



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

Processo nº 10167.001622/2007-91
Recurso nº 150.789 Voluntário
Acórdão nº 2806-00.015 – 6ª Turma Especial
Sessão de 10 de março de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente CONDOMÍNIO POOL PETROBALL
Recorrida DRI-BRASÍLIA/DF

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/2002 a 31/12/2005

PREVIDENCIÁRIO.NFLD. ENQUADRAMENTO NO FPAS.
VERIFICAÇÃO DA ATIVIDADE ECONÔMICA.

O enquadramento da empresa na tabela de códigos deve levar em conta a verdadeira atividade econômica desenvolvida pelo sujeito passivo.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

PERÍODO DE APURAÇÃO: 01/09/2002 a 31/12/2005

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI OU ATO NORMATIVO.

À autoridade administrativa é vedado o exame da constitucionalidade ou legalidade de lei ou ato normativo vigente.

RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 6ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente


KIEBER FERREIRA DE ARAUJO - Relator

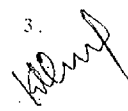
Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Marcelo Freitas de Souza Costa e Lourenço Ferreira do Prado.

Relatório

Trata o presente processo administrativo fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFID, DEBCAD n.º 35.871.945-3, posteriormente cadastrada na RFB sob o número de processo indicado no cabeçalho, lavrada em nome do contribuinte já qualificado nos autos, na qual são exigidas contribuições para outras entidades e fundos (terceiros). O crédito em questão reporta-se às competências de 09/2002 a 13/2005 (décimo terceiro salário) e assume o montante, consolidado em 26/01/2006, de R\$ 59.795,17 (cinquenta e nove mil e setecentos e noventa e cinco reais e dezessete centavos).

Inconformada com a decisão exarada pela DRJ Brasília, Acórdão n.º 03-21.805, fls. 177/181, a empresa apresentou recurso voluntário, fls. 190/215, alegando, em síntese, que:

- a) a exigência do depósito recursal prévio foi excluída do ordenamento com a revogação dos §§ 1.º e 2.º do art. 126 da Lei n.º 8.212/1991 pela MP n.º 413, de 03/01/2008;
- b) é ilegal a taxa SELIC, quando utilizada para fins tributários;
- c) a multa moratória é inconstitucional, tem caráter confiscatório e viola os princípios do contraditório e da ampla defesa;
- d) deve ser reconhecida, mesmo na via administrativa, a inconstitucionalidade do art. 35 da Lei n.º 8.212/1991, podendo ser utilizado, por analogia, o Código de Defesa do Consumidor, art. 52, § 2.º, e art. 22;
- e) ao contrário do que afirma a decisão recorrida, não existe na tabela de códigos FPAS constante no Anexo II da Instrução Normativa - IN SRP n.º 03/2005 o enquadramento de “armazém geral de combustível, sem comercialização” no FPAS 507, não se podendo fazer interpretação por analogia, haja vista ser a legislação taxativa;
- f) houve erro da fiscalização ao enquadrar a empresa no FPAS 507-0, posto que o código correto é 566 (condomínio), sendo que tal equívoco acarretou numa majoração de 1,3% na contribuição devida (apresenta tabela para demonstrar o acréscimo verificado);
- g) transcreve os arts. 1.º e 2.º da Convenção do Condomínio, os quais, segundo o condomínio notificado, provam que seu objeto social não é o comércio, não gerando lucro;
- h) que os únicos funcionários do condomínio são os responsáveis pela limpeza, vigilância, portaria e carregador de caminhão;
- i) inexistência de subordinação dos condôminos, muito menos comercialização;

3.


- j) o recorrente não está inscrita na Secretaria da Fazenda Estadual, nem na Junta Comercial, tampouco possui notas fiscais de serviço, o que lhe impossibilita manter relações comerciais;
- k) é enquadrado no cadastro do CNPJ como “outras atividades associativas”;
- l) é falsa a assertiva da fiscalização de que o condomínio comercializa produtos derivados de petróleo;
- m) conforme a doutrina leciona, condomínio é a propriedade de uma mesma coisa por várias pessoas, cabendo a cada uma igual direito, idealmente, sobre o todo e a cada uma das partes.

Por fim, pede o acolhimento das preliminares, declarando-se a nulidade do lançamento, ou que o mesmo seja considerado improcedente.

É o relatório

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

O recurso foi apresentado no prazo legal, conforme data da ciência da DN em 17/01/2008, fl. 186, e data de protocolização da peça recursal em 15/02/2008, fl. ver fl. 188. A exigência do depósito recursal prévio de fato não mais subsiste, assim, deve o mesmo ser conhecido.

Início pelas alegações de inconstitucionalidade na aplicação dos acréscimos de juros e multa. Não posso acatá-las, posto que a sua aplicação teve como pressuposto a Lei n.º 8.212/1991. É cediço que não é dado a órgão de julgamento administrativo lançar pronunciamento sobre inconstitucionalidade de norma vigente e eficaz. A esse respeito, trago a colação súmula aprovada pelo Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda em Sessão Plenária realizada no dia 18/09/2007, a qual versa acerca da impossibilidade de conhecimento na seara administrativa de questão atinente à inconstitucionalidade de ato normativo.

