



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFERE COMO ORIGINAL  
Brasília, 24.03.09  
Maria de Fátima Eefreira de Carvalho  
Mat. Siape 751683

CC02/C06  
Fls. 373

MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
SEXTA CÂMARA

Processo nº 37169.000967/2004-11  
Recurso nº 148.287 Voluntário  
Matéria APROPRIAÇÃO INDÉBITA  
Acórdão nº 206-01.267  
Sessão de 03 de setembro de 2008  
Recorrente TEKA TECELAGEM KUEHNRIK S/A  
Recorrida SRP - SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/08/2002 a 31/12/2003

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.

Recurso Voluntário Negado.

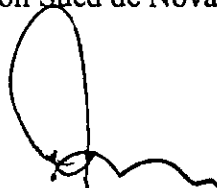
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 37169.000967/2004-11  
Acórdão n.º 206-01.267

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIB  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 24.03.09  
*Pauline*  
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho  
Mat. Siape 751683

CC02/C06  
Fls. 374

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso. Fez sustentação oral o(a) advogado(a) da recorrente Dr(a). Marlon Sued de Novais, OAB/SC nº 21621.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

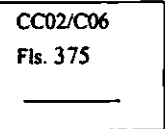
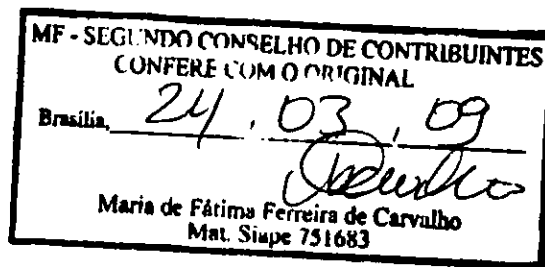
Presidente



ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Marcelo Freitas de Souza Costa (suplente convocado), Cleusa Vieira de Souza e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



## Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, arrecadada e não recolhida pela empresa.

O procedimento fiscal teve início em 28/08/2003, com a entrega ao contribuinte do Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 09071564.

Informa o Relatório Fiscal (fls. 130/132) que a falta de recolhimento de contribuições descontadas de contribuintes, no prazo legal, configura, em tese, crime contra a Seguridade Social, definido no Código Penal art. 168-A, § 1º, I. Tal fato ensejou a Representação Fiscal para Fins Penais encaminhada à autoridade competente.

A notificada apresentou defesa (fls. 133/142) onde alega que não poderia haver processo criminal antes do fim do processo administrativo tributário. Assim, considera incabível a formulação da Representação Fiscal para Fins Penais.

Alega nulidade do lançamento sob o argumento de que os MPF complementares não teriam indicado o nome e a matrícula do servidor responsável pela execução do mandado.

Argumenta que estão sendo exigidos valores já pagos e que não houve respeito aos limites máximos da base de cálculo das contribuições estabelecidos na legislação aplicável, no caso, Decreto nº 2173/1997, art. 37, § 5º e Decreto nº 3048/1999, arts 214, § 5º e 215.

Demonstra inconformismo quanto à base de cálculo utilizada onde afirma que estariam sendo incluídos os valores pagos às funcionárias a título de salário-maternidade que não tem natureza jurídica de salário ou remuneração.

Alega que não poderia prevalecer a aplicação da taxa de juros SELIC como juros moratórios.

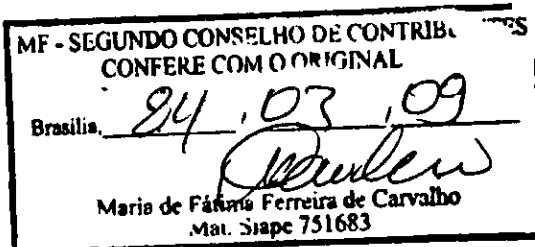
Por fim, alega que possui créditos relacionados às contribuições lançadas, consubstanciados em contribuições que foram pagas sobre receitas decorrentes de exportação quando o art. 149, § 2º, I da CF já previa imunidade nesse tipo de operação. Também considera possuir créditos decorrentes de contribuições recolhidas sobre verbas de natureza não salarial.

