



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

Processo n° 13502.001279/2010-10
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2202-003.251 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de março de 2016
Matéria CP: AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL.
Recorrente ALLPARTS SERVICOS E COMERCIO DE PECAS MAQUINAS E EQUIPAMENTOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 29/09/2011

RELAÇÃO DE ACESSORIEDADE E DEPENDÊNCIA ENTRE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL E OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA ACESSÓRIA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE VÍCIOS NO LANÇAMENTO. TODAS AS EXIGÊNCIAS LEGAIS FORAM ATENDIDAS NO LANÇAMENTO. DEMONSTRAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E IDENTIFICAÇÃO DOS BENEFICIÁRIOS. REQUISITOS PRESENTES E DEMONSTRADOS. CRÉDITO DE VALOR LÍQUIDO E CERTO, POIS DETERMINADO EM LEI. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, negar provimento ao recurso.

(Assinado digitalmente).

Marco Aurélio de Oliveira Barbosa - Presidente.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira - Relator.

Participaram, ainda, do presente julgamento os conselheiros, Marco Aurélio de Oliveira Barbosa (Presidente), Junia Roberta Gouveia Sampaio, Paulo Mauricio Pinheiro

Processo nº 13502.001279/2010-10
Acórdão n.º **2202-003.251**

S2-C2T2
Fl. 129

Monteiro, Eduardo de Oliveira, Jose Alfredo Duarte Filho (Suplente Convocado), Wilson Antonio de Souza Correa (Suplente Convocado), Martin da Silva Gesto, Marcio Henrique Sales Parada.

CÓPIA

Relatório

O presente Processo Administrativo Fiscal – PAF encerra o Auto de Infração de Obrigação Acessória - AIOA- DEBCAD 37.285.902-0, CFL.30, deixar a empresa de preparar folha(s) de pagamento(s) das remunerações pagas ou creditadas a todos os segurados a seu serviço, de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão competente da Seguridade Social, conforme previsto na Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, I, combinado com o art. 225, I e parágrafo 9º, do Regulamento da Previdência Social- RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99. Para órgão gestor de mão-de-obra, referente ao trabalhador portuário avulso: Lei n. 8.212, de 24.07.91, art. 32, I, combinado com o art. 225, I e parágrafos 10, 11 e 12, do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n. 3.048, de 06.05.99, conforme Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – REFISC, de fls. 06 e 07, com período de apuração de 01/2006 a 12/2007, conforme Termo de Início do Procedimento Fiscal - TIPF, de fls. 09 e 10.

O sujeito passivo foi cientificado do lançamento, em 01/10/2010, conforme AR, de fls. 66.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, petição com razões impugnatórias, acostada, as fls. 71 a 77, recebida, em 03/11/2010, estando acompanhada dos documentos, de fls. 79 a 83.

A impugnação foi considerada tempestiva, fls. 86 a 88.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu o Acórdão Nº 15-030.698 - 6ª, Turma DRJ/SDR, em 16/05/2012, fls. 89 a 99.

A impugnação foi considerada improcedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 07/05/2013, conforme, AR, de fls. 102.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, petição de interposição, as fls. 105, recebida, em 04/06/2013, com razões recursais, acostadas, as fls. 106 a 110, acompanhada do documento, de fls. 111 a 118.

As teses recursais que podem ser sumariadas estão a seguir descritas, as que não comportam julgamento estão esclarecidas no voto.

Mérito.

- que o auto de infração em tela está intimamente ligado aos autos de infração 37.285.910-0 e 37.285.913-5, onde foram lançadas as contribuições supostamente devidas e realizada a glosa de compensação, porém tais obrigações principais inexistem, não havendo cabimento para a autuação da obrigação principal, revela-se

descabida a imputação pelo descumprimento de obrigação acessória, devendo essa ser julgada improcedente;

- que o auto de infração apresenta vícios, pois os valores considerados para apuração da multa foi genericamente informado, não estando juntados documentos que comprovem a ocorrência do fato gerador e nem identificada a pessoa física remunerada, sendo indubitoso que o auto deve estar instruído com documentos hábeis a demonstrar o fato gerador, devendo o agente lançador demonstrar detalhadamente a composição dos valores considerados;
- que sendo peça acusatória o auto deve conter todos os elementos que certifiquem a materialidade da infração, bem como os valores, visando a realização da defesa, cita Alberto Xavier, Mary Elbe Gomes, apresentado-se o auto de infração em desacordo com a legislação, pois não identifica a composição dos valores exigidos, havendo falta de clareza e precisão da documentação, o que viola a legalidade e inviabiliza o direito ao contraditório e à ampla defesa, cita o artigo 5º, LV, da CF, Roque Antônio Carrazza, faltando liquidez e certeza do quantum lançado, cabendo o reconhecimento da nulidade da infração;
- Dos pedidos e requerimentos: a) provimento do recurso, julgando nula a infração; bem como em ordem sucessiva - b) que o auto seja julgado improcedente, baixando-o nos sistemas de controle da RFB.

