



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10640.005528/2008-59
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2202-008.541 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de agosto de 2021
Recorrente U&M MINERACAO E CONSTRUCAO S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/11/2003 a 31/12/2006/

NULIDADE. INOCORRÊNCIA.

A identificação clara e precisa dos motivos que ensejaram a autuação afasta a alegação de nulidade. Não há que se falar em nulidade quando a autoridade lançadora indicou expressamente a infração imputada ao sujeito passivo e propôs a aplicação da penalidade cabível, efetivando o lançamento com base na legislação tributária aplicável. A atividade da autoridade administrativa é privativa, competindo-lhe constituir o crédito tributário com a aplicação da penalidade prevista na lei.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2003 a 31/12/2006

RETENÇÃO DE 11%. OBRIGATORIEDADE.

É dever da empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário, reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa cedente da mão-de-obra.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.

(documento assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Mário Hermes Soares Campos, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Sara Maria de Almeida Carneiro Silva, Leonam

Rocha de Medeiros, Sonia de Queiroz Accioly, Virgílio Cansino Gil (Suplente convocado), Martin da Silva Gesto e Ronnie Soares Anderson (Presidente).

Relatório

Cuida-se, o caso versando, de Recurso Voluntário (e-fls. 384/397), com efeito suspensivo e devolutivo — autorizado nos termos do art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal —, interposto pelo recorrente, devidamente qualificado nos fólios processuais, relativo ao seu inconformismo com a decisão de primeira instância (e-fls. 347/363), proferida em sessão de 23/06/2010, consubstanciada no Acórdão n.º 09-30.072, da 5.ª Turma da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento em Juiz de Fora/MG (DRJ/JFA), que, por unanimidade de votos, julgou improcedente o pedido deduzido na impugnação (e-fls. 282/288), cujo acórdão restou assim ementado:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/2003 a 31/12/2006

AI DEBCAD n.º 37.145.438-7 de 17/12/2008

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTO DE INFRAÇÃO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. RETENÇÃO PELA TOMADORA DE SERVIÇOS MEDIANTE CESSÃO DE MÃO DE OBRA OU EMPREITADA. AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. PUBLICIDADE. LEGALIDADE. NULIDADE. NÃO CABIMENTO.

A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada.

A ciência de todos os documentos e relatórios do Auto de Infração assegura ao sujeito passivo o exercício do direito ao contraditório, a ampla defesa assim como a publicidade.

A Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, à obrigação de cumprir e respeitar as leis em vigor.

A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Não há como declarar nulidade do lançamento tributário que atende aos requisitos do artigo 142 do Código Tributário Nacional – CTN, formalizado por autoridade legalmente competente e nos termos do Decreto n.º 70.235/72.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Do lançamento fiscal

O lançamento, em sua essência e circunstância, para o período de apuração em referência, com auto de infração de obrigação principal (DEBCAD 37.145.438-7) juntamente com as peças integrativas (e-fls. 3/80; 242/243) e respectivo Relatório Fiscal juntado aos autos (e-fls. 81/103), tendo o sujeito passivo sido notificado em 19/12/2008 (e-fl. 3), foi bem delineado e sumariado no relatório do acórdão objeto da irrisignação, pelo que passo a adotá-lo:

Trata-se de Auto de Infração de Obrigação Principal DEBCAD n.º 37.145.438-7, emitido em 17/12/2008, no valor total de R\$1.049.602,59.

A Ação Fiscal iniciou-se com a ciência pelo sujeito passivo do Termo de Início da Ação Fiscal – TIAF em 10/01/2008, conforme fls. 94/95.

Segundo o Relatório Fiscal do Auto de Infração, fls. 41/52, as contribuições sociais apuradas e formalizadas mediante a constituição do crédito referem-se a

obrigação tributária principal e são destinadas ao Fundo do Regime Geral de Previdência Social – RGPS sendo oriundas de contribuições devidas, referentes a obrigação de reter o percentual de 11% (onze) por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura referentes aos serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, conforme previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, redação dada pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98 e alterações implementadas pela Medida Provisória n.º 449, de 03/12/2008, publicada no Diário Oficial da União – DOU, de 04/12/2008.

Em síntese:

Informa que os fatos geradores foram apurados com base na escrituração contábil, notas fiscais ou faturas e contratos de prestação de serviços, apresentados. *"Consoante a classificação contábil, as informações contidas nas notas fiscais ou faturas e nos contratos apresentados, verificamos a ocorrência da execução de serviços mediante cessão de mão-de-obra, relacionados no § 2.º do Art. 219 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999, sem que tenham sido efetuadas as devidas retenções de contribuições para a Previdência Social."*

Observa que conforme disposto no § 5.º do art. 33, da Lei n.º 8.212, de 1991, e alterações implementadas pela Medida Provisória n.º 449, de 03/12/2008, publicada no Diário Oficial da União – DOU, de 04/12/2008, o desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto na referida lei.

Discrimina os elementos de prova, selecionados por processo de amostragem.

Esclarece que os valores constantes da escrituração contábil e das notas fiscais ou faturas foram base para apuração do valor da retenção, observada a peculiaridade de cada serviço prestado conforme as instruções normativas vigentes à época da ocorrência do fato gerador.

Apresenta quadro com as hipótese e base de cálculo da retenção valor mínimo.

Demonstra em planilha os lançamentos contábeis dos quais foram extraídos os valores escriturados e respectivas notas fiscais ou faturas.

Os fundamentos legais que amparam a exigibilidade do crédito constituído e a sua cobrança estão discriminados no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito, anexo ao AI.