Apresenta planilha (fls 158/163) discriminativa do alegado crédito.

Pela Decisão-Notificação nº 20.421.4/0077/2004 (fls. 249/256) o lançamento foi considerado procedente em parte e o lançamento foi retificado a fim de considerar a guia de recolhimento apresentada relativa à competência 08/2002, não aproveitada quando do lançamento.

Contra a decisão acima, a notificada apresentou recurso tempestivo (fls. 261/273) onde alega a nulidade da decisão de primeira instância que não teria analisado os pedidos e fundamentos apontados na defesa, no caso as alegações relativas à inconstitucionalidade e ilegalidade das exigências contidas no lançamento.

No mais efetua repetição das alegações já apresentadas em defesa.



Os autos foram encaminhados à 2ª Câmara de Julgamento do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social que pelo Acórdão nº 328/2006 (fls. 290/293) anulou a decisão de primeira instância para que fosse dada ciência ao contribuinte de resultado de diligência em que a auditoria fiscal reconhece a necessidade de se considerar no lançamento a guia de recolhimento da competência 08/2002 não aproveitada anteriormente.

O contribuinte foi intimado da diligência fiscal e apresentou manifestação acompanhada de cópias de diversas guias.

Foi emitida a Decisão-Notificação nº 20.421.4/0350/2006 que considerou o lançamento procedente em parte para considerar a guia de recolhimento da competência 08/2002 apresentada pela empresa.

No que tange às guias apresentadas, a decisão de primeira instância entendeu que o pedido de apropriação dos valores pagos seria apreciado imediatamente após a decisão final/irrecorrível na via administrativa, uma vez que os recolhimentos foram efetuados em momento posterior ao lançamento e não haveria renúncia ao direito de defesa.

A notificada recorreu da decisão (fls. 356/366) repetindo as alegações de defesa.

Em contra-razões (fls. 370), a SRP manteve a decisão recorrida.

É o relatório.

## Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

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

A recorrente alega nulidade da decisão de primeira instância por entender que a mesma não enfrentou adequadamente todas as questões suscitadas.

Segundo a recorrente, o julgador de primeira instância absteve-se de arguir a respeito da constitucionalidade e legalidade dos dispositivos que autorizaram o lançamento das contribuições contidas na presente NFLD.

Não é possível acolher a preliminar suscitada. De fato, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo adentrar em questões que visem a apreciar a constitucionalidade/legalidade de dispositivos em vigência no ordenamento jurídico.

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;

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES  
CONFERE COM O ORIGINAL  
Brasília, 24.03.09  
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho  
Mat. SIAPE 751683

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 repute 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, nesta instância também não serão enfrentadas tais questões, uma vez que tal impossibilidade 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.”*

Ainda em sede de preliminar, a recorrente alega nulidade do procedimento que de acordo com seu entendimento não estariam precedidos de MPF.


Tal alegação não merece melhor sorte.

Conforme se verifica às folhas 166/170, a ação fiscal iniciou-se com a entrega ao contribuinte do MPF – Fiscalização nº 09071564. Após a entrega do mesmo, ainda foram emitidos três MPF’s complementares.

Segundo a recorrente, nos MPF’s complementares emitidos em 03/12/2003 e 01/03/2004 não constam o nome e a matrícula do servidor responsável pela execução do mandado e que os contribuintes teriam o direito de saber quem fiscalizará o empreendimento.

O art. 10 do Decreto nº 3.969/2001 dispõe o seguinte:

*“Art. 10. As alterações no MPF, decorrentes de substituição, inclusão ou exclusão de servidor responsável pela sua execução, bem assim as relativas a tributos a serem examinados e período de apuração, serão procedidas mediante emissão de Mandado de Procedimento Fiscal*

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUIÇÕES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 24.03.09  Maria de Fátima Figueira de Carvalho Mat. Sijape 751683
--

*Complementar (MPF-C), pela autoridade outorgante do MPF originário, do qual será dada ciência ao sujeito passivo."*

Nota-se que o MPF complementar é emitido quanto ocorre a alteração de alguma informação constante no MPF originário, como também pela inclusão de informação nova.

