ser feito no acórdão da DRJ neste particular.

De fato, nos termos do Acórdão n.º 2301-005.129 de relatoria do Conselheiro João Bellini Júnior, tem-se que:

Penso que agiu corretamente a autoridade recorrida. O fim almejado com o art. 26-A do Decreto n.º 70.235, de 1972, ou com a Súmula 02 do CARF, é evitar que as instâncias julgadoras administrativas usurpem a competência do Poder Judiciário,

afastando a aplicação de normas tributárias frente a seu conflito com a Constituição Federal.

Ora, o próprio STF já firmou sua competência e reconheceu a repercussão geral para a análise das contribuições destinadas ao:

(a) Incra, em face da EC 33/2001: tema 495 – Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o INCRA, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001; leading case RE 630.898

(b) Sebrae, em face da EC 33/2001: tema 325 Subsistência da contribuição destinada ao SEBRAE, após o advento da Emenda Constitucional nº 33/2001; leading case RE 603.624;

(c) salário-educação, em face das Constituições de 1969 e 1988: tema 518 – Compatibilidade da contribuição destinada ao custeio da educação básica com as Constituições de 1969 e de 1988; leading case RE; neste caso, firmou a seguinte tese: “Nos termos da Súmula 732 do STF, é constitucional a cobrança da contribuição do salário-educação”.

(c) Senar: tema 801 – Constitucionalidade da incidência da contribuição destinada ao SENAR sobre a receita bruta proveniente da comercialização da produção rural, nos termos do art. 2º da Lei 8.540/1992, com as alterações posteriores do art. 6º da Lei 9.528/1997 e do art. 3º da Lei 10.256/2001; leading case RE 816830.

Nesse sentido, saber se determinada norma foi ou não recepcionada pela Constituição Federal (incluindo, por óbvio, suas emendas constitucionais), é tema precípua e recorrente a ser dirimido pelo STF. Cito como exemplo:

AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÕES AO SENAI. ARTIGOS 4º E 6º DO DECRETO-LEI 4.048/1942. VALIDADE E RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 (ARTIGO 240). ARTIGO 149, § 2º, DA CONSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 282 E 356 DO STF. HIGIDEZ DAS NOTIFICAÇÕES DE DÉBITO. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. MATÉRIA SEM REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 660. ARE 748.371. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE AGRAVANTE. MANIFESTO INTUITO PROTTELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. MAJORAÇÃO DOS HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA. ARTIGO 85, § 11, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. (ARE 1035080 AgR / SP SÃO PAULO; Relator: Min. Luiz Fux; Julgamento: 26/05/2017; Órgão Julgador: Primeira Turma)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. EMBARGOS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. CARÁTER TRIBUTÁRIO. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. BITRIBUTAÇÃO. A SEGUNDA PARTE DO INCISO I DO ARTIGO 154 DA CONSTITUIÇÃO NÃO SE APLICA ÀS CONTRIBUIÇÕES. IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DA ENTIDADE SINDICAL. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (RE 947732 ED / SP SÃO PAULO; Relator: Min. Luiz Fux; Julgamento: 29/03/2016; Órgão Julgador: Primeira Turma)

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO AO INSTITUTO DO AÇÚCAR E DO ALCOOL. RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. A DELEGAÇÃO DE COMPETÊNCIA PARA FIXAÇÃO DE ALÍQUOTAS NÃO FOI RECEPCIONADA. ALCANCE DOS PRECEDENTES. É compatível com os precedentes desta Corte a decisão que reconhece a recepção das exações pela Constituição de 1988, mas estabelece que após a referida promulgação a alíquota não pode ser modificada por entidade desprovida de mandato legislativo, de modo que o tributo deve ser calculado de acordo com a alíquota válida no momento da promulgação. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 597098 AgR / DF; Relator): Min. Joaquim Barbosa; Julgamento: 04/10/2011; Órgão Julgador: Segunda Turma)

Assim, não há como este colegiado se substituir a órgãos do Poder Judiciário, pelo que entendo ser aplicável ao caso (cobrança das contribuições para o Sesi, Senai, Incra, Sebrae e salário-educação, face a EC 33/2001) a Súmula Carf 02 e o caput do art. 26A do Decreto nº 70.235, de 1972, e não reconheço a competência desta Turma para delas se manifestar.

Decreto nº 70.235, de 1972

Art. 26A. 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.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Conclusão

Ante o exposto, concluo o voto no sentido de conhecer em parte do recurso voluntário, não se conhecendo das alegações de (i) divergência entre as bases de cálculo adotadas e as informações extraídas da escrituração contábil e do (ii) caráter confiscatório da multa aplicada, uma vez que as alegações recursais não foram levadas ao conhecimento e à apreciação da autoridade julgadora de primeira instância, representando inovação recursal, e, na parte conhecida, negar-lhe provimento.

(documento assinado digitalmente)

Gregório Rechmann Junior