Quanto a apuração das contribuições devidas, informa:

1 – Identificada a ocorrência dos fatos geradores e apurados os valores das notas fiscais ou faturas conforme escrituração contábil o contribuinte foi intimado a apresentar as notas fiscais ou faturas e os contratos de prestação de serviços. Com base nos documentos apresentados verificou-se a ocorrência de serviços prestados mediante cessão de mão-de-obra, conforme previsto no § 4.º do Art. 31 da Lei 8.212, de 1991, e art. 219 do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999 e alterações posteriores.

2 – Com base nas informações do tipo de serviço prestado, da utilização ou não de material, de equipamentos e máquinas procedeu-se a classificação dos diversos tipos de serviços prestados, observado o § 2.º do art. 219 do RPS e tabela para apuração do valor da mão de obra conforme item V, com a finalidade de aplicar a alíquota de 11% (onze por cento).

3 – Com base nas informações contidas nas notas fiscais ou faturas e contratos, foram relacionados os serviços prestados conforme consta do demonstrativo dos valores contabilizados, item V – subitem 3, e respectivos percentuais para fins de apuração do valor da mão de obra.

4 – No decorrer das verificações efetuadas, foram constatadas em algumas notas fiscais o registro da Retenção para a Previdência Social, no entanto, tal fato não foi efetivado pela empresa conforme registros contábeis...

4.1 – Conforme análises efetuadas verificou-se, ainda, a retenção de valores inferiores aos realmente devido considerando as informações dos contratos e das notas fiscais, ...

5 – A individualização dos créditos constituídos por estabelecimentos, os levantamentos e o período (meses) estão discriminadas no DAD – Discriminativo Analítico de Débito (anexo do AI).

6 – Considerando o fato de não existir previsão legal da informação dos valores na GFIP a multa de mora foi aplicada com a redução prevista na legislação.

Relata no item VIII – Cálculo das contribuições/valor final – total – consolidado do crédito, subitem 1.2 que:

No decorrer da ação fiscal, foram criados papéis de trabalho identificados por Levantamentos Codificados, nos quais foram lançados os valores relativos às contribuições apuradas da mesma natureza e respectivos valores referentes aos pagamentos da contribuição previdenciária, porventura existentes, observando-se os valores originários (em moeda da época).

Consta em fls. 157/158 solicitação e termo de juntada por apensação a este do processo de n.º 10640.005540/2008-63, DEBCAD n.º 37.205.834-5.

Da Impugnação ao lançamento

A impugnação, que instaurou o contencioso administrativo fiscal, dando início e delimitando os contornos da lide, foi apresentada pelo recorrente. Em suma, controverteu-se na forma apresentada nas razões de inconformismo, conforme bem relatado na decisão vergastada, pelo que peço vênias para reproduzir:

O sujeito passivo foi cientificado pessoalmente do presente Auto de Infração em 19/12/2008, fls. 01 e 52; e, apresentou impugnação em 19/01/2009 (fls. 159/188), alegando, como preliminar, o prejuízo da ampla defesa e do contraditório, requerendo a declaração de nulidade do lançamento, por entender que tais princípios deixaram de ser observados pela Administração. Em síntese pelos seguintes argumentos:

No denominado "RELATÓRIO FISCAL DO AUTO DE INFRAÇÃO" em seu item VIII, subitem 1.2, afirma a autoridade lançadora: "No decorrer da ação fiscal, foram criados papéis de trabalho identificados por Levantamentos Codificados, nos quais foram lançados os valores relativos às contribuições devidas da mesma natureza e respectivos valores referentes aos pagamentos da contribuição previdenciária, porventura existentes, observando-se os valores originários (em moeda da época)".

E a própria autoridade lançadora que afirma que no decorrer do trabalho criou "papeis de trabalho" – documento em que se faz as anotações - nos quais lançou valores e as observações.

É dever da administração pública em atenção aos princípios da legalidade, publicidade dar total transparência aos atos praticados.

Entretanto, os "papeis de trabalho" elaborados pelo agente do Fisco e dos quais foram extraídos os elementos motivadores da autuação não foram anexados à autuação para conferência e uso do direito de ampla defesa constituindo falta de lealdade processual.

... torna imprescindível o acesso aos "papeis de trabalho".

Quanto ao mérito, destaca os conceitos de legalidade, fato gerador, contribuinte, responsabilidade tributária, solidariedade, lançamento e fato gerador das contribuições para a Seguridade Social, aduzindo em síntese que:

As contribuições para a Seguridade Social, em relação as empresas, têm como fato gerador a remuneração paga ou creditada aos segurados a seu serviço, esta arrecadada pelo INSS, o faturamento e o

lucro arrecadados pela Receita Federal, nos termos dos artigos 10, 11 e 22, da Lei 8.212/91, (...).

Constata-se de pronto que o tomador do serviço não é contribuinte do imposto nem responsável uma vez não ter relação com o fato gerador e não haver lei que atribua o tomador como responsável.

A obrigação pela retenção determinada pelo art. 31 da Lei 8.212/91 não alterou a subordinação passiva e não definiu nova hipótese de incidência, mas tão somente atribuiu ao tomador de serviço que envolva cessão de mão de obra a obrigação acessória de reter e recolher aos cofres públicos. Mesmo ocorrendo possível falta de retenção não torna o tomador do serviços contribuinte ou responsável. (...).

Da leitura do seu § 1.º, resta claro que o contribuinte continua sendo a empresa cedente da mão-de-obra que fará o lançamento por homologação e compensará o valor retido. (...).

Mais, para que dúvidas não restem quanto a perfeita identificação do responsável solidário, o § 5.º determina ao cedente da mão-de-obra a elaboração de folhas de pagamento distintas para cada contratante, restando claro tratar-se de responsabilidade solidária subsidiária. (...).

O que ocorrerá pela falta ou insuficiência de retenção é a ocorrência da solidariedade quanto ao crédito tributário como determinado pelo art. 124 do CTN.

Mas a responsabilidade quanto ao crédito tributário somente pode ser atribuída ao contribuinte assim definido na lei.

