ACÓRDÃO GERADO NO PGD-CARF PROCESSO 35301.002010/2006-73

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

Processo nº	35301.002010/2006-73
Recurso nº	Voluntário
Acórdão nº	**2201-005.103 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de	07 de maio de 2019
Matéria	CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente	DE PLÁ MATERIAL FOTOGRÁFICO LTDA.
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2005

ARGUIÇÃO DE ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. INCOMPETÊNCIA DAS INSTÂNCIAS ADMINISTRATIVAS PARA APRECIAÇÃO. SÚMULA CARF Nº2

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

RECURSO VOLUNTÁRIO. INOVAÇÃO DA CAUSA DE PEDIR. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. OCORRÊNCIA.

Os contornos da lide administrativa são definidos pela impugnação ou manifestação de inconformidade, oportunidade em que todas as razões de fato e de direito em que se funda a defesa devem deduzidas, em observância ao princípio da eventualidade, sob pena de se considerar não impugnada a matéria não expressamente contestada, configurando a preclusão consumativa, conforme previsto nos arts. 16, III e 17 do Decreto nº 70.235/72, que regula o processo administrativo fiscal.

CONTRIBUIÇÕES AO SESC E SENAC. ATIVIDADE CIVIL e COMERCIAL CONCOMITANTE.

Não pode ser caracterizada como empresa prestadora de serviços, de caráter eminentemente civil, a sociedade que possua, dentre seus objetivos sociais, vasta atividade comercial concomitante à prestação de serviços. Inaplicabilidade do Parecer CJ n° 1.861/99. Aplicação da Súmula 499 do E. Superior Tribunal de Justiça.

TAXA SELIC. SÚMULA CARF Nº 04.

A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil são

devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer parcialmente do recurso voluntário, em razão de tratar de matéria preclusa. Na parte conhecida, também por unanimidade de votos, em negar-lhe provimento.

(assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Débora Fófano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernanda Melo Leal (suplente convocada), Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

1- Adoto inicialmente como relatório a narrativa constante do V. Acórdão da DRJ (fls. 353/358) por sua precisão, sendo que os documentos a seguir indicados estão sendo relacionados de acordo com sua numeração do e-fls dos autos.

> *Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito — NFLD (DEBCAD nº 35.529334-2) na qual são exigidas contribuições destinadas ao custeio da Seguridade Social, bem como contribuições sociais destinadas a outras entidades e fundos (Terceiros).*
>
> *2. Segundo o relatório fiscal da NFLD em apreço, as contribuições ora exigidas correspondem aos valores apurados nas folhas de pagamento da notificada, recibos, bem como a partir das informações por ela prestadas em GF1P Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social relativamente a remunerações creditadas a segurados empregados e a contribuintes individuais, deduzidos os recolhimentos realizados pelo contribuinte e importâncias incluídas nos parcelamentos (LDC) n" 35.529.295-5 e 32.533.709-8.*

2.1. acrescenta, ainda, que os créditos foram apurados em cada estabelecimento do contribuinte e correspondem aos levantamentos "FE1" e "FE2", para valores declarados e não declarados em GFIP, respectivamente, incluindo, também, o levantamento "DAL", que corresponde a diferenças de acréscimos legais devidas em razão de recolhimentos realizados em atraso.

3. O valor do presente lançamento é de RS 2.959.375,70, consolidado em 02/12/2005.

4. Notificada pessoalmente do lançamento em 08/12/2005, a interessada apresentou impugnação, de fls. 1529/1531, aduzindo as seguintes alegações:

4.1. acosta aos autos guias de recolhimento ignoradas pela fiscalização, motivo pelo qual conclui que os valores apontados como devidos foram, em verdade, recolhidos nas épocas apropriadas;

4.2. manifesta contrariedade em relação ao exíguo prazo que teve para reunir todas as guias de todas as suas filiais, quando é certo que a fiscalização teve um ano para efetuar o exame correto da documentação. Nesse passo, entende ter havido flagrante violação ao principio constitucional da ampla defesa.

