



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

Processo nº 14485.000205/2007-89
Recurso nº 154.673 Voluntário
Acórdão nº 2402-00.092 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de agosto de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO SEGURADO - APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Recorrente ORACLE DO BRASIL SISTEMAS LTDA
Recorrida DRJ-SÃO PAULO/SP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2000 a 30/11/2000

MATÉRIA NÃO IMPUGNADA NO PRAZO - PRECLUSÃO - NÃO INSTAURAÇÃO DO CONTENCIOSO

Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

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 sob o argumento de que seriam inconstitucionais ou afrontariam legislação hierarquicamente superior

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2000 a 30/11/2000

CONTRIBUIÇÃO DOS SEGURADOS - ARRECADAÇÃO - RECOLHIMENTO - OBRIGAÇÃO DA EMPRESA

A empresa é obrigada a arrecadar as contribuições dos segurados empregados e trabalhadores avulsos a seu serviço, descontando-as da respectiva remuneração e recolher os valores arrecadados no prazo estabelecido pela legislação

FRAUDE - NÃO RECOLHIMENTO

Eventual fraude a que tenha sido submetida a empresa e que resultou no não recolhimento das contribuições devidas, não pode ser argumento para a desconstituição do lançamento das contribuições não vertidas aos cofres

1

públicos, ainda que a empresa tenha agido de boa-fé. Evidenciada a ocorrência de fraude, cabe à empresa, buscar os meios legais para reaver os valores desviados da finalidade a que se destinavam junto aos responsáveis pela mesma.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



MARCELO OLIVEIRA - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Lourenço Ferreira do Prado, Leôncio Nobre de Medeiros (Suplente), Edgar Silva Vidal (Suplente) e Marcelo Freitas de Souza Costa. Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

Relatório

Trata-se do lançamento da contribuição dos segurados, arrecadadas e não recolhidas à Seguridade Social.

O Relatório Fiscal (fls. 15/18) informa que o lançamento refere-se à contribuição dos segurados empregados da empresa Peoplesoft CRM do Brasil S/A, incorporada pela Peoplesoft do Brasil que, por sua vez, foi incorporada pela notificada, Oracle do Brasil Sistemas.

A incorporada teria efetuado o desconto dos segurados, porém não apresentou os comprovantes de recolhimento do respectivo repasse à Seguridade Social, bem como, os sistemas do órgão acusam ausência destes valores no conta corrente da empresa.

Foi formalizada Representação Fiscal para Fins Penais, a qual constituiu como responsáveis os dirigentes da Peoplesoft CRM S/A.

A parte da empresa foi lavrada por meio da NFLD 35.745.378-6.

A notificada apresentou defesa (fls. 68/95) onde alega que não há que se falar em inadimplemento da obrigação previdenciária, tendo em vista que houve o pagamento de todo o valor declarado pela empresa em sua GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social.

Solicita o julgamento em conexão entre as duas NFLDs relativas à parte dos segurados e a parte patronal.

Afirma que houve fraude junto à CEF - Caixa Econômica Federal, bem como a existência de ação judicial com depósito suspensivo da exigibilidade do crédito previdenciário.

Informa que em 2002, ao necessitar de certidão de regularidade fiscal, esta lhe foi negada haja vista existência de débitos declarados em não recolhidos nas competências de 02 e 03/2001.

Diante do fato da notificada ter efetuado o correto preenchimento da guia de recolhimento, bem como emitido cheque administrativo, nominal à Caixa Econômica Federal, no exato valor da contribuição, este notificou a CEF sobre os acontecimentos.

Ocorre que a CEF alegou que o recolhimento das guias dos meses de 02 e 03/2001 não havia sido feito no ambiente da Caixa/Agência Morumbi

Diante do fato, a notificada ajuizou ação declaratória com pedido de tutela antecipada em face da CEF em litisconsórcio passivo com o INSS, nº 2002.61.11.001258-9.

Informa que optou por efetuar o depósito judicial do valor integral do débito, com todos os consectários legais incidentes até a data do depósito, de modo a suspender a exigibilidade do crédito, até que a fraude seja verificada.

Alega que o presente lançamento, no que tange às competências 02 e 03/2001, está com a exigibilidade suspensa.