SÚMULA NO 2

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

Passemos ao mérito da contenda, que se circunscreve a verificar se o enquadramento do recorrente na tabela do Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS efetuado de ofício pela auditoria guarda consonância com as normas legais. É de se esclarecer que o efeito prático do referido enquadramento é a definição da alíquota a ser destinada às outras entidades e fundos, os chamados "terceiros".

O INSS, e agora a RFB, arrecada e fiscaliza contribuições devidas aos terceiros, às quais se aplicam as regras gerais da contribuição previdenciária, porquanto comuns à base-de-cálculo, privilégios e garantias conferidos por lei às espécies tributárias.

As dificuldades encontradas na fiscalização da contribuição devida às outras entidades e fundos decorrem, principalmente, de enquadramento irregular no FPAS, já que este é feito pelo próprio sujeito passivo, ressalvado o direito de retificação de ofício, se constatada irregularidade. Há casos em que o sujeito passivo, deliberadamente, adota FPAS diverso do que lhe é imposto em função do ramo de atividade em que atua, visando a uma alíquota menor para os terceiros. Em outros casos, o enquadramento incorreto decorre mesmo de interpretação errada do CNAE-Fiscal e do anexo II da IN/SRP n.º. 03, de 14/07/2005.

De acordo com o art. 2º da Convenção do Condomínio POOL PETROBALL, fls. 56/68, o mesmo:

"Tem a finalidade precípua de armazenamento e movimentação de combustíveis, e faz parte integrante da Base de Distribuição

5
Kleber

de Combustíveis, em construção, aprovada pela ANP, da Petroball Distribuidora de Petróleo Ltda”

Verifica-se de acordo com art. 5º da aludida Convenção, que os condôminos são diversas distribuidoras de petróleo, os quais têm direito a movimentar seus produtos nas instalações do condomínio (art. 24).

Pois bem, as considerações acima permitem-me inferir que as instalações do recorrente são utilizadas pelos condôminos para efetuarem o armazenamento de combustíveis para posterior distribuição ao comércio varejista.

Certamente, o próprio Condomínio não faz a comercialização dos produtos, todavia, os movimenta em nome dos condôminos, caracterizando-se como um verdadeiro armazém geral.

Ao contrário do que afirma o recorrente, há provas nos autos de que os funcionários do condomínio não são apenas zeladores, vigilantes e carregadores de caminhão. Verifica-se dos recibos de férias e contracheques colacionados pela auditoria, fls. 46/54, que laboram nas atividades ali desenvolvidas operadores de plataforma, encarregados de manutenção, encarregados de operação, estoquistas, encarregados de segurança do trabalho, mecânicos, eletricitas, etc.

Não é de se sustentar a tese de que o recorrente, desenvolvendo as atividades de estocagem e movimentação de combustíveis, possa se equiparar, para efeito do recolhimento de contribuições para terceiros, com os condomínios imobiliários, empresas de comunicação, creches, consultórios e condomínios, esses enquadrados no Anexo II da IN SRP nº 03/2005 no código de FPAS 566.

O simples fato do complexo de armazenagem e movimentação de combustíveis pertencer há diversas empresas distribuidoras não tem importância para fins de tributação, mas o que interessa é a atividade que ali se desenvolve. Nos termos do que dispões a IN SRP nº 03/2005:

Art. 137.

()

§ 1º As entidades e fundos para os quais o sujeito passivo deverá contribuir são definidas em função de sua atividade econômica e as respectivas alíquotas são identificadas mediante o enquadramento desta na Tabela de Alíquotas por Códigos FPAS, prevista no Anexo III

§ 2º O enquadramento na Tabela de Alíquotas por Códigos FPAS, é efetuado pelo sujeito passivo de acordo com cada atividade econômica por ele exercida, ainda que desenvolva mais de uma atividade no mesmo estabelecimento, observados os §§ 1º e 2º do art. 581 da CLT

()

Art. 139.

(.)

Compete ao MPS por intermédio da SRP, nos termos do art 94 da Lei nº 8.212, de 1991, com as alterações decorrentes do art 3º da Lei nº 11.098, de 2005, arrecadar e fiscalizar as contribuições devidas às outras entidades ou fundos, conforme alíquotas discriminadas na Tabela de Alíquotas por Códigos FPAS, prevista no Anexo III

(..)


§ 3º Caso seja feito enquadramento incorreto na Tabela de Códigos FPAS, prevista no Anexo III, a SRP, por meio de sua fiscalização, fará a revisão do enquadramento efetuado pelo sujeito passivo, observadas as atividades por ele exercidas

()

Assim, não posso me afastar da decisão *a quo*, quando entendeu que o fisco agiu com acerto ao revisar o enquadramento do sujeito passivo em função da atividade econômica por ele exercida – armazém geral, sendo devidas as contribuições apuradas na presente NFLD.

Voto, então, por afastar as preliminares suscitadas e, no mérito, por negar provimento ao recurso.

Sala das Sessões, em 10 de março de 2009


KLEBER FERREIRA DE ARAUJO - Relator