A retenção determinada pelo art. 31 da Lei 8.212/91 tem a mesma natureza da obrigatoriedade da retenção do imposto de renda nas hipóteses exigidas, assim deverá ter o mesmo tratamento.

A jurisprudência administrativa da própria Receita Federal do Brasil tem o entendimento de que, para evitar-se a ocorrência do defeso bis-in-idem, quando a pessoa obrigada a retenção do IR na fonte deixar de fazê-lo, este será dela (pessoa obrigada a reter) exigido se antes de vencido o prazo da entrega da declaração de ajuste, se lançado posteriormente somente poderá ser exigido do contribuinte legal, uma que a retenção não o desobriga de oferecê-lo à autuação. Veja-se o julgado: (...)

Para evitar o defeso e odioso bis-in-idem, somente após a constatação nas empresas cedentes de mão-de-obra, contribuintes de fato e de direito, da falta de recolhimento do tributo, é que, constituído o crédito tributário, este poderá ser exigido da empresa contratante.

Pelo princípio da legalidade somente será admitida a exigência de tributo na ocorrência do fato gerador do respectivo contribuinte, sendo inadmitido duas exigências tributárias pela ocorrência de um mesmo fato gerador, também não sendo admitido a exigência tributária fundada em presunção.

A exigência da Impugnante sob a premissa de falta de retenção, que como demonstrado não é fato gerador da contribuição, constitui na verdade presunção de não pagamento da contribuição pelo cedente de mão de obra e na hipótese a presunção deve ser em seu favor nos termos do art. 112 do CTN.

Entre a hipótese do Poder Público, com todas as prerrogativas que a lei lhe assegura, exigir tributo de responsável solidário que possa com grandes possibilidades encontrar-se recolhido pelo contribuinte legal, configurando o odioso bis in idem, em razão da dúvida, melhor seria deixar de exigi-lo de terceiros apenas por descumprimento de obrigação acessória, esta por questão de justiça deve ser aplicada.

Registre-se que a Impugnante em momento algum reconhece o descumprimento de qualquer norma relativa ao recolhimento e obrigação de retenção, mas em razão do exíguo tempo que tem para apresentar 18

(dezoito) impugnações, e a falta de entrega dos "papeis de trabalho" elaborados pela autoridade, portanto fundamental à defesa, é que a acusação de falta de recolhimento deixa de ser contestada em sua materialidade.

Em relação ao pedido:

Restando provado que o lançamento ora hostilizado fere o princípio da legalidade ao exigir tributo sem a ocorrência do fato gerador pelo qual a Impugnante seja o contribuinte, requer seja a presente julgada procedente e declarado nulo o lançamento.

Em fls. 191/192, consta o Termo de Desapensação, em virtude do julgamento do processo secundário 10640.005540/2008-63, DEBCAD 37.205.834-5, passando estes a tramitarem em separado.

Baixado em diligência, para elaboração de novo quadro comparativo das multas aplicadas, em virtude dos novos entendimentos sobre a sistemática de aplicação da multa na lavratura de autos por descumprimento de obrigações previdenciárias introduzidas na Lei n.º 8.212/91, pela Medida Provisória n.º 449/2008 convertida na Lei n.º 11.941/2009, conforme despacho de 24/11/2009, fls. 193/194.

Em atendimento ao proposto, foi emitida informação fiscal em 12/04/2010 (fls. 195), onde, em síntese, entende a Auditoria Fiscal que no presente processo não se aplica o procedimento de comparação de multas, aplicando sempre a multa de mora 12%, considerando o disposto no Manual de Fiscalização denominado Maprof 4.1, vigência em 19/10/09, publicado em 18/12/09.

Baixado novamente em diligência, 19/04/2010, para abrir vistas ao sujeito passivo da emissão da informação fiscal acima, de fls. 195.

Comunicado o sujeito passivo em 14/05/2010, fls. 199 e 200. Transcorrido o prazo de 10 dias sem manifestação da parte interessada, foi devolvido a SECOJ/DRJ/JFA (fls. 201).

Do Acórdão de Impugnação

A tese de defesa não foi acolhida pela DRJ, primeira instância do contencioso tributário, conforme bem sintetizado na ementa alhures transcrita que espelha as teses decididas.

Do Recurso Voluntário e encaminhamento ao CARF

No recurso voluntário o sujeito passivo, reiterando termos da impugnação, postula a reforma da decisão de primeira instância, a fim de cancelar o lançamento.

Nesse contexto, os autos foram encaminhados para este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), sendo, posteriormente, distribuído por sorteio público para este relator.

É o que importa relatar. Passo a devida fundamentação analisando, primeiramente, o juízo de admissibilidade e, se superado este, o juízo de mérito para, posteriormente, finalizar com o dispositivo.

Voto

Conselheiro Leonam Rocha de Medeiros, Relator.

Admissibilidade

O Recurso Voluntário atende a todos os pressupostos de admissibilidade intrínsecos, relativos ao direito de recorrer, e extrínsecos, relativos ao exercício deste direito, sendo caso de conhecê-lo.

Especialmente, quanto aos pressupostos extrínsecos, observo que o recurso se apresenta tempestivo (notificação em 24/10/2011, e-fl. 438, protocolo recursal em 22/11/2011, e-fl. 384, e despacho de encaminhamento, e-fl. 445), tendo respeitado o trintídio legal, na forma exigida no art. 33 do Decreto n.º 70.235, de 1972, que dispõe sobre o Processo Administrativo Fiscal, bem como resta adequada a representação processual, inclusive contando com advogado regularmente habilitado, de toda sorte, anoto que, conforme a Súmula CARF n.º 110, no processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo, sendo a intimação destinada ao sujeito passivo.

Por conseguinte, conheço do recurso voluntário.