A autoridade preparadora reconheceu a tempestividade do recurso, fls. 123, bem como a indicou no despacho, de fls. 124.

Os autos foram remetidos ao CARF/MF, despacho, de fls. 124 e 125.

Os autos foram sorteados e distribuídos a esse conselheiro, em 22/01/2015, Lote 01, fls. 126.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

O recurso voluntário é tempestivo e considerando o preenchimento dos demais requisitos de sua admissibilidade ele merece ser apreciado.

Retenção.

O presente processo ficou retido e sua solução foi retardada em razão dos recentes acontecimentos que afetaram o normal funcionamento do CARF, situação, absolutamente, fora do alcance do presente conselheiro.

Delimitação da Lide.

Não cabe ao julgador administrativo pronunciar-se sobre questões de inconstitucionalidade ante a expressa vedação legal, abaixo transcrita.

Decreto 70.235/72

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

RICARF PT/MF 343/2015

Art. 62. Fica vedado aos membros das turmas de julgamento do CARF afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A razão é muito simples no Poder Executivo – Administração Pública vige o princípio da hierarquia e quem exerce sua chefia máxima é o Senhor Presidente da República, a quem a Constituição da República Federativa do Brasil atribui em primeiro mão a competência de por intermédio da sanção em projeto de lei aprovado pelo Congresso Nacional, introduzir a norma no mundo jurídico, dando-lhe existência, estipulando sua vigência e atribuindo-lhe eficácia.

Logo, não é cabível que um servidor que lhe é subordinado e subalterno e lhe deve obediência, possa desfazer de um ato da maior autoridade do Poder Executivo, pois assim estaríamos subvertendo o regime.

Além do que, a própria CRFB/88 no artigo 102, caput, estabeleceu que o seu guardião é o Supremo Tribunal Federal – STF.

Assim cabe exclusivamente ao órgão maior do judiciário brasileiro o controle concentrado de constitucionalidade da leis e aos demais órgãos do judiciário o difuso.

A CRFB/88 não atribui competência para órgão julgador administrativo seja ele qual for, exercer o controle de constitucionalidade das leis.

Ademais, todas as normas que passam pelo processo legislativo constitucionalmente estabelecido gozam de presunção de constitucionalidade e assim devem ser respeitadas, afinal de contas é a própria CRFB/88 em seu artigo 5º, inciso LVII, diz: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”, “mutatis mutandis”, por que condenar a lei antes que o órgão competente o faça.

Por fim, apenas para sedimentar de vez a impossibilidade do reconhecimento de inconstitucionalidade por órgão administrativo, basta ler o que disse o Supremo Tribunal Federal – STF ao tratar da competência do Conselho Nacional de Justiça – CNJ que apesar de órgão da estrutura do judiciária exerce competência administrativa e não judicial, artigo 103-B, parágrafo 4º, da CRFB/88.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. INADMISSIBILIDADE. ATRIBUIÇÃO ESTRANHA À ESFERA DE COMPETÊNCIA DESSE ÓRGÃO DE PERFIL ESTRITAMENTE ADMINISTRATIVO. ATUAÇÃO ULTRA VIRES. LEGITIMIDADE DO CONTROLE JURISDICIONAL. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (PLENO). AUTOGOVERNO DA MAGISTRATURA, PRERROGATIVA INSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS JUDICIÁRIOS E AUTONOMIA DOS ESTADOS-MEMBROS: LIMITAÇÕES CONSTITUCIONAIS QUE NÃO PODEM SER DESCONSIDERADAS PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. LIMINAR MANDAMENTAL E A QUESTÃO DA INVESTIDURA APARENTE. PRINCÍPIOS DA SEGURANÇA JURÍDICA, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA E DA BOA-FÉ OBJETIVA. CONSEQUENTE SUBSISTÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E/OU JURISDICIONAIS PRATICADOS EM DECORRÊNCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR, AINDA QUE EVENTUALMENTE DENEGADO O MANDADO DE SEGURANÇA. DOUTRINA. JURISPRUDÊNCIA. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA.

