



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo n° 35366.000951/2005-37
Recurso n° 150.417 Voluntário
Matéria DIFERENÇAS DE CONTRIBUIÇÕES
Acórdão n° 206-01.802
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente TIMBRE TECNOLOGIA EM SERVIÇOS LTDA
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2004 a 31/03/2004

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.

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

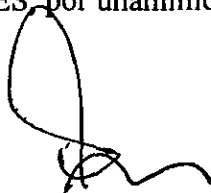
Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante no prazo legal. O contencioso administrativo fiscal só se instaura em relação àquilo que foi expressamente contestado na impugnação apresentada de forma tempestiva.

JULGAMENTO - ENFRENTAMENTO DE TODAS AS ALEGAÇÕES - NULIDADE - INEXISTÊNCIA.

A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica nulidade na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção.

Recurso Voluntário Negado.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa (Suplente convocado), Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA).

O Relatório Fiscal (fls. 23/25) informa que os fatos geradores são as remunerações de empregados, constante nos Resumos Totais das Folhas de Pagamento apresentadas, tendo sido deduzidos o valor total da retenção em notas fiscais de serviços emitidas pela empresa.

A auditoria fiscal elaborou um discriminativo da apuração do crédito previdenciário (fls. 26/31).

A notificada apresentou defesa (fls. 56/112) onde alega que o fiscal pode propor, mas não impor, vez que a notificação de lançamento é meramente declaratória e não ato constitutivo.

Tece considerações a respeito da diferença entre empregado e trabalhador avulso e entre empregado e trabalhador temporário.

Argúi a respeito da contribuição referente à remuneração a autônomos/avulsos e pró-labore e afirma a necessidade de Emenda à Constituição para incluir pró-labore e remuneração a autônomos/avulsos no art. 195 da Constituição Federal.

Questiona se contribuição social e impostos são tributos da mesma espécie.

Considera inconstitucional a cobrança do SAT a partir de parâmetros quantitativos estabelecidos pela administração, discricionariamente, mediante decretos.

Da mesma forma, entende que as notas relativas ao Salário-Educação não foram recepcionadas pela Carta Política de 1988, além de confrontarem a EC n° 1/1969.

Alega que a contribuição para o INCRA não é devida por empresas vinculadas à previdência urbana, bem como que a contribuição ao SEBRAE não deveria lhe ser exigida, uma vez que a notificada não se enquadra no conceito legal de micro e pequena empresa.

Aduz que a fiscalização cobra multas moratórias com efeitos confiscatórios e aplica incorretamente a taxa SELIC afrontando o princípio da legalidade.

Pela Decisão-Notificação n° 21.401.4/0077/2005 (fls. 171/183), o lançamento foi considerado procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 188/241) onde efetua repetição das alegações apresentadas em defesa e inova na alegação de que a relação exaustiva e genérica das leis contidas nos autos, obstruiu de forma incontornável a defesa da recorrente.

Também inova na alegação de que seria possível a apreciação da constitucionalidade de leis na esfera administrativa e que as contribuições aos SESC e SENAC seria inconstitucionais.

Apresenta planilha (fl. 194) onde procura demonstrar que foram apurados valores incorretos das retenções no período, bem como junta relação de retenções contendo tomadora de serviço, nº da Nota Fiscal, valor da nota e valor da retenção (fls. 242/249).

O recurso foi encaminhado à então 2ª Câmara de Julgamento do CRPS que pelo Decisório Nº 380/2005 (fls. 280/281) converteu o julgamento em diligência para que a auditoria fiscal apreciasse e concluísse a respeito das alegações da recorrente, principalmente quanto à planilha contendo as retenções sofridas.

A SRP respondeu alegando que teria havido preclusão do direito de apresentação de fatos novos e que no presente lançamento não estariam sendo discutidos os valores referentes à retenção de 11%, prevista no art. 31 da Lei nº 8.212/1991, com redação dada pela Lei nº 9.711/1998.

A 2ª CaJ entendeu que a diligência não teria sido cumprida a contento e encaminhou os autos novamente à origem.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que manifestou-se (fls. 347/357) informando que da análise da planilha apresentada pela empresa verificou-se que foram consideradas Notas Fiscais onde não consta o recebimento pelas empresas tomadoras de serviços e que não foram apresentadas durante à fiscalização e nem em defesa. Tais notas também não teriam constado da relação de notas fiscais apresentadas pela empresa e não consta que existam processos judiciais de cobrança dos valores da referidas notas.

A auditoria fiscal juntou aos autos cópias das notas fiscais em que não consta recebimento por parte dos tomadores de serviços, bem como relaciona as notas fiscais, cujas retenções foram aproveitadas no presente lançamento.

Instada a manifestar-se sobre o resultado da diligência, a notificada não o fez.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

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

O cerne do recurso apresentado repousa sobre alegações de inconstitucionalidade e ilegalidades diversas.

Ainda que a recorrente não concorde, não cabe à instância administrativa afastar aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob argumento de que haveria afronta à Constituição Federal ou a lei hierarquicamente superior.

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 expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.)."

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do 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".

A recorrente ainda traz alegações de forma inovadora no recurso, como cerceamento de defesa e inconstitucionalidade das contribuições destinadas ao SENAC e SESC.

Tais alegações não foram apresentadas 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.”

Não obstante a preclusão verificada, a então 2ª Câmara de Julgamentos do CRPS entendeu por encaminhar os autos em diligência para que a auditoria fiscal se manifestasse a respeito das questões apresentadas, sobretudo com relação à planilha relacionando notas fiscais e respectivas retenções.

Assevere-se que em seu recurso, a notificada informa total de retenção considerado pela auditoria fiscal que não condiz com o que foi efetivamente considerado. A notificada informa valores de retenção que teriam sido considerados pela auditoria fiscal muito inferiores aos que foram realmente considerados.

Ademais, após a realização da diligência em que a auditoria fiscal demonstra de forma cabal as retenções que foram consideradas no lançamento, a recorrente, embora intimada, não apresentou qualquer manifestação, reforçando o caráter protelatório de seus argumentos.

Cumprе ressaltar que a recorrente ainda apresenta várias considerações impertinentes ao lançamento, como as argüições relativas à remuneração a autônomos/avulsos e pró-labora com fundamento da Lei Complementar 84/1996 ou argumentação a respeito de contribuições sociais e impostos.

A fim de se evitar qualquer alegação de cerceamento de defesa pela negativa de enfrentamento de questões irrelevantes ao caso em questão, cumprе ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pela recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

***“RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 –
Relator: Ministro Edson Vidigal – Quinta Turma – Julgamento em
01/06/1999 – Publicação em 28/06/1999 – DJ pág 150.***

***PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS
DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A
CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.***

***1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para pré questionar
matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora
sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a
responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado
motivo suficiente para fundar a decisão.***

2. Recurso não conhecido.”

***“REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 –
Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA –
Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258***

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no arresto a quo. (g.n.)”

Diante do exposto e 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 04 de fevereiro de 2009


ANA MARIA BANDEIRA