Apreciação de preliminar antecedente a análise do mérito

- Preliminar de nulidade por cerceamento de defesa

Observo que a recorrente requereu seja reconhecida a nulidade conforme razões posta na impugnação e reiteradas no recurso voluntário.

Pois bem. Entendo que não assiste razão ao recorrente, uma vez que, a despeito dos argumentos, não restou demonstrado qualquer efetivo prejuízo para a defesa, não se observando as alegadas nulidades.

Ora, quanto ao argumento de que não foram disponibilizados as fichas ou papéis de trabalho que serviram de base ao levantamento da auditoria fiscal, de modo a supostamente impedir a defesa de exercer o seu relevante mister, o que ofenderia os princípios da ampla defesa e do contraditório, da legalidade e da publicidade, não sendo transparente nos atos praticados, não resta demonstrado este prejuízo.

Veja-se, em verdade, o lançamento é bem elucidativo e a autuação foi plenamente compreendida tanto que o recorrente se defende adequadamente e demonstra entender e se insurgir contra os fatos postos pela autoridade fiscal. O próprio relatório fiscal demonstra a correção no procedimento. A insurgência contra o lançamento é caso de debate no mérito. Aliás, os demonstrativos bem detalham a composição do crédito constituído.

Não há que se falar em nulidade ou mesmo em cerceamento ou preterição do direito de defesa quando a autoridade lançadora indicou expressamente as infrações imputadas ao sujeito passivo e observou todos os demais requisitos constantes do art. 10 do Decreto n.º 70.235, de 1972, reputadas ausentes às causas previstas no art. 59 do mesmo diploma legal, ainda mais quando, efetivamente, mensurou motivadamente os fatos que indicou para imputação, estando determinada a matéria tributável, tendo identificado o “fato imponível” e, lado outro, o sujeito passivo não apontou um específico ponto de infringência ao art. 59 acima indicado.

Os relatórios fiscais, em conjunto com os documentos acostados, atenderam plenamente aos requisitos estabelecidos pelo art. 142, do CTN, bem como pela legislação federal atinente ao processo administrativo fiscal (Decreto n.º 70.235/1972), pois descreve os fatos que

deram ensejo à constituição do presente crédito tributário, fornecendo todo o embasamento legal e normativo para o lançamento e indicando a forma de sua composição. Ou, em outras palavras, o lançamento está revestido de todos os requisitos legais, uma vez que foi minuciosamente explicitado no relatório fiscal e anexos, a base legal do lançamento foi demonstrada e todos os demais dados necessários à correta compreensão da exigência fiscal e de sua mensuração constam dos diversos discriminativos que integram a autuação.

Houve a devida apuração do *quantum* exigido, indicando-se os respectivos critérios que sinalizam os parâmetros para evolução do crédito constituído. A fundamentação legal está posta e compreendida pelo autuado, tanto que exerceu seu direito de defesa bem debatendo o mérito do lançamento. A autuação e o acórdão de impugnação convergem para aspecto comum quanto às provas que identificam a subsunção do caso concreto à norma tributante, estando os autos bem instruídos e substanciados para dá lastro a subsunção jurídica efetivada. Os fundamentos estão postos, foram compreendidos e o recorrente exerceu claramente seu direito de defesa rebatendo-os, a tempo e modo, em extenso arrazoado para o bom e respeitado debate.

Discordar dos fundamentos, das razões do lançamento, não torna o ato nulo, mas sim passível de enfrentamento das razões recursais no mérito.

Tem-se, portanto, que no prisma do contencioso administrativo tributário federal, as hipóteses de nulidade estão enumeradas no art. 59 do Decreto 70.235, de 1972, sendo elas: (i) documentos lavrados por pessoa incompetente; (ii) despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa; e (iii) despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente. Logo, se nenhuma delas resta presente, não se evidencia nulidade.

Em especial, não observo preterição ao direito de defesa, nos termos do art. 59, II, do Decreto n.º 70.235, de 1972. Não constato qualquer nulidade.

De mais a mais, adoto as razões de decidir da DRJ, nestes termos:

A Impugnante alega, em síntese, que a Auditoria Fiscal deixou de disponibilizar para a defesa os documentos elaborados para o levantamento impedindo, assim a utilização do direito de defesa o que ofenderia os princípios da ampla defesa e do contraditório, legalidade e publicidade, ao não dar total transparência aos atos praticados. E, entende provado que o lançamento fere o princípio da legalidade ao exigir tributo sem a ocorrência do fato gerador pelo qual a Impugnante seja o contribuinte, requerendo, assim, a nulidade do referido lançamento.

Porém, equivoca-se em seus argumentos, sendo estes insuficientes para nulidade da autuação como requer.

Como pode ser observado os "*papéis de trabalho*" questionado pela Impugnante (alegando que não lhe foi entregue), constante no item VIII, 1.2 do Relatório Fiscal, trata-se de tarefa desenvolvida pelo Auditor Fiscal dentro do sistema Safis – Sistema de Auditoria Fiscal, programa desenvolvido em linguagem Delphi, que tem a finalidade de subsidiar o Auditor Fiscal em diversas tarefas no desenvolvimento de procedimentos fiscais no sujeito passivo. Seu foco de ação é o lançamento do crédito previdenciário, decorrente de obrigações tributárias principais e acessórias, auxiliando o Auditor desde o cálculo do montante devido pelo sujeito passivo até a formalização do encerramento da auditoria fiscal. E nele que são desenvolvidos grande parte dos trabalhos do Auditor Fiscal, migrando o produto do seu trabalho, de forma integrada, a outros sistemas dentro da Receita Federal do Brasil.

O programa contempla rotinas de importação de carga, ativação de procedimento fiscal, atualização de cadastro, criação de códigos de levantamento, lançamento de fatos geradores, etc.