D.2. Indevido exercício da atividade de controle de constitucionalidade e descumprimento do dever de zelar pelo cumprimento da LOMAN. Essa Suprema Corte, por diversas vezes, já declarou ser vedado ao CNJ o exercício de atividade de controle de constitucionalidade, por tratar-se o Conselho de órgão com natureza administrativa. Nesse sentido, em recente decisão, proferida nos autos da medida cautelar no MS 32582, deixou claro o Ministro Celso de Mello que o CNJ não dispõe de competência para exercer o controle incidental ou concreto de constitucionalidade (muito menos o controle preventivo abstrato de constitucionalidade) dos atos do Poder Legislativo. Inobstante, na hipótese presente, como já referido, para a prolação da decisão aqui combatida, o CNJ afastou do ordenamento jurídico pátrio o disposto no artigo 99 da LOMAN

que, conforme esclarecido adiante, chancela de forma explícita a correção da atuação do primeiro impetrante, declarando uma suposta inconstitucionalidade do mesmo dispositivo e negando efeitos à sua vigência. Ademais, além do exercício indevido de atividade de controle de constitucionalidade, ao negar vigência a dispositivo da LOMAN, deixou o CNJ, ainda, de exercer competência indelével de zelar pelo cumprimento daquele estatuto, competência esta que lhe é conferida, também de forma explícita, pelo disposto no artigo 103-B, § 4, inciso I, da Constituição: (STF - MS: 32865 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 02/06/2014, Data de Publicação: DJe-108 DIVULG 04/06/2014 PUBLIC 05/06/2014)

Evidente, assim, que o CARF apesar de órgão julgante, mas por exercer essa competência apenas na função administrativa e não judicial não detém competência para o controle de constitucionalidade seja ele difuso ou concentrado.

Assim sendo, todas as argumentações ligadas a questão de inconstitucionalidade, seja em preliminar ou em mérito, não serão apreciadas, ante a vedação legal expressa, que se impõe.

Mérito.

As questões relativas a acessoriedade não tem no âmbito tributário a relação com que se apresenta na seara cível.

O Supremo Tribunal Federal – STF no RE 250.844 – SP posicionou-se a esse respeito em voto - vista do Ministro Luiz Fux, que acabou acompanhado pelo relator Ministro Marco Aurélio Melo, do qual transcrevo o trecho abaixo.

Vê-se, assim, que o cumprimento da obrigação tributária acessória nada tem a ver com a existência, concomitante, de certa e determinada obrigação principal, ambas devidas pelo mesmo sujeito. O cumprimento de obrigações acessórias possui relevância externa e independente da relação articulada a partir do dever de pagar certo tributo. Projeta-se sobre outras relações jurídico-tributárias, travadas ou não entre os mesmos sujeitos em torno de exações também idênticas ou não.

Em verdade, toda controvérsia sobre a matéria decorre do emprego, pela legislação, de um mesmo rótulo (principal/acessória) para designar realidades distintas nos campos civil e tributário. Daí por que a terminologia “acessória”, vista em abstrato, é equívoca. Melhor seria que as mesmas fossem indicadas, pelo menos no campo justributário, por expressão mais precisa e infensa a ambiguidades, tal como “deveres instrumentais”. Sem embargo, o nomen iuris empregado pelo legislador não tem o condão de alterar-lhes a essência, a qual, esta sim, deve informar o regime jurídico aplicável à hipótese.

Não fosse isso suficiente o parágrafo único, do artigo 175, da Lei 5.172/66 estabelece, que a exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias, ou seja, as obrigações acessórias existem, ainda, que a principal não subsista.

Art. 175. omissis:

I - omissis;

II - omissis.

Parágrafo único. A exclusão do crédito tributário não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja excluído, ou dela consequente

Além disso, o auto de infração em tela nada tem a ver com a existência ou não das obrigações principais dos créditos 37.285.910-0 e 37.285.913-5, pois a infração aqui autuada é a não inclusão em folha de pagamento da remuneração pró-labore do sócio, bem como dos prestadores de serviços identificados na contabilidade da empresa, conforme consta do REFISC, o que se transcreve abaixo.

