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

Processo nº 36216.007428/2006-07
Recurso nº 148.069 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.816 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 3 de dezembro de 2009
Matéria APROPRIAÇÃO INDÉBITA
Recorrente SPR - LOCAÇÃO DE SERVIÇOS LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SRP

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/2001 a 31/01/2005

**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.

DOMICÍLIO TRIBUTÁRIO.

O domicílio tributário onde se realizou a fiscalização está correto, não havendo nulidade do procedimento fiscal.

COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL. Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05, do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

**GFIP - TERMO DE CONFISSÃO DE DÍVIDA - SEGURADOS
DECLARADOS EM GFIP -**

Houve discriminação clara e precisa dos fatos geradores, possibilitando o pleno conhecimento pela recorrente.

A GFIP é termo de confissão de dívida em relação aos valores declarados e não recolhidos.

**REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. COMPETÊNCIA
PARA DECISÃO SOBRE PROCEDÊNCIA.**

Não é competência dos órgão de julgamento administrativo decidir sobre procedência de Representação Fiscal para Fins Penais.

APLICAÇÃO DA MULTA - A aplicação da multa tem previsão legal e a sua atualização obedece os termos da Portaria 342/2006.

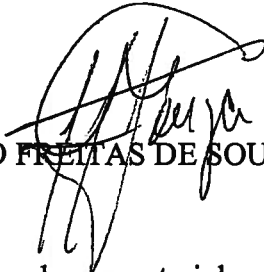
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



MARCELO FREITAS DE SOUZA COSTA - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, lavrada contra o contribuinte acima identificado, decorrente de contribuições descontadas de seus segurados e não repassadas ao INSS.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls. 122/123, no período de 10/2001 a 01/2005, a empresa efetuou descontos da remuneração dos empregados, conforme se demonstra através das folhas de pagamento e GFIP's apresentada pela própria empresa, mas não repassou tais valores ao INSS.

Foi efetuada Representação Fiscal para Fins Penais, em razão da configuração, em tese, de prática de crime previsto no art. 168-A § 1º, Inciso I, do Código Penal.

Inconformada com a Decisão Notificação de fls. 452/469, que julgou procedente em parte o lançamento, a empresa recorre à este conselho alegando em síntese:

DAS PRELIMINARES

Inicialmente sustenta a incompetência do Agente Fiscal Autuante sob o argumento de que o mesmo pertence à Delegacia de São Bernardo do Campo, lavrou o auto em Diadema e a sede da recorrente está situada no município de Santos.

Afirma que a NFLD foi editada sem base documental, o que ensejaria a falta de elementos para a defesa, pois, foi lavrada na filial da empresa e ainda, que a lavratura do Auto de Infração 35.814.631-3 concomitantemente com a presente notificação é a prova cabal de falta de elementos, já que no AI fundamentou-se a fiscalização na falta de apresentação de documentos exigidos pela fiscalização.

Que estão inseridas na presente notificação nove parcelas já pagas pela recorrente;

Aduz que as GFIP's apresentadas pela empresa não constituem confissão de dívida, pois, não trazem em seu corpo as assinaturas de nenhum dos representantes legais da empresa e são transmitidas por funcionários subalternos que não representam a empresa.

Insurge-se contra a manifestação produzida na Decisão Recorrida, no sentido de imputar aos representantes legais da recorrente, em seu relatório, a prática de crime de Apropriação Indébita.

DO MÉRITO

No mérito contesta o lançamento, defendendo sua insubsistência por não ter sido obtido através de documentos analisados na contabilidade da empresa.



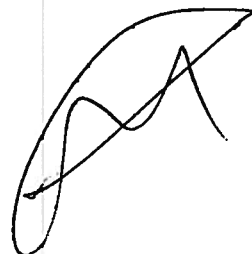
Que os valores lançados não correspondem com a realidade e a recorrente não consegue chegar ao montante de juros encontrado pelo fisco e constitucionalmente os juros não podem ultrapassar 12% ao ano e ainda foram aplicados com base em legislação revogada..

Defende o entendimento de que não cabe contribuição sobre o 13º salário, vez que este não se origina de trabalho prestado, ou seja, não é contra-prestação.

Requer o conhecimento do recurso para decretar a nulidade absoluta da NFLD conforme argüido nas preliminares ou que no mérito seja declarada total ou parcialmente insubsistente a Decisão Recorrida.

A SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA – SRP, manifestou-se pelo encaminhamento do recurso para a análise deste conselho.

É o relatório.

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, stylized 'S' or 'R' shape with a loop at the bottom and a long, sweeping stroke extending upwards and to the right.

Voto

Conselheiro Marcelo Freitas de Souza Costa, Relator

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade

O presente lançamento refere-se às contribuições dos segurados devidamente arrecadadas pela empresa e não recolhidas em época própria.

O lançamento se deu em 09/04/2005, data da ciência do sujeito passivo.

A Lei nº 8.212/1991, em sua redação atual, estabelece no art. 20, Inciso I, alíneas “a” e “b”, o seguinte:

“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:

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

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”

DAS PRELIMINARES

Quanto ao argumento de que não caberia fiscalização tributária em domicílio tributário diferente do local da sua sede, não assiste razão à recorrente.

A respeito da suposta incompetência da autoridade lançadora para lavrar a autuação, como pretende a recorrente, mister esclarecer que não cabe ao contribuinte determinar quem são as pessoas competentes para a prática do ato administrativo do lançamento.

Assim, aprovado em concurso público para provimento de vagas de auditor fiscal do INSS, a este, empossado e investido em suas funções, caberá PRIVATIVAMENTE promover o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional. É o que determina o artigo 142, do CTN, *in verbis*:

“Art.142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência

do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo Único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional."

Em verdade, a incompetência que deve ser levantada no presente caso, é a do contribuinte de inferir quais as pessoas competentes para promover a constituição do crédito tributário, que não os auditores fiscais do INSS.

Mais a mais, a legislação previdenciária, especialmente a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 33, *caput*, atribui ao INSS, por meio das autoridades competentes, quais sejam, auditores fiscais, a competência para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais, nos seguintes termos:

"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."

Por sua vez, a Lei nº 10.593/2002, em seu artigo 8º, não discrepa deste entendimento, como segue:

"Art. 8º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Previdência Social, relativamente às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS:

I - em caráter privativo:

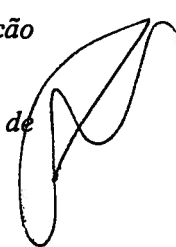
a) executar auditoria e fiscalização, objetivando o cumprimento da legislação da Previdência Social relativa às contribuições administradas pelo INSS, lançar e constituir os correspondentes créditos apurados;

b) efetuar a lavratura de Auto de Infração quando constatar a ocorrência do descumprimento de obrigação legal e de Auto de Apreensão e Guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades;

c) examinar a contabilidade das empresas e dos contribuintes em geral, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial;

d) julgar os processos administrativos de impugnação apresentados contra a constituição de crédito previdenciário;

e) reconhecer o direito à restituição ou compensação de pagamento ou recolhimento indevido de contribuições;



f) auditar a rede arrecadadora quanto ao recebimento e repasse das contribuições administradas pelo INSS;

g) supervisionar as atividades de orientação ao contribuinte efetuadas por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal; e

h) proceder à auditoria e à fiscalização das entidades e dos fundos dos regimes próprios de previdência social, quando houver delegação do Ministério da Previdência e Assistência Social ao INSS para esse fim; e

II - em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do INSS." (grifamos)

Portanto, rejeito a preliminar de incompetência do auditor fiscal notificante.

Com relação às parcelas mencionadas como já pagas pela recorrente, temos que a Decisão Notificação ao julgar o lançamento precedente em parte, já excluiu as parcelas comprovadamente pagas pela recorrente. Portanto, nada a prover a esse respeito.

Sobre a afirmação de que as GFIP's não podem ser consideradas como termo de confissão de dívida, temos que os valores objeto da presente notificação foram lançados com base na GFIP, declaração realizada pela própria empresa e de suas folhas de pagamento.

Em relação a GFIP vale destacar, que conforme dispõe o art. 225, § 1º do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, abaixo transcrito, os dados informados em GFIP constituem termo de confissão de dívida quando não recolhidos os valores nela declarados.

Art.225. A empresa é também obrigada a:

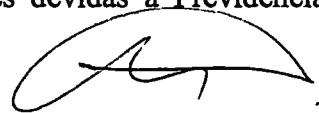
(...)