DA DILIGÊNCIA

5. Diante dos argumentos e da documentação apresentada, os autos foram encaminhados ao Auditor-Fiscal notificante, mediante Despacho de lis. 1720/1721, para apreciação e manifestação.

5.1. Em atendimento à diligência requerida pela autoridade julgadora, o ilustre fiscal notificante elaborou Informação Fiscal its fls. 1771/1773, acompanhada das planilhas de fls. 1781/1806 e Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos — FORCED de lis. 1807/1882, que demonstram a retificação a ser procedida na NFLD.

5.2. todas as peças anexadas aos autos foram cientificadas ao sujeito passivo, conforme Aviso de Recebimento datado de 30/01/2006 (fls. 1888).

DO ADITIVO DA IMPUGNAÇÃO

6. As fls. 1725/1764, a empresa apresenta aditivo à defesa anteriormente protocolada, alegando que:

6.1. é possível a apresentação de aditamento à defesa, com fulcro na Consulta Técnica n° 903 e na Portaria MPS n° 520/2004;

6.2. pondera que o relatório Fundamentos Legais do Debito FLD, peça integrante da NFLD em referencia, apresenta corno fundamento, dentre outros, -compensação indevida do salário-família, do salário-maternidade e do auxilio-natalidade. Como a

NFLD), aparentemente, apenas trata de débitos relativos à parte patronal e SAT, não é possível determinar em qual fato gerador o item "compensação indevida" está fundamentado.

6.3. neste sentido, conclui que a adição de fundamentação legal impertinente ao credito é considerada vicio insanável, motivo pelo qual protesta pela nulidade do lançamento;

6.4. por derradeiro, repudia a cobrança de contribuições para o SESC/SENAC ate a competência 12/2002, por entender que, de acordo com seu contrato social, resta evidenciado tratar-se de empresa prestadora de serviços e, corno tal, não sujeita as referidas exações, conforme estabelecido no art. 41 da OI MPS/SRP nº 11, de 12/08/2005. Sobre o tema, cita, ainda, o Parecer CJ n°1861/99 e diversas consultas internas.

DA SEGUNDA DILIGÊNCIA

7. Em face dos argumentos trazidos em sede de aditamento á defesa, bem como em razão de pequenos equívocos identificados na planilha de retificação do lançamento, a então autoridade julgadora solicitou, As fls. 1889/1891, nova diligência fiscal, com a adoção dos *seguintes procedimentos: a) analise de toda planilha de retificação e seu refazimento em função dos erros identificados por amostragem: b) esclarecimento a respeito da inclusão no FLD do fundamento "Compensação Indevida"; c) notificação do sujeito passivo e reabertura do prazo de defesa.*

7.1. Em atendimento ao novo pedido de diligencia, o Auditor-Fiscal notificante acosta ao autos, As fls. 1892, Relatório Fiscal Complementar em que declara que o fundamento legal "Compensação Indevida" foi incluído por engano, possivelmente no instante da agregação/apropriação no sistema informatizado dos fundamentos legais que motivariam o presente lançamento, razão pela qual deve ser desconsiderado;

7.2. anexa, às fls. 1979, Informação Fiscal em que resume os procedimentos adotados, acompanhada de novo Formulário para Cadastramento e Emissão de Documentos — FORCED de fls. 1894 a 1969, que reflete a nova composição de valores do lançamento e substitui o FORCED elaborado na diligência anterior,

7.3. Não obstante o sujeito passivo ter sido cientificado do resultado da diligencia pela via postal, conforme Aviso de Recebimento de fls. 1980, sendo-lhe reaberto o prazo de defesa, não houve apresentação de nova impugnação.

02- A impugnação do contribuinte foi julgada procedente em parte de acordo com decisão da DRJ assim ementada:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/08/2005

INCLUSÃO DE FUNDAMENTO LEGAL IMPERTINENTE. POSSIBILIDADE DE SANEAMENTO.

Tratando-se de inclusão de fundamento legal manifestamente impertinente, já identificado e conhecido pelo sujeito passivo em sua impugnação e devidamente corrigido através da emissão de Relatório Fiscal Complementar, com reabertura de prazo de defesa, não há que se falar em nulidade por vício insanável.

SESC E SENAC. ATIVIDADE CIVIL e COMERCIAL CONCOMITANTE.

Não pode ser caracterizada como empresa prestadora de serviços, de caráter eminentemente civil, a sociedade que possua, dentre seus objetivos sociais, vasta atividade comercial concomitante à prestação de serviços. Inaplicabilidade do Parecer CJ n° 1.861/99.

TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE N° 08 DO STF. REVISÃO DO LANÇAMENTO.

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei n° 8.212/91, o prazo decadencial das contribuições previdenciárias passa a ser regido pelo Código Tributário Nacional, fato que implica a revisão imediata dos créditos em fase de cobrança administrativa.

Lançamento procedente em parte

03 - Houve a exclusão do período de 01/1999 a 11/2000 pelo fato do reconhecimento da decadência e de parte de diferenças reconhecidas como recolhidas do período não abrangido pela decadência de 12/2000 a 08/2005 através de retificação do lançamento através das planilhas de fls. 1781/1806 e FORCED de fls. 1894/1969 (nesse caso a numeração das folhas originais do processo físico), após a realização de 2 (duas) diligências por parte da autoridade fiscal.

04 - Há recurso voluntário às e-fls. 4.623/4.681 a esse E. CARF que de forma sintética o contribuinte questiona a indevida exigência da contribuição previdenciária incidente sobre a verba paga a segurado empregado durante os primeiros 15 (quinze) dias de afastamento por motivo de doença bem como aquela incidente sobre 1/3 de férias, horas extras e SESC/SENAC e aplicação da Taxa Selic na atualização dos créditos tributários.

05 - Portanto, esse é o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Marcelo Milton da Silva Risso - Relator

06 – Conheço do recurso por estarem presentes as condições de admissibilidade.

07 - Os temas a seguir indicados serão analisados em conjunto: "*DA ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO SOBRE O VALOR PAGO AO SEGURADO-EMPREGADO DURANTE O SEU AFASTAMENTO DO AMBIENTE LABORAL POR MOTIVO DE DOENÇA ATÉ 0 15° (DÉCIMO QUINTO) DIA - CONCEITO EQUIVOCADO DA EXPRESSÃO "FOLHA-DE-SALÁRIO"; DA ILEGALIDADE DA INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA SOBRE OS VALORES PAGOS AOS SEGURADOS EMPREGADOS A TÍTULO DE 1/3 DE FÉRIAS E HORAS EXTRAS."*

08 - De início o contribuinte reconhece que tais temas não foram objeto de discussão nas defesas contidas no e-fls. 3.078/3.082 e a sua complementação à e-fls. 3.470/3.548 e portanto, inova ao trazer matéria não julgada e discutida na instância de piso:

> *"Em que pese a Recorrente não ter abordado o fundamento a , seguir nas instâncias inferiores, nada impede que este Conselho conheça da matéria e julgue conforme determina a lei, para que seja afastada do débito recorrido a contribuição previdenciária incidente sobre a verba pago ao segurado-empregado durante os 15 (quinze) primeiros dias de afastamento do segurado empregado por motivo de doença, visto que esses valores não se amoldam ao conceito de «salário" previsto na legislação regente das contribuições previdenciárias, bem como a contribuição previdenciária incidente sobre as Horas Extras e 1/3 constitucional de Férias."*

9 - Entendo que esse fato, após análise das defesas apresentadas e a teor da decisão de primeiro grau em vista da supressão de instância ocorrida por trazer matéria nova não debatida, por mais que seja de direito, ocorre que houve preclusão consumativa quanto a esse ponto na forma do art. 17 do Decreto 70.235/72 que diz: *Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.*

10 - Além disso, por mais que fosse conhecida, seria o caso do seu afastamento uma vez que, por mais que haja a alegação do recorrente de que não se trata de

análise da constitucionalidade das referidas exações, ocorre que, para o seu afastamento, haverá a necessidade desse Tribunal Administrativo se debruçar a respeito desse assunto, tanto que o recurso abarca em suas razões os conceitos derivados e indicados na própria Constituição e sendo assim aplicado ao caso os termos da Súmula nº 02 do E. CARF que reproduzo abaixo:

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

11 - Ainda assim, pela análise do relatório fiscal do e-fls. 2.590/2.596 não se verifica que o lançamento se deu exclusivamente sobre esses pontos, sendo que nesse caso, deveria o recorrente, indicar nos autos de forma minudente as competências em que se encontram o lançamento desses pontos abordados contendo os respectivos segurados e as respectivas provas da natureza de tal rendimento.