Entende necessário o sobrestamento do feito quanto aos lançamentos de 02 e 03/2001 até que seja definitivamente julgada a ação judicial noticiada, bem como o cancelamento da aplicação de multa e juros moratórios, face à existência do depósito judicial.

Quanto à cobrança na competência 11/2000, alega que como a mesma não fez parte da discussão judicial, pode e deve ser analisada na seara administrativa.

De igual forma, a empresa notificou a CEF a respeito da guia relativa à competência 11/2000 que também não constava nos sistemas do órgão. Como resposta, a CEF informou que a autenticação constante da guia não havia sido feita em nenhuma de suas agências.

Aduz que efetuou o pagamento mediante cheque nominativo à CEF no exato valor da contribuição devida e o numerário efetivamente saiu da conta da notificada, o que demonstraria a negligência da CEF.

Na seqüência, tece considerações a respeito da responsabilidade do agente arrecadador pelo fato.

Por fim, irresigna-se pela aplicação da taxa de juros SELIC.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal para manifestação a respeito de divergências apontadas pela notificada entre o valor apontado na NFLD e o valor das guias, da alegada fraude junto à CEF e da ação judicial com depósito suspensivo, bem como a observância do procedimento previsto nas normativas para verificação de guias fraudadas.

A auditoria fiscal manifestou-se (fl. 220) informando que a empresa somente apresentou cópias simples das guias em questão, salientando que sem os originais não é possível a instauração do processo de fraude.

Esclarece que os valores apurados como divergências entre a GFIP e as folhas de pagamento continuam faltando no conta corrente e a ação judicial não suspende os direitos de cobrança do fisco.

Argumenta que como o documento produzido pela própria CEF informa que as autenticações são estranhas ao sistema da Caixa e que a agência mencionada sequer possuía o terminal mencionado, este extingue a necessidade de consulta ao agente arrecadador.

Como o Serviço do Contencioso Administrativo Previdenciário considerou necessários outros esclarecimentos, os autos foram novamente encaminhados à auditoria fiscal que esclareceu (fls. 230/231) que os valores apurados tiveram por base os valores declarados em GFIP e nas folhas de pagamento. A divergência apontada toma por base nas guias de recolhimento, as quais não foram apresentadas à fiscalização à época e não serviram de base para o lançamento.

A auditoria fiscal conclui que nenhum valor deve ser excluído da notificação e que deve ser realizado lançamento complementar na competência 02/2001 referente a salário de contribuição não incluído em GFIP.

Quanto à competência 11/2000, verificou que o valor do salário de contribuição constante da folha de pagamento que serviu de base para o lançamento não foi totalmente informado em GFIP, o que levou à lavratura de auto de infração.

Diante de tal constatação, a auditoria fiscal manifestou-se pela reclassificação de parte do lançamento como não declarado em GFIP e, portanto, sem redução de multa.

A notificada foi intimada do resultado das duas diligências efetuadas e manifestou-se (fls. 239/246) onde alega que houve cerceamento de defesa pelo não encaminhamento de um despacho mencionado, bem como pela não apresentação do demonstrativo e fundamentos que amparariam o citado lançamento suplementar.

Informa que as guias originais estão anexadas nos autos da ação judicial.

Diante das argumentações apresentadas, a SRP encaminhou os documentos solicitados com abertura de prazo para manifestação, a qual ocorreu (fls. 266/268) sem qualquer inovação.

A SRP promoveu o desmembramento das contribuições lançadas, excluindo dos presentes autos as competências 02 e 03/2001, as quais passaram a constituir a NFLD 37.095.218-9.

A notificada foi informada do desmembramento efetuado.

Pelo Acórdão nº 16-15.536 (fls. 291/315), a 11ª Turma da DRJ-SPOI, considerou o lançamento procedente em parte, a fim de excluir, por nulidade, o valor correspondente à contribuição cujo fato gerador não foi declarado em GFIP, conforme informado pela auditoria fiscal.

A notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 327/341) onde apresenta preliminar de nulidade da notificação, uma vez que se refere a créditos já constituídos por meio das declarações em GFIP.

No mérito, alega que os valores lançados já teriam sido recolhidos e informa que junta microfilme do cheque administrativo nominal à CEF, o que implica dizer que algum preposto da instituição financeira, autorizada para tal função, endossou o cheque e deu destinação diversa da pretendida, no caso, os valores teriam sido desviados para uma empresa de courier denominada Xambexpress S/C Ltda que não tem nenhum negócio com a recorrente e não se encontra estabelecida no endereço constante do cadastro do CNPJ do Ministério da Fazenda.