Ao concluir os trabalhos desenvolvidos dentro do sistema Satis são gerados os relatórios que integram a presente autuação, não sendo, os "*papéis de trabalho*" um dos relatórios como entendido equivocadamente pela Impugnante e sim uma tarefa desenvolvida, criação de levantamentos, para a realização dos lançamentos dentro do sistema de Auditoria Fiscal.

Portanto, ao contrário do que entende a Impugnante, compulsando os autos, verifica-se que a Auditoria Fiscal executou os procedimentos fiscais de maneira a assegurar ao sujeito passivo o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, lavrou documentos de constituição de crédito tributário que atendam à forma e ao conteúdo estabelecidos na legislação previdenciária, especificou no Relatório Fiscal, os fatos geradores da obrigação principal, os períodos a que se referem, a técnica utilizada na apuração da base-de-cálculo, as alíquotas aplicadas, os fundamentos legais da exação exigida, bem como os documentos comprobatórios da ocorrência do fato gerador; e, cientificou o sujeito passivo de todos os documentos e relatórios do Auto de Infração.

Equivocada, também, a Impugnante ao alegar a não observação do princípio da publicidade prestigiado pela Lei n.º 9.784/99 que estabelece, em seu art. 2.º, parágrafo único, inciso IV, o critério de "*divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição*" e no art. 46 desse mesmo diploma legal que "*Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem.*"

O Auditor Fiscal também garantiu ao sujeito passivo o exercício do devido processo legal, informando-o, por escrito, acerca do prazo, do local e dos requisitos essenciais para a apresentação de defesa eficaz, com vistas ao desenvolvimento regular do processo administrativo fiscal.

E, o procedimento fiscal está em conformidade com as prerrogativas e limites estabelecidos na legislação tributária e previdenciária, em respeito ao princípio da legalidade.

A Constituição Federal estabelece que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (art. 5.º, inciso II). A legalidade está inserta como princípio geral da Administração Pública (art. 37 da CF/88). Significa que toda e qualquer atividade administrativa deve ser autorizada por lei. Na clássica e feliz comparação de Hely Lopes Meirelles, enquanto os indivíduos no campo privado podem fazer tudo o que a lei não veda, o administrador público só pode atuar onde a lei autoriza. E, no âmbito tributário, o art. 142 do Código Tributário Nacional dispõe que "*A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional*".

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.

Esses dispositivos estabelecem não só a inteira submissão da Administração Pública à lei, como a subordinação à lei do lançamento do crédito tributário e do processo administrativo fiscal.

Dessa forma verifica-se que esta autuação, lavrada nos termos dos artigos 2.º e 3.º da Lei n.º 11.457, de 16/03/2007, não apresenta qualquer vício, defeito ou irregularidade que acarrete a sua nulidade com requer a Impugnante e nos termos dos artigos 59 a 61 do Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal.

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Deste modo, não restando comprovado qualquer prejuízo, rejeito a preliminar em comento.

Mérito

Quanto ao juízo de mérito, passo a apreciá-lo.

O recorrente, em apertada síntese, se insurge contra o lançamento das contribuições devidas referentes a obrigação de reter o percentual de 11% (onze) por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura referentes aos serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, conforme previsto no art. 31 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, redação dada pela Lei n.º 9.711, de 20/11/98 e alterações implementadas pela Medida Provisória n.º 449, de 03/12/2008.

Pois bem. O assunto não é novo neste Colegiado, a teor, por exemplo, do Acórdão CARF n.º 2202-007.335, tampouco neste Egrégio Conselho, não assistindo razão a tese de defesa, sendo a norma do art. 31 da Lei n.º 8.212 plenamente válida e restando demonstrado, no lançamento, a falta das retenções ensejando a responsabilidade do recorrente, que tomou serviços executados mediante cessão de mão-de-obra.

Destarte, adoto as razões de decidir da DRJ, nestes termos:

No procedimento de auditoria verificou-se o não cumprimento pelo sujeito passivo, ou seja, pela empresa tomadora de serviços, das obrigações previdenciárias referentes à retenção e ao recolhimento dos 11% (onze por cento) sobre o valor bruto da NF/FAT/REC de prestação de serviços emitida por empresa prestadora quando da contratação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, inclusive em regime de trabalho temporário.

O Auto de Infração de Obrigações Principais – AIOP é o documento constitutivo de crédito relativo a contribuições sociais destinadas ao financiamento da seguridade social e a outras contribuições sociais arrecadadas pela Receita Federal do Brasil – RFB, apuradas mediante procedimento fiscal e de competência privativa do Auditor Fiscal. O sujeito passivo obrigado ao cumprimento da obrigação principal é a pessoa física ou jurídica a quem a lei atribui a obrigação de recolher o tributo. É denominado pelo CTN de "contribuinte" quando realiza, ele próprio, o fato gerador da obrigação. É denominado "responsável" quando, não realizando o fato gerador da obrigação, a lei lhe imputa o dever de satisfazer o crédito tributário. Reza o Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Art. 122. Sujeito passivo da obrigação acessória é a pessoa obrigada às prestações que constituam o seu objeto.

Art. 123. Salvo disposições de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

A retenção e o recolhimento de 11% sobre o valor dos serviços contidos na Nota Fiscal/Fatura/Recibo é exigível da empresa tomadora dos serviços desde a competência 02/1999, quando entraram em vigor as alterações introduzidas pela Lei n.º 9.711, de 20/11/1998, no art. 31 da Lei n.º 8.212/1991.

~~*Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância relida até o dia dois do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, observado o disposto no § 5.º do art. 33. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).*~~

Art. 31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância relida até o dia 20 (vinte) do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5.º do art. 33 desta Lei. (Redação dada pela Lei n.º 11.933, de 2009).

~~*§ 1.º O valor retido de que trata o caput, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, será compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, quando do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados a seu serviço. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).*~~

§ 1.º O valor retido de que trata o caput deste artigo, que deverá ser destacado na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, poderá ser compensado por qualquer estabelecimento da empresa cedente da mão-de-obra, por ocasião do recolhimento das contribuições destinadas à Seguridade Social devidas sobre a folha de pagamento dos seus segurados. (Redação dada pela Lei n.º 11.941, de 2009)

§ 2.º Na impossibilidade de haver compensação integral na forma do parágrafo anterior, o saldo remanescente será objeto de restituição. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).

§ 3.º Para os fins desta Lei, entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos, relacionados ou não com a atividade-fim da empresa, quaisquer que sejam a natureza e a forma de contratação. (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).

§ 4.º Enquadram-se na situação prevista no parágrafo anterior, além de outros estabelecidos em regulamento, os seguintes serviços: (Redação dada pela Lei n.º 9.711, de 1998).

I - limpeza, conservação e zeladoria; (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 1998).

II - vigilância e segurança; (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 1998).

III - empreitada de mão-de-obra; (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 1998).

IV - contratação de trabalho temporário na forma da Lei n.º 6.019, de 3 de janeiro de 1974. (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 1998).

§ 5.º O cedente da mão-de-obra deverá elaborar folhas de pagamento distintas para cada contratante. (Incluído pela Lei n.º 9.711, de 1998).

(...)

Da mesma forma, disposto no art. 219 do Regulamento da Previdência – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5.º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 2003)

(...)

§ 4.º O valor retido de que trata este artigo deverá ser destacado na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, sendo compensado pelo respectivo estabelecimento da empresa contratada quando do recolhimento das contribuições destinadas à seguridade social devidas sobre a folha de pagamento dos segurados.

§ 5.º O contratado deverá elaborar folha de pagamento e Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social distintas para cada estabelecimento ou obra de construção civil da empresa contratante do serviço.

§ 6.º A empresa contratante do serviço deverá manter em boa guarda, em ordem cronológica e por contratada, as correspondentes notas fiscais, faturas ou recibos de prestação de serviços, Guias da Previdência Social e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social com comprovante de entrega.

(...)

§ 9.º Na impossibilidade de haver compensação integral na própria competência, o saldo remanescente poderá ser compensado nas competências subsequentes, inclusive na relativa à gratificação natalina, ou ser objeto de restituição, não sujeitas ao disposto no § 3.º do art. 247. (Redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 2003)

(...)

A determinação dos citados artigos configura, apenas, uma técnica de arrecadação da contribuição previdenciária, colocando as empresas tomadoras de serviço como responsáveis tributários pela forma de substituição tributária. Aqui, simplesmente está o sujeito passivo obrigado a reter da empresa contratada, em benefício da previdência social, o percentual de 11% sobre o valor dos serviços constantes da nota fiscal ou fatura, a título de contribuição previdenciária, em face dos encargos de lei decorrentes da contratação de pessoal.

Dessa forma, a retenção, dotada de natureza jurídica de substituição tributária, consubstancia-se nos procedimentos da empresa tomadora de serviços que retém 11% (onze por cento) e, ser for o caso, também a retenção adicional destinada ao financiamento da aposentadoria especial, e recolhe as importâncias retidas em nome da empresa prestadora; e, o valor retido que tenha sido destacado na nota fiscal ou fatura é compensado pela prestadora contratada quando do recolhimento das contribuições previdenciárias calculadas sobre a folha de pagamento do estabelecimento prestador de serviço, facultada a solicitação de restituição.

Portanto, a prestadora de serviços, que sofreu a retenção, procede, no mês de competência, a uma simples operação aritmética, isto é, de posse do valor devido sobre a sua folha de pagamento, diminuirá o valor retido pela tomadora de serviços; devendo ser o restante do montante devedor recolhido, e, se o valor retido for maior requerido a restituição.

Destacando que a retenção, por parte do tomador de serviços a isso obrigado, sempre se presumirá feita, oportuna e regularmente, não lhe sendo lícito alegar qualquer omissão para se eximir da obrigação, permanecendo responsável pelo recolhimento das importâncias que deixou de reter.

Art. 33 (...)

§ 5.º O desconto de contribuição e de consignação legalmente autorizadas sempre se presume feito oportuna e regularmente pela empresa a isso obrigada, não lhe sendo lícito alegar omissão para se eximir do recolhimento, ficando diretamente responsável pela importância que deixou de receber ou arrecadou em desacordo com o disposto nesta Lei.

Pelo exposto, conclui-se que o sujeito passivo é a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra, cabendo a esta reter os 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa cedente de mão de obra, observado a presunção de regular retenção das contribuições previdenciárias pelo tomador de serviço, não prosperando as alegações apresentadas pela Impugnante sobre o tema.

Observa-se que no caso de inconformismo da Impugnante contra a própria lei, considerando que os atos praticados pela administração devem obedecer aos estritos ditames da lei, com o fito de assegurar-lhe a adequada aplicação, não cabe aqui em instância administrativa discutir tese de ilegalidade/inconstitucionalidade da lei,

devido ser arguida no foro próprio, pois se trata de matéria de direito, cuja apreciação é de estrita competência do Poder Judiciário (art. 102, I, "a" da CF/88). Nesse mesmo sentido dispõe o art. 26-A do Decreto n.º 70.235/72.