No caso em tela, o MPF originário informou ao contribuinte os agentes fiscais responsáveis pela auditoria a ser realizada. Posteriormente, com a entrada na equipe fiscal de outros auditores, foi emitido o MPF Complementar nº 01 discriminando tais servidores.

Quanto aos MPF's nº 03 e 04, os mesmos não foram emitidos em razão de alterações na equipe fiscal que permaneceu a mesma já informada pelos MPF's anteriores.

Nesse sentido, não há qualquer irregularidade nos MPF's expedidos e o lançamento encontra-se perfeitamente precedido pelos mesmos.

A notificada demonstra seu inconformismo pelo fato da auditoria fiscal haver formalizado Representação Fiscal para Fins Penais pela ocorrência em tese de crime de apropriação indébita. A recorrente entende que seria necessário aguardar a decisão final administrativa.

A meu ver, não cabe manifestação a respeito da oportunidade em que a auditoria fiscal deveria efetuar a citada representação, pois o lançamento, objeto do recurso, não guarda qualquer relação de dependência com o possível ilícito praticado.

Ademais, a auditoria fiscal agiu no estrito dever funcional, uma vez que tomou ciência da ocorrência, em tese, de crime de apropriação indébita previdenciária tipificado no art. 168-A, § 1º, I do Código Penal.

Também não cabe nesta instância administrativa discutir a ocorrência ou não de crime, devendo a recorrente apresentar suas alegações perante o órgão competente para a apuração do ilícito.

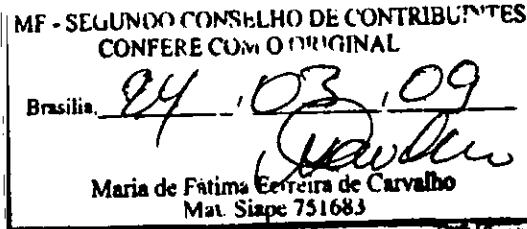
A recorrente alega que não houve respeito aos limites máximos da base de cálculo das contribuições. Tal argumento se revela impertinente, uma vez que a auditoria fiscal tão somente lançou as contribuições que a própria empresa havia descontado dos segurados, não tendo ocorrido qualquer cálculo de contribuições por parte da auditoria fiscal.

Quanto ao inconformismo da recorrente pela aplicação da taxa de juros SELIC, cumpre dizer que a mesma foi efetuada com fundamento em dispositivo legal vigente e, conforme já argüido, não cabe a esta autoridade julgadora apreciar questões relativas à constitucionalidade ou legalidade.

No que se refere aos supostos créditos que a empresa alega ter, verifica-se que a mesma incorre em equívoco.

A recorrente entende que faz jus à imunidade prevista no art. 149, § 2º, inciso I da Constituição Federal que dispõe o seguinte:





*“Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*

.....

*§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 33, de 2001).*

*I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;”*

A Constituição Federal também dispõe em seu art. 195, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c” que a seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, sendo que para os empregadores as contribuições sociais incidirão sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício, a receita ou o faturamento e o lucro.

O dispositivo constitucional citado pela recorrente é claro no sentido de que a imunidade refere-se às contribuições sociais incidentes sobre a receita decorrente da exportação e o lançamento em tela não trata desse tipo de contribuição, mas daquelas incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos do trabalho.

Assim, conclui-se que a recorrente não possui qualquer crédito oriundo da imunidade constitucional mencionada, bem como não demonstra possuir outro de qualquer origem.

De igual forma, não procede a alegação de que o salário-maternidade não configura remuneração.

O § 2º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 dispõe de forma expressa que o salário-maternidade integra o salário de contribuição. Portanto, não há que se alterar o lançamento sob esse argumento.

Nada mais havendo a ser enfrentado e diante de tudo que dos autos consta.

Voto no sentido de CONHECER do recurso, REJEITAR PRELIMINARES e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 03 de setembro de 2008

  
ANA MARIA BANDEIRA