5. Ao analisar as folhas de pagamentos e Livros Diários N° 010 e 011 dos anos de 2006 e 2007 a fiscalização constatou que não foram incluídos em folhas de pagamentos:

5.1. Retiradas de pró-labore feitas nas competências 03/2006, 06/2006, 07/2006, 08/2006, 11/2006, 12/2006 e 01/2007 pelo sócio e lançados nos Livros Diários a débito das contas de despesa administrativa 3.02.001.0001.00001 (00415-RETIRADAS DE PRO-LABORE) e da conta de custo dos serviços prestados 3.01.003.02.0019 (01110-RETIRADA DE PRO-LABORE);

5.2. Prestadores de serviços pessoas físicas e todos os valores pagos aos mesmos nas competências 01/2006 a 12/2006 e 01/2007 a 07/2007. Tais valores de remunerações foram lançados nos Livros Diários a débito das contas de despesa administrativa 3.02.001.0001.00032 (00446-SERVICOS DE TERCEIROS-PF) e da conta de custo dos serviços prestados 3.01.003.02.0002 (01092-SERVICOS DE TERCEIROS-PF).

Verifica-se dos contratos sociais, de fls. 23 a 26 e 27 a 31, respectivamente, 2001 e 2007, as informações que a seguir exponho.

CONTRATO SOCIAL - 2001:

CLAUSULA TERCEIRA: DA GERENCIA DA SOCIEDADE

A gerência da Sociedade é mantida na pessoa do Sócio Juvenal Mello Neto, que independentemente de caução e livre de prestação de contas, representará a sociedade judicial e extrajudicialmente, ativa e passivamente, podendo constituir mandatários, com a cláusula ad judicicia e ad negocia.

obs: a retirada pró-labore está prevista no contrato social de 1990 - cláusula 7, uma vez que a cláusula quinta do contrato de 2001, assim dispõe:

CLÁUSULA QUINTA: Permanecem em vigor as demais cláusulas e condições contratuais

CONTRATO DE - 2007

2. . *O capital social é de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), divididos em 200.000 (duzentos mil) cotas de R\$ 1,00 (um real) cada uma, integralizadas em moeda corrente do País, assim subscritas:*

JUVENAL MELLO NETO - 185.000 (cento e oitenta e cinco mil) cotas, de R\$ 1.00 (um real) cada uma, perfazendo o total de R\$ 185.000,00 (cento e oitenta e cinco mil reais).

MARCELO BARBOSA MELLO - 15.000 (quinze mil) cotas, de R\$ 1,00 (um real) cada uma, perfazendo o total de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais).

5. *A administração da sociedade cabe a todos os sócios em conjunto e/ou separadamente com os poderes e atribuições de administração, autorizado o uso do nome empresarial, vedado, no entanto, em atividades estranhas ao interesse social ou assumir obrigações seja em favor de qualquer dos cotistas ou de terceiros, bem como onerar ou alienar bens imóveis da sociedade, sem autorização do outro sócio.*

A simples leitura deixa claro que a sociedade por obvio é administrada por trabalhadores e como tal nos termos da legislação submetessem ao sistema do RGPS, segundo prescrição legal e assim devem estar inseridos na folha de pagamento, ainda, que específicas para a categoria de segurados.

O que demonstra que, ainda, que não haja a obrigação principal por já ter sido adimplida ou por isenção ou anistia a obrigação acessória deveria ter sido cumprida.

Engana-se a recorrente não há motivos para a discriminação de valores nesse auto de infração, uma vez que tal auto não depende da apuração de valor algum, pois o *quantum debeat* da multa é fixo e estabelecido em lei, ou seja, cuida-se de uma multa de valor tarifado pela lei, bastando a verificação de sua ocorrência para a incidência de tal valor e nada mais.

O agente lançador de forma simples e clara deixou demonstrado na Relatório Fiscal da Multa, de fls. 08, essa situação.

Ficou demonstrado de forma simples que o fato gerador e o pagamento de remuneração a sócio via retirada pró-labore, bem como as pessoas físicas durante o período fiscalizado.

No que tange aos demais segurados prestadores de serviços, conforme pagamentos localizados nos registros contábeis da empresa não se pode exigir do fisco que os identifique, pois a própria empresa diz não poder fazê-lo, não cabe ao fisco identificar que a própria empresa tomadora dos serviços e ora recorrente, não é capaz de identificar.