12 - No caso, o recorrente pretende, como ele mesmo afirma discorrer a respeito da expressão "folha de salário", contudo, tal tema já foi objeto de decisão pelo E. STF no julgamento em Repercussão Geral no RE 565.160 de Relatoria do I. Ministro Marco Aurélio em acórdão assim ementado:

> *CONTRIBUIÇÃO – SEGURIDADE SOCIAL – EMPREGADOR. A contribuição social a cargo do empregador incide sobre ganhos habituais do empregado, a qualquer título, quer anteriores, quer posteriores à Emenda Constitucional nº 20/1998 – inteligência dos artigos 195, inciso I, e 201, § 11, da Constituição Federal.(RE 565160, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 29/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-186 DIVULG 22-08-2017 PUBLIC 23-08-2017)*

13 - De acordo com o RE acima o STF decidiu a teor do alcance da expressão "folha de salários" para fins de instituição de contribuição social sobre o total das remunerações e, portanto, mesmo havendo conhecimento dessas matérias, haveriam de ser mantidas no lançamento de acordo com a definição dada pelo Judiciário.

14 - Portanto, pelo exposto não conheço das matérias acima indicadas de acordo com os fundamentos acima.

DA ILEGALIDADE DA COBRANÇA DA CONTRIBUIÇÃO DESTINADA AO SESC/SENAC

15 - Nessa parte, alega em síntese o contribuinte que referida exação é apenas exigível de empresas que explorem atividades comerciais, contudo, sem razão, em vista que tal matéria inclusive já foi definida pelo Judiciário.

16 - De acordo com o E. STJ *verbis:*

> *"[...] As empresas prestadoras de serviços, espécie de empresa de assessoramento, constantes do quadro a que se refere o artigo 577 da Consolidação das Leis do Trabalho, na compreensão da Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, estão obrigadas ao recolhimento da contribuição social para o SESC/SENAC, por se encontrarem inseridas nas categorias econômicas e profissionais vinculadas ao plano sindical da Confederação Nacional do Comércio." (AgRg no Ag 1018295 SP, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJe 01/09/2008)*

> *"A Primeira Seção firmou o entendimento segundo o qual as empresas prestadoras de serviços estão incluídas dentre aquelas que devem recolher, a título obrigatório, a contribuição relativa ao SESC/SENAC, porquanto enquadradas no plano sindical da Confederação Nacional do Comércio, consoante a classificação do artigo 577 da CLT e seu anexo, inclusive as empresas prestadoras de serviços educacionais." (AgRg no REsp 713653 PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 31/03/2009)*

17 - O E. STJ já definiu em Recurso Repetitivo 1255433/SE que se transformou na súmula 499 do STJ que diz: *"As empresas prestadoras de serviços estão sujeitas às contribuições ao Sesc e Senac, salvo se integradas noutro serviço social".*Quanto a essa matéria a ementa do RESP abaixo, sem grifos no original:

> *TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA N. 284/STF. Recurso Especial representativo de controvérsia (art. 543-C, do CPC). CONTRIBUIÇÃO AO SESC E SENAC. EMPRESAS PRESTADORAS DE SERVIÇOS EDUCACIONAIS. INCIDÊNCIA.*
>
> *1. Não merece conhecimento o recurso especial que aponta violação ao art. 535, do CPC, sem, na própria peça, individualizar o erro, a obscuridade, a contradição ou a omissão ocorridas no acórdão proferido pela Corte de Origem, bem como sua relevância para a solução da controvérsia apresentada nos autos. Incidência da Súmula n. 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua*

fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia".