Cabe destacar que o processo de n.º 10640.005540/2008-63 que trata da obrigação acessória por deixar de reter 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura (baseado nos elementos de prova das situações fáticas que determinaram as ocorrências de não Retenção para a Previdência Social, selecionados por amostragem, constantes deste auto relacionado no item III – subitem 2, ao qual o presente Auto de Infração já esteve apensado), foi julgado em 26/06/2009 por esta Turma, relatado por mim, e acordado por unanimidade de votos, considerar o lançamento procedente em parte (por não estar caracterizada a reincidência), como a seguir transcrito parcialmente:

ACÓRDÃO N.º 09-24.683 – 5.ª TURMA DRJ/JFA

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 17/12/2008

AI DEBCAD N.º 37.205.834-5, de 17/12/2008

AUTO DE INFRAÇÃO OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA. DEIXAR DE RETER 11% DO VALOR BRUTO DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. REINCIDÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO. LEGALIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PUBLICIDADE. VALOR DA MULTA. LANÇAMENTO PROCEDENTE EM PARTE.

É dever da empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, a importância retida Art. 31 da Lei n.º 8.212/91.

Não caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, anterior a data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes à autuação anterior.

A Administração Pública está sujeita ao princípio da legalidade, à obrigação de cumprir e respeitar as leis em vigor.

A ciência de todos os documentos e relatórios do Auto de Infração de Obrigação Acessória assegura ao sujeito passivo o exercício do direito ao contraditório, a ampla defesa assim como a publicidade.

Os valores expressos em moeda corrente na Lei n.º 8.212/91 serão reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

O valor da multa deve ser atualizado de acordo com a Portaria Conjunta MPS/MF n.º 77, de 11/03/2008, que dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social – RPS, em vigor no momento da lavratura do Auto de Infração.

(...)

VOTO

(...)

Verifica-se de acordo com a disposição prevista na Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, art. 31, caput, que a empresa tem a obrigação:

Art.31. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão-de-obra, a importância retida até o dia vinte do mês subsequente ao da emissão da respectiva nota fiscal ou fatura, ou até o dia útil imediatamente anterior se não houver expediente bancário naquele dia, observado o disposto no § 5.º do art. 33. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 447, de 2008).

Da mesma forma, disposto no art. 219 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999:

Art. 219. A empresa contratante de serviços executados mediante cessão ou empreitada de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter onze por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços e recolher a importância retida em nome da empresa contratada, observado o disposto no § 5.º do art. 216. (Redação dada pelo Decreto n.º 4.729, de 2003)

Portanto, a empresa infringiu as disposições previstas na legislação previdenciária, acima transcritas, por deixar, como empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, de reter onze por cento do

valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, conforme constatado nos autos.

Em decorrência da infração praticada foi aplicada uma multa de acordo com a prevista na Lei n.º 8.212, de 24/07/1991, art. 92 e 102 e Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048, de 06/05/1999, art. 283, caput e parágrafo 3.º e art. 373, com valor atualizado pela Portaria MPS/MF n.º 77, de 11/03/2008. A partir de R\$ 1.254,89 (hum mil, duzentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e nove centavos), sendo que pela constatação da reincidência genérica pela Auditoria Fiscal a multa total foi elevada em duas vezes (fls. 07 e 08).

Porém, observando que caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes à autuação anterior (nova redação dada pelo Decreto 6.032 de 01/02/2007, que alterou o artigo 290, parágrafo único, do RPS) e considerando o Termo de Verificação de Antecedentes de Infração, lavrado em 01/10/2008, conforme fls. 08, não está caracterizada a reincidência, uma vez que constam as datas de 24/06/2008, 26/06/2008, 03/07/2008 e 08/07/2008 a situação de expiração do prazo para recurso administrativo dos processos anteriores e as infrações do presente processo ocorreram entre 2004 e 2006 (fls. 72/72v). O prazo de cinco anos deve ser contado, retroativamente, a partir da data da prática da nova infração pela mesma pessoa ou seu sucessor. Portanto, não reincidente se a data da prática da nova infração for anterior a data da decisão administrativa definitiva/pagamento/revelia.

Art. 92. A infração de qualquer dispositivo desta Lei para a qual não haja penalidade expressamente cominada sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, a multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), conforme dispuser o regulamento.

Art. 102. Os valores expressos em moeda corrente nesta Lei serão reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social. (Redação dada pela Medida Provisória n.º 2.187-13, de 2001).

Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis ns.º 8.212 e 8.213, ambas de 1991, e 10.666, de 8 de maio de 2003, para a qual não haja penalidade expressamente cominada neste Regulamento, fica o responsável sujeito a multa variável de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos) a R\$ 63.617,35 (sessenta e três mil, seiscentos e dezessete reais e trinta e cinco centavos), conforme a gravidade da infração, aplicando-se-lhe o disposto nos arts. 290 a 292, e de acordo com os seguintes valores: (Redação dada pelo Decreto n.º 4.862, de 2003)

§ 3.º As demais infrações a dispositivos da legislação, para as quais não haja penalidade expressamente cominada, sujeitam o infrator à multa de R\$ 636,17 (seiscentos e trinta e seis reais e dezessete centavos).

Art. 290. Constituem circunstâncias agravantes da infração, das quais dependerá a gradação da multa, ter o infrator:

(...)

V - incorrido em reincidência.

~~Parágrafo único. Caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que houver passado em julgamento administrativo a decisão condenatória ou homologatória da extinção do eredito referente à infração anterior.~~

Parágrafo único. Caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes à autuação anterior. (Redação dada pelo Decreto n.º 6.032, de 2007)

Art. 292. As multas serão aplicadas da seguinte forma:

(...)

IV - a agravante do inciso V do art. 290 eleva a multa em três vezes a cada reincidência no mesmo tipo de infração, e em duas vezes em caso de reincidência em infrações diferentes, observados os valores máximos estabelecidos no caput dos arts. 283 e 286, conforme o caso; e

(...)

Art. 373. Os valores expressos em moeda corrente referidos neste Regulamento, exceto aqueles referidos no art. 288, são reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da previdência social.