IV - informar mensalmente ao Instituto Nacional do Seguro Social, por intermédio da Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social, na forma por ele estabelecida, dados cadastrais, todos os fatos geradores de contribuição previdenciária e outras informações de interesse daquele Instituto;

(...)

§ 1º As informações prestadas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social servirão como base de cálculo das contribuições arrecadadas pelo Instituto Nacional do Seguro Social, comporão a base de dados para fins de cálculo e concessão dos benefícios previdenciários, bem como constituir-se-ão em termo de confissão de dívida, na hipótese do não-recolhimento.

Uma vez que a notificada remunerou segurados, conforme informação prestada pelo próprio recorrente durante o procedimento fiscal, baseado no documento GFIP, deveria ter efetuado o recolhimento da totalidade das contribuições devidas à Previdência Social.



Pugna ainda a recorrente contra a Representação Fiscal para Fins Penais emitida. Sobre esse pedido tenho a afirmar que, malgrado o auditor fiscal tenha mencionado no relatório a suposta ocorrência de ilícito penal pela omissão de fatos geradores de contribuição social em GFIP, esta matéria é estranha ao lançamento tributário, portanto, à lide que ora se julga, não cabendo a este órgão de julgamento administrativo enveredar por esta seara. Cabe ao Ministério Público, órgão que detém a titularidade privativa da ação penal pública, posicionar-se sobre a procedência ou não da Representação encaminhada pelo agente tributário, que apenas instrui o processo.

DO MÉRITO

Também não assiste razão à recorrente, quanto às argumentações de mérito contidas em seu recurso.

Com relação ao lançamento não ter sido realizado através de documentos analisados na contabilidade da empresa, temos que a documentação que ensejou a lavratura da notificação foram, as GFIP's e Folhas de Pagamentos, justamente apresentadas pela própria recorrente.

Sobre a ilegalidade e inconstitucionalidade de dispositivos legais, estes não serão discutidos na esfera administrativa, sendo tal competência do Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece o art. 102, inciso I, alínea "a" da Constituição Federal e os juros cobrados pela taxa SELIC tem previsão legal, e no caso presente foram aplicadas de acordo com o art. 34 da Lei nº 8.212/91.

Outro equívoco da recorrente é quando afirma que sobre o 13º Salário não há incidência de contribuição previdenciária por não se originar de trabalho prestado, ou não ser contra-prestação.

Conforme transcrevemos abaixo e também já rebatido na Decisão Notificação, a incidência de contribuições sobre o 13º Salário é prevista tanto na Lei 8212/91 em seu art. 28, § 7º, quanto no art. 214, § 6º Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto 3048/99.

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

I - para o empregado e trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa; (Redação dada pela Lei nº 9.528, de 10.12.97)

(...)

§ 7º O décimo-terceiro salário (gratificação natalina) integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo de benefício, na forma estabelecida em regulamento. (Redação dada pela Lei nº 8.870, de 15.4.94)

Art.214. Entende-se por salário-de-contribuição:



I - para o empregado e o trabalhador avulso: a remuneração auferida em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive as gorjetas, os ganhos habituais sob a forma de utilidades e os adiantamentos decorrentes de reajuste salarial, quer pelos serviços efetivamente prestados, quer pelo tempo à disposição do empregador ou tomador de serviços, nos termos da lei ou do contrato ou, ainda, de convenção ou acordo coletivo de trabalho ou sentença normativa;

(...)

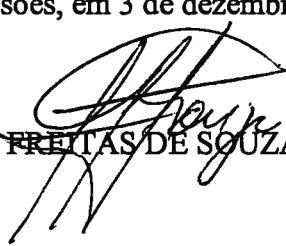
§ 6º A gratificação natalina - décimo terceiro salário - integra o salário-de-contribuição, exceto para o cálculo do salário-de-benefício, sendo devida a contribuição quando do pagamento ou crédito da última parcela ou na rescisão do contrato de trabalho.

Considerando que a notificação foi lavrada em escrita observância às normas legais vigentes, face não terem sido recolhidas contribuições devidas a Seguridade Social.

Voto no sentido de CONHECER DO RECURSO, rejeitar as preliminares e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 3 de dezembro de 2009


MARCELO FREITAS DE SOUZA COSTA - Relator