2. As empresas prestadoras de serviço são aquelas enquadradas no rol relativo ao art. 577 da CLT, atinente ao plano sindical da Confederação Nacional do Comércio - CNC e, portanto, estão sujeitas às contribuições destinadas ao SESC e SENAC. Precedentes: REsp. n. 431.347/SC, Primeira Seção, Rel. Min Luiz Fux, julgado em 23.10.2002; e AgRgRD no REsp 846.686/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 16.9.2010.

3. O entendimento se aplica às empresas prestadoras de serviços educacionais, muito embora integrem a Confederação Nacional de Educação e Cultura, consoante os seguintes precedentes: Pela Primeira Turma: EDcl no REsp. 1.044.459/PR; AgRg no Ag 882.956/MG; REsp. 887.238/PR; REsp. 699.057/SE; Pela Segunda Turma: AgRg no Ag 1.347.220/SP; AgRgRD no REsp. 846.686/RS; REsp. 886.018/PR; AgRg no REsp. 1.041.574 PR; REsp. 1.049.228/PE; AgRg no REsp. 713.653/PR; REsp. 928.818/PE.

4. A lógica em que assentados os precedentes é a de que os empregados das empresas prestadoras de serviços não podem ser excluídos dos benefícios sociais das entidades em questão (SESC e SENAC) quando inexistente entidade específica a amparar a categoria profissional a que pertencem. Na falta de entidade específica que forneça os mesmos benefícios sociais e para a qual sejam vertidas contribuições de mesma natureza e, em se tratando de empresa prestadora de serviços, há que se fazer o enquadramento correspondente à Confederação Nacional do Comércio - CNC, ainda que submetida a atividade respectiva a outra Confederação, incidindo as contribuições ao SESC e SENAC que se encarregarão de fornecer os benefícios sociais correspondentes.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp 1255433/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/05/2012, DJe 29/05/2012)

18 - No mais, agiu de forma acertada a decisão de piso ao manter o lançamento quando verificou que no objeto social da recorrente existem outros tipos de atividades, tal como as de comércio:

35. A teor do Contrato Social da DE -ALA MATERIAL FOTOGRÁFICO LTDA - cláusula segunda — Objetivo (fls. 1317), temos que:

> ***2.1. A sociedade possui os seguintes objetivos sociais:***
>
> ***2.1.1 — importação e comércio atacadista e varejista de materiais, máquinas, filmes e objetos fotográficos, álbuns fotográficos, binóculos e lunetas, calculadoras, disquetes, liras cassete e vídeo. CD's room, pilhas e baterias, relógios de pulso, mesa e parede, rádios e Walkman, fones de ouvido, aparelhos telefônicos em geral e para presentes;***
>
> ***2.1.2. - Agenciamento e prestação de serviços fotográficos e laboratório de revelação:***
>
> ***2.1.3- Prestação de assistência técnica em equipamentos de mini laboratório fotográfico.***
>
> ***36. No caso em tela, verifica-se claramente que o objeto social do sujeito passivo abrange vasta atividade comercial expressamente definida no subitem 2.1.1 do contrato social, o que afasta de plano qualquer possibilidade de qualificá-la corno empresa prestadora de serviços, de caráter eminentemente civil. Logo, conclui-se que a Interessada no escapa incidência das contribuições para o SESC e SENAC.***

19 - Portanto, nego provimento ao recurso nesse ponto.

DA INAPLICABILIDADE DA TAXA SELIC

20 - Por mais que não tenha sido objeto de questionamento em primeira instância em defesa, nesse ponto entendo aplicável os termos da Súmula CARF nº 04 assim explicitada:

> *A partir de 1º de abril de 1995, os juros moratórios incidentes sobre débitos tributários administrados pela Secretaria da Receita Federal são devidos, no período de inadimplência, à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - SELIC para títulos federais. (**Vinculante**, conforme Portaria MF nº 277, de 07/06/2018, DOU de 08/06/2018).*

21 - Portanto, nada a prover também nesse tópico.

Conclusão

22 - Diante do exposto, conheço em parte do recurso para, na parte conhecida, no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO na forma da fundamentação.

(assinado digitalmente)

Marcelo Milton da Silva Risso