Argumenta a boa-fé da recorrente, a irregularidade do endosso e do enriquecimento ilícito da CEF.

No mais, efetua a repetição das alegações de defesa.

É o relatório.



Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

A recorrente apresenta como preliminar a alegação de que o presente lançamento não poderia ser constituído por meio da notificação em tela sob o argumento de que o mesmo já se encontraria constituído quando da declaração em GFIP dos fatos geradores.

Assevere-se que, tal alegação não foi apresentada na defesa e, a meu ver, o contencioso administrativo fiscal só é instaurado mediante apresentação de defesa tempestiva e somente em relação às matérias expressamente impugnadas.

Dessa forma, entendo que encontra-se precluído o direito à discussão de matéria trazida de forma inovadora na segunda instância administrativa, em razão do que dispõe o art. 17 do Decreto nº 70.235/1972, *in verbis*:

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

Portanto, não conheço da preliminar.

No mérito, a recorrente alega que o crédito já estaria extinto pelo pagamento, no entanto, não demonstra a ocorrência do alegado.

A notificada aduz que teria ocorrido fraude no âmbito da instituição arrecadadora, a Caixa Econômica Federal. Argumenta que o pagamento teria sido feito por meio de cheque nominal à CEF e no valor da guia de recolhimento.

No entanto, o valor correspondente não foi repassado aos cofres públicos e a própria Caixa Econômica não reconheceu como oriunda de um de seus terminais a autenticação constante da guia de recolhimento.

Ainda que a recorrente apresente em sua peça recursal alegações no sentido da responsabilização da instituição financeira pelo ocorrido e a boa-fé que motivou seus procedimentos, o fato é que não cabe à esta instância de julgamento atribuir ou não responsabilidades pela fraude ocorrida que, aliás, não se encontra sequer esclarecida nos autos.

O que se tem de concreto é que a recorrente possui uma guia de recolhimento, cuja autenticação não foi reconhecida, formalmente, pela instituição arrecadadora e os valores correspondentes efetivamente não foram vertidos à Seguridade Social.

In casu, trata-se de contribuições arrecadadas dos segurados empregados e não repassadas aos cofres previdenciários e, a respeito, assim dispõe o art. 30, incisos I e II, da Lei nº 8.212/1991:



“Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas:

I - a empresa é obrigada a:

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

b) recolher os valores arrecadados na forma da alínea a deste inciso, a contribuição a que se refere o inciso IV do art. 22 desta Lei, assim como as contribuições a seu cargo incidentes sobre as remunerações pagas, devidas ou creditadas, a qualquer título, aos segurados empregados, trabalhadores avulsos e contribuintes individuais a seu serviço até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da competência”

Como argüido, não cabe a esta instância de julgamento manifestar-se a respeito da fraude supostamente ocorrida, bem como não pode a empresa eximir-se de sua responsabilidade perante o fisco com base em tal afirmação.

Tendo ocorrido a fraude e identificados os seus responsáveis, cabe à empresa, em foro diverso deste, tomar as providências cabíveis a fim de reaver os recursos que alega ter despendido para o pagamento da guia de recolhimento e que não teriam sido utilizados para a finalidade a que se destinavam.

A notificada manifesta seu inconformismo pela aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

Ocorre que a utilização de tal taxa pela fiscalização ocorreu com amparo no art. 34, da Lei nº 8.212/1991, vigente à época do lançamento e não cabe ao julgamento no âmbito administrativo deixar de observar dispositivo legal em plena vigência.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da

Administração negar aplicação a uma lei que repete inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)"

Ademais, tal questão foi sumulada pelo então Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

"Súmula nº 2

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

Quanto à alegação de que teria sido aplicada a taxa de juros sobre multa de ofício, vale dizer que a recorrente está equivocada. Os acréscimos legais que incidiram sobre o valor da contribuição devida foram os juros e a multa previstos nos artigos 34 e 35 da lei nº 8.212/1991, respectivamente.

Vale salientar que, tanto os juros como a multa incidiram separadamente sobre o valor originário do crédito e não há que se falar em incidência de juros sobre o valor da multa.

Diante do exposto de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 18 de agosto de 2009



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

