



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

Processo nº 13982.001054/2009-74
Recurso nº 867.524 Voluntário
Acórdão nº 2401-001.926 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 28 de julho de 2011
Matéria DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente KADE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2006 a 30/11/2008

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. AUTO DE INFRAÇÃO. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. De acordo com os ditames do artigo 31, § 1º, da Lei nº 8.212/91, a empresa prestadora de serviços mediante cessão de mão-de-obra é obrigada a destacar 11% (onze por cento) do valor total da nota fiscal ou fatura da prestação de serviço, sob pena de aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória.

NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA. Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

PAF. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE. De conformidade com os artigos 62 e 72, § 4º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, c/c a Súmula nº 2 do antigo 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos: I) rejeitar a preliminar de nulidade; e II) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira - Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Walter Murilo Melo Andrade, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araujo Soares, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira. Ausentes os Conselheiros Cleusa Vieira de Souza e Marcelo Freitas de Souza Costa.

Relatório

KADE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 5ª Turma da DRJ em Florianópolis/SC, Acórdão nº 07-19.572/2010, às fls. 167/169, que julgou procedente a autuação fiscal lavrada contra a empresa, com arrimo no artigo 31, §§ 1º e 6º, da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 219, parágrafo 4º, do RPS, por ter deixado de destacar 11% (onze por cento) do valor bruto das notas fiscais de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, em relação ao período de 05/2006 a 11/2008, conforme Relatório Fiscal da Infração, às fls. 06/07, e demais documentos que instruem o processo.

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 17/09/2009, nos termos do artigo 293 do RPS, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se multa no valor de R\$ 1.329,18 (Um mil, trezentos e vinte e nove reais e dezoito centavos), com base nos artigos 283, *caput* e parágrafo 3º, e 373, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

De acordo com o Relatório Fiscal, *os serviços realizados pela autuada ocorreram na área de construção civil, mediante contratação de empreitada parcial, conforme se verifica na descrição dos serviços, a que se referem as notas fiscais de fls. 21/31.*

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 175/185, procurando demonstrar a improcedência do lançamento, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pugna pela decretação da nulidade do lançamento, por entender que o fiscal autuante, ao constituir o presente crédito previdenciário, não logrou motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa na legislação de regência, contrariando o disposto no artigo 142 do CTN, em total preterição do direito de defesa e do contraditório da notificada, conforme se extrai da doutrina e jurisprudência.

Após breve relato das fases ocorridas no decorrer do processo administrativo fiscal, insurge-se contra o crédito previdenciário por entender não ser devida a contribuição de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, uma vez que a exigência de tal tributo está condicionada à verificação se os *prestadores de serviços contratados, efetivamente, recolheram ou não a contribuição devida, sob pena de, dessa forma não se procedendo, estar-se incorrendo em inconstitucionalidade.*

Explicita que o artigo 31 da Lei nº 8.212/91 nada mais é do que uma modalidade de substituição tributária, a qual encontra-se maculada por vício de inconstitucionalidade em razão de não ter sido instituída mediante Lei Complementar, bem como por malferir os princípios da capacidade econômica e da isonomia tributária.

Contrapõe-se à exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, aduzindo para tanto que a penalidade imposta contrariou o princípio da estrita legalidade, inscrito no artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, o qual estabelece que a aplicação de

qualquer sanção só pode ser levada a efeito pelo agente fiscal com respaldo na lei, o que não se vislumbra na hipótese vertente, inquinando de ilegalidade a presente autuação.

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, Relator

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

PRELIMINAR NULIDADE LANÇAMENTO

Preliminarmente, pretende a recorrente seja declarada a nulidade do feito, sob o argumento de que a autoridade lançadora não logrou motivar/fundamentar o ato administrativo do lançamento, de forma a explicitar clara e precisamente os motivos e dispositivos legais que embasaram a autuação, contrariando a legislação de regência e, bem assim, os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que o lançamento, corroborado pela decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantido em sua plenitude.

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais levados a efeito no lançamento, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura dos anexos Relatórios Fiscal da Infração e da Multa Aplicada, às fls. 06/07, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção do Auto de Infração.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhe deram suporte, ou melhor, os fatos geradores da multa ora exigida, não se cogitando na nulidade do procedimento.

Com efeito, restou devidamente demonstrado nos elementos que instruem o processo que a recorrente deixou de destacar nas respectivas Notas Fiscais a Retenção de 11% (onze por cento) incidente sobre o valor do serviço prestado mediante cessão de mão-de-obra, nos termos do artigo 31 da Lei nº 8.212/91.

Nesse contexto, a contribuinte infringiu o disposto no artigo 31, § 1º, da Lei nº 8.212/91 (na redação da Lei nº 9.711/1998), c/c artigo 219, § 4º, do Regulamento da Previdência Social – RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, ensejando a aplicação da multa calculada com arrimo no artigo 283, caput, § 3º, do RPS, que assim prescrevem:

“Lei 8.212/91

Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor

pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23 não se aplicando, em qualquer hipótese, o benefício de ordem. (Redação alterada pela MP nº 1.523-9, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 1º 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”

“Decreto nº 3.048/99 – Regulamento da Previdência Social

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 § 5º do art. 216

[...]