Dessa forma, conforme previsto expressamente no art. 102 da Lei n.º 8.212/91 e no art. 373 do Regulamento Previdenciário – RPS, o valor da multa foi corretamente atualizado de acordo com a Portaria Conjunta MPS/MF n.º 77, de 11/03/2008, que dispõe sobre o reajuste dos benefícios pagos pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS e dos demais valores constantes do Regulamento da Previdência Social – RPS, em vigor no momento da lavratura do Auto de Infração.

Art. 8.º A partir de 1.º de março de 2008:

(...)

V – o valor da multa pela infração a qualquer dispositivo do RPS, para a qual não haja penalidade expressamente cominada, previsto no seu art. 283, varia, conforme a gravidade da infração, de R\$ 1.254,89 (um mil duzentos e cinquenta e quatro reais e oitenta e nove centavos) a R\$ 125.487,95 (cento e vinte e cinco mil quatrocentos e oitenta e sete reais e noventa e cinco centavos);

Trata-se o presente processo de auto de infração decorrente de imposição legal da qual a autoridade administrativa não pode se furtar. O procedimento fiscal é todo ele pautado pelo princípio da legalidade, além do que a atividade do lançamento é vinculada e obrigatória, à luz do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

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.

Não obstante o equívoco na aplicação da reincidência, o Auditor Fiscal praticou os demais atos de fiscalização em conformidade com as prerrogativas e limites estabelecidos na legislação tributária e previdenciária, em respeito ao princípio da legalidade objetiva. Para tanto, executou os procedimentos fiscais concernentes ao objeto da fiscalização, fixado no Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, lavrando Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA ao verificar o descumprimento de obrigação previdenciária acessória referente aos procedimentos de auditoria indicados.

Executou os procedimentos fiscais de maneira a assegurar ao sujeito passivo o exercício do direito ao contraditório e à ampla defesa. Nesse sentido, especificou no Relatório Fiscal da Infração e no da Multa Aplicada do AIOA, o fato gerador da obrigação acessória descumprida, o fundamento legal da infração e o da multa, a multa aplicada, sua forma de apuração e os documentos comprobatórios da ocorrência da infração; cientificou o sujeito passivo de todos os documentos e relatórios do AIOA.

O AIOA contém a identificação do autuado, o dispositivo legal infringido, o valor, conforme Portaria vigente na data da lavratura, o dispositivo legal da multa aplicada, bem como o local, a data e a hora de sua lavratura.

Quanto aos "papéis de trabalho" questionado pela Impugnante, apesar de não referir-se ao relatório fiscal integrante da presente autuação, trata-se de tarefa desenvolvida pelo Auditor Fiscal dentro do sistema Safis – Sistema de Auditoria Fiscal, programa desenvolvido em linguagem Delphi, que tem a finalidade de subsidiar o Auditor Fiscal em diversas tarefas no desenvolvimento de procedimentos fiscais no sujeito passivo. Seu foco de ação é o lançamento do crédito previdenciário, decorrente de obrigações tributárias principais e acessórias, auxiliando o Auditor desde o cálculo do montante devido pelo sujeito passivo até a formalização do encerramento da auditoria fiscal. E nele que são desenvolvidos grande parte dos trabalhos do Auditor Fiscal, migrando o produto do seu trabalho, de forma integrada, a outros sistemas dentro da Receita Federal do Brasil.

O programa contempla rotinas de importação de carga, ativação de procedimento fiscal, atualização de cadastro, criação de códigos de levantamento, lançamento de fatos geradores, desmembramento do cálculo prévio, transformação de documentos, etc.

Portanto, ao concluir os trabalhos desenvolvidos dentro do sistema Safis são gerados os relatórios que integram a presente autuação (fls. 01 e 06/06v), não sendo, os "papéis de trabalho" um dos relatórios como entendido equivocadamente pela Impugnante e sim uma tarefa desenvolvida, criação de levantamentos, para a realização dos lançamentos dentro do sistema de Auditoria Fiscal.

O Auditor Fiscal também garantiu ao sujeito passivo o exercício do devido processo legal, informando-o, por escrito, acerca do prazo, do local e dos requisitos essenciais para a apresentação de defesa eficaz, com vistas ao desenvolvimento regular do processo administrativo-fiscal.

A Lei n.º 9.784/99 prestigia o princípio da publicidade estabelecendo, em seu art. 2.º, parágrafo único, inciso IV, o critério de "divulgação oficial dos atos administrativos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição". Já o art. 26 desse diploma legal prescreve que "o órgão competente perante o qual tramita o processo administrativo determinará a intimação do interessado para ciência da decisão ou a efetivação de diligência", enquanto o art. 46 dispõe: "Os interessados têm direito à vista do processo e a obter certidões ou cópias reprográficas dos dados e documentos que o integram, ressalvados os dados e documentos de terceiros protegidos por sigilo ou pelo direito à privacidade, à honra e à imagem."

Dessa forma, pode ser constatado nos autos, o respeito aos princípios mencionados.

Não constam dos autos qualquer procedimento de correção da infração objeto da presente autuação.

Sendo assim, sem razão o recorrente.

Conclusão quanto ao Recurso Voluntário

De livre convicção, relatado, analisado e por mais o que dos autos constam, não há, portanto, motivos que justifiquem a reforma da decisão proferida pela primeira instância, dentro do controle de legalidade que foi efetivado conforme matéria devolvida para apreciação, deste modo, considerando o até aqui esposado e não observando desconformidade com a lei, nada há que se reparar no julgamento efetivado pelo juízo de piso. Neste sentido, em resumo, conheço do recurso, rejeito a preliminar de nulidade e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo íntegra a decisão recorrida. Alfim, finalizo em sintético dispositivo.

Dispositivo

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao recurso.

É como Voto.

(documento assinado digitalmente)

Leonam Rocha de Medeiros

Fl. 17 do Acórdão n.º 2202-008.541 - 2ª Sejul/2ª Câmara/2ª Turma Ordinária
Processo n.º 10640.005528/2008-59