7. *Foram solicitados pela fiscalização os documentos comprobatórios dos lançamentos efetuados nas duas contas 3.02.001.0001.00032 (00446-SERVICOS DE TERCEIROS-PF) e 3.01.003.02.0002 (01092-SERVICOS DE TERCEIROS-PF). A empresa informou, por escrito, que não tem tais comprovantes*

de pagamentos. Por essa razão, não foi possível identificar os prestadores de serviços pessoas físicas. (destaquei).

Tal exigência implicaria em transferir ao fisco ônus do contribuinte, bem como traria um benefício indevido ao contribuinte, pois beneficiaria-se de sua própria inação, nos termos do artigo 186, da Lei 10.406/2002.

EMEN: PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DENÚNCIA ESPONTÂNEA. ART. 138 DO CTN. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DA ESPÉCIE TRIBUTÁRIA E DA INFRAÇÃO DENUNCIADA. PROIBIÇÃO DO VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. 1. Hipótese em que autora-recorrente pediu a declaração da inexistência de relação jurídica válida que possa obrigá-la ao pagamento da multa moratória, nos recolhimentos dos tributos federais arrecadados pela Secretaria da Receita Federal e INSS que serão efetuados, com os acréscimos da correção monetária e juros moratórios, antes do início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração de não recolher na data de vencimento o tributo devido, conforme o benefício da denúncia espontânea. Defende que a Lei n. 9.430/96, art. 61, e a Lei n. 8.212/91, art. 35, teriam revogado o art. 138 do CTN ao fazerem menção à multa moratória para a hipótese de pagamentos em atraso de tributos e contribuições sociais. Não indica, contudo, os tributos objeto da denúncia espontânea. 2. Refuta-se a alegação de que o caso é de "tributo não declarado e não pago", pois não há nos autos qualquer menção a nenhuma das espécies tributárias nem a fatos ou atos determinados, mas apenas a vontade de ver declaradas inconstitucionais as disposições da Lei n. 9.430/96 e da Lei n. 8.212/91, que instituem a multa moratória para os casos de pagamento em atraso de tributos e contribuições sociais. Assim, em verdade, a autora-recorrente pretende é uma autorização judicial, extensível a qualquer espécie de lançamento tributário e a qualquer espécie tributária, para decotarem-se os valores referentes às multas moratórias de débitos tributários já vencidos, e que irão ser pagos. Porém, não havendo nenhuma indicação de fato, ou ato preciso, nem sobre qual espécie tributária se refere a pretensão, não há como se alegar que o caso enseja a aplicação do art. 138 do CTN. A parte recorrente não pode se beneficiar de sua própria torpeza. Proibição do venire contra factum proprium. 3. Diante das peculiares alegações da recorrente, é importante lembrar que "o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis e da aplicação de quaisquer medidas de garantia previstas nesta Lei ou em lei tributária" (art. 161 do CTN) e que "denúncia espontânea da infração" enseja, no mínimo, a indicação da infração. 4. Agravo regimental não provido. AGA 200702924796 AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 996102. BENEDITO GONÇALVES. STJ. PRIMEIRA TURMA. DJE DATA: 03/09/2009 ..DTPB. (grifei).

O auto de infração lançado está dentro de todas as determinações legais, que regem a espécie.

O presente lançamento tributário é de uma simplicidade impar, bem como sua clareza é solar e a precisão é de fácil observação.

A Folha de Rosto do Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA, de fls. 02, o Relatório Fiscal do Processo Administrativo Fiscal – REFISC, de fls. 06 e 07, bem como Relatório Fiscal da Multa, de fls. 08, e, ainda, os documentos anexados, as fls. 18 a 62, deixam apresentados todos os elementos e informações exigidas pela legislação, no que se refere ao lançamento.

Assim, no presente caso inexistente qualquer empecilho ao exercício do direito da ampla defesa e do contraditório, bem como supramencionado o valor do lançamento está definido em lei é aplicado de forma clara, estando composto pelos documentos mencionados e com valor fixado por lei, o que afasta qualquer ausência de certeza e liquidez do lançamento.

Com os esclarecimentos acima rejeito todos os pedidos, pois os argumentos apresentados não são suficientes, assim como não encontram guarida na legislação para alterar o lançamento.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto pelo conhecimento do recurso, para no mérito negar-lhe provimento.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.