§ 4º 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.

Art. 283. Por infração a qualquer dispositivo das Leis nºs 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:

[...]

§ 3º 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).”

Verifica-se, portanto, que a recorrente não apresentou a documentação e/ou informações exigidas pela fiscalização na forma que determina a legislação previdenciária, incorrendo na infração prevista nos dispositivos legais supracitados, o que ensejou a aplicação da multa, nos termos do Regulamento da Previdência Social, como procedeu, corretamente, o fiscal autuante, não se cogitando na nulidade do lançamento como pretende a recorrente, impondo a manutenção da decisão recorrida em sua plenitude.

MÉRITO

No mérito, pugna a recorrente pela reforma da decisão recorrida, a qual manteve a exigência fiscal em sua plenitude, alegando não ser devida a contribuição de que trata o artigo 31 da Lei nº 8.212/91, devendo a fiscalização primeiramente verificar se os prestadores de serviços promoveram o recolhimento de tais tributos.

Em defesa de sua pretensão, infere que referida contribuição, na condição de uma modalidade de substituição tributária, contrariou os princípios da capacidade econômica e da isonomia tributária, além da estrita legalidade, insculpida no artigo, inciso II, da Constituição Federal, o qual estabelece que a aplicação de qualquer sanção só pode ser levada a efeito pelo agente fiscal com respaldo na lei, o que não se vislumbra na hipótese vertente, inquinando de ilegalidade a presente autuação, entendimento que não tem o condão de macular a exigência fiscal em comento.

Destarte, ao revés da argumentação da contribuinte, a presente autuação não contempla a exigência de contribuições previdenciárias incidentes sobre a prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra.

Constata-se, assim, que muito embora tratar-se de autuação face à inobservância de obrigações acessórias, os argumentos da recorrente dizem respeito basicamente a obrigações principais, bem como a propósito de matérias não oponíveis na esfera administrativa, especialmente em relação à constitucionalidade da multa aplicada, o que por si só seria capaz de ensejar o não conhecimento do recurso voluntário, por trazer em seu bojo questões estranhas ao auto de infração sob análise.

Com efeito, a contribuinte faz uma verdadeira confusão ao tratar da questão, trazendo à colação argumentos relativos à constituição de créditos previdenciários decorrentes do descumprimento de obrigações principais.

Consoante se positiva do artigo 113 do Código Tributário Nacional, as obrigações tributárias são divididas em duas espécies, principal e acessória. A primeira diz respeito à ocorrência do fato gerador do tributo em si, por exemplo, recolher ou não o tributo propriamente dito, extinguindo juntamente com o crédito decorrente.

Por outro lado, a obrigação acessória, relaciona-se às prestações positivas ou negativas, constantes da legislação de regência de interesse da arrecadação ou fiscalização tributária, sendo exemplo de seu descumprimento deixar a contribuinte de proceder ao destaque de 11% na nota fiscal ou fatura de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra, situação que se amolda ao caso *sub examine*.

Nesse sentido, inobstante as razões de fato e de direito ofertadas pela contribuinte ao longo do seu arrazoado, sua pretensão não merece ser acolhida. A uma porque se vinculam com descumprimento de obrigações tributárias principais, estranhas ao presente caso. A duas, porque, em sua maioria, dizem respeito matérias constitucionais, não oponíveis na esfera administrativa.

Mais a mais, relativamente às questões de inconstitucionalidades argüidas pela contribuinte, além dos procedimentos adotados pela fiscalização, bem como a multa ora exigida encontrarem respaldo na legislação previdenciária, cumpre esclarecer, no que tange a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 256/2009, que aprovou o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando o afastamento de leis, decretos, atos normativos, dentre outros, a pretexto de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos seguintes termos:

“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.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:

I - que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal; ou

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.”

Observe-se, que somente nas hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo regimental encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

A corroborar esse entendimento, a Sumula nº 02, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, assim estabelece:

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

E, segundo o artigo 72, § 4º do Regimento Interno do CARF, as Súmulas dos Conselhos de Contribuintes, que são o resultado de decisões unânimes, reiteradas e uniformes, serão de aplicação obrigatória por este Conselho.

Finalmente, o artigo 102, I, “a” da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:

“Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I – processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;

[...]”

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, também em relação à ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

No que tange às demais alegações da recorrente, não cabe aqui tecer maiores considerações, porquanto não são capazes de rechaçar a exigência fiscal em comento, eis que desprovidas de qualquer amparo legal ou lógico, bem como já devidamente refutadas na decisão de primeira instância.

Assim, escoreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido o lançamento, uma vez que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela fiscalização que serviram de base à penalidade aplicada.

Por todo o exposto, estando o Auto de Infração *sub examine* em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão de primeira instância, pelos seus próprios fundamentos.

Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira