



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

Processo nº 15983.000250/2007-85
Recurso nº 263.901 Voluntário
Acórdão nº **2402-001.729 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 11 de maio de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO : DEIXAR DE REALIZAR DESTAQUE
RETENÇÃO DE 11%
Recorrente VILAMAR SERVIÇOS MARÍTIMOS LTDA / ME
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/04/2003 a 30/04/2004

Constitui infração deixar de efetuar o destaque da retenção de 11% para a Previdência Social nas Notas Fiscais/Faturas de mão-de-obra ou serviços prestados.

DECADÊNCIA. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE 08 DO STF. OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS. APLICAÇÃO ART 173, I, CTN.

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias, relativas às contribuições previdenciárias, é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

O lançamento foi efetuado em 02/07/2007, data da ciência do sujeito passivo (fl. 01), e os fatos geradores, que ensejaram a autuação pelo descumprimento da obrigação acessória, ocorreram no período compreendido entre 04/2003 a 04/2004, com isso, as competências posteriores a 12/2001 não foram abrangidas pela decadência, permitindo o direito do fisco de constituir o lançamento.

CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA.
INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIAÇÃO.

Não cabe aos Órgãos Julgadores do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF afastar a aplicação da legislação tributária em vigor, nos termos do art. 62 do seu Regimento Interno.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade e não cabe ao julgador no âmbito do contencioso

administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Ana Maria Bandeira – Presidente em exercício.

Ronaldo de Lima Macedo - Relator.

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues, Leôncio Nobre de Medeiros e Tiago Gomes de Carvalho Pinto. Ausente o Conselheiro Julio Cesar Vieira Gomes.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado pelo descumprimento da obrigação tributária acessória prevista no art. 31, § 1º, da Lei nº 8.212/1991, c/c os art. 219, § 4º, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, em razão da empresa cedente de mão-de-obra deixar de efetuar o destaque da retenção de 11% (onze por cento) para a previdência social do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fl. 04), a autuada como cedente de mão-de-obra deixou de efetuar o destaque da retenção de 11% (onze por cento) para a previdência social do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, para o período de 04/2003 a 04/2004.

No Relatório Fiscal da Aplicação da Multa (fl. 05), consta que a multa foi calculada e aplicada com fundamento nos artigos 92 e 102 da Lei 8.212/1991, e artigos 283, *caput* e §3º, e 373 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999. Essa base legal implicou para o infrator a multa de R\$ 1.195,13 (hum mil, cento e noventa e cinco reais e treze centavos), cujos valores estão atualizados de acordo com a Portaria MPS/GM nº 142, de 11/04/2007.

Não ficaram configuradas as circunstâncias agravantes previstas no art. 290 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 02/07/2007 (fl.01).

A Notificada apresentou impugnação tempestiva (fls. 17/25) – acompanhada de anexos de fls. 26/55 –, alegando, em síntese, que:

1. à luz da legislação em vigor, o período anterior a 02/07/2002 encontra-se em decadência e, portanto, eventuais valores de contribuições em débito anteriores a essa data não podem ser apurados e lançados pela fiscalização;
2. não há relatório descritivo na autuação em tela. Verifica-se que o Auto de Infração tem co-relação com a NFLD Debcad nº 37.073.310-0, onde o item 03 do relatório da notificação tenta sugerir a responsabilidade do defendente em não destacar 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de serviços, referente ao período de 04/1999 a 07/2000;
3. a autuação no que tange ao mérito, não merece prosperar, pois nesse período o defendente obedecia ao regime tributário do SIMPLES;
4. a multa aplicada é confiscatória e afronta dispositivos constitucionais;

5. **Pedidos.** Declarar nulo o auto de infração nº 37.073.309-6, pela preliminar argüida, no que tange a decadência ventilada; e/ou declarar nulo e insubsistente pela inexistência da infração nele descrito, tendo em vista que o defendente no período fiscalizado era optante do SIMPLES, portanto sua prática tributária era divergente da imputação fiscal, e perfeitamente legal à época no que tange a sua sistemática; e/ou, seja afastada integralmente a multa aplicada, tendo como parâmetro o evidente confisco e afronta aos dispositivos constitucionais ventilados.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em São Paulo II-SP – por meio do Acórdão 17-22.149 da 10ª Turma da DRJ/SPOII (fls. 58/64) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que estão presentes os pressupostos de validade da presente lavratura.

A Notificada apresentou recurso (fls. 69/73) – acompanhada de anexos de fls. 74/99 –, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no auto de infração e no mais efetua as alegações da peça de impugnação.

O Serviço de Controle e Acompanhamento Tributário (SECAT) da Delegacia da Receita Federal do Brasil em Santos-SP informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes para processamento e julgamento (fl. 101).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Recurso tempestivo (fls. 68/69 e 101). Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto.

DA PRELIMINAR:

O contribuinte vem a este Conselho solicitando que seja declarada a extinção do crédito tributário ora analisado, pois os supostos créditos levantados pela fiscalização, anteriores a junho de 2002, foram fulminados pelo instituto jurídico da decadência, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Tal alegação não será acatada pelos motivos a seguir delineados.

Inicialmente, constata-se que o lançamento fiscal em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, a decadência deve ser verificada considerando-se a recente Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1.569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário”

Vale lembrar que os efeitos da súmula vinculante atingem a administração pública direta e indireta nas três esferas, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foram inseridos pela Emenda Constitucional nº 45/2004. *in verbis*:

“Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.(g.n.);

Da análise do caso concreto, verifica-se que embora se trate de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória, há que se verificar a ocorrência de eventual decadência à luz das disposições do Código Tributário Nacional que disciplinam a questão ante a manifestação do STF quanto à inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

O Código Tributário Nacional trata da decadência no artigo 173, abaixo transcrito:

“Art.173 - O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.”

Quanto ao lançamento por homologação, o Código Tributário definiu no art. 150, § 4º, o seguinte:

“Art.150 - O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º - Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Tem sido entendimento constante em julgados do Superior Tribunal de Justiça, que nos casos de lançamento em que o sujeito passivo antecipa parte do pagamento da contribuição, aplica-se o prazo previsto no § 4º do art. 150 do CTN, ou seja, o prazo de cinco anos passa a contar da ocorrência do fato gerador, uma vez que resta caracterizado o lançamento por homologação.

No caso, como se trata de aplicação de multa pelo descumprimento de obrigação acessória não há que se falar em antecipação de pagamento por parte do sujeito passivo, assim, para a apuração de decadência, aplica-se a regra geral contida no art. 173, inciso I, do CTN.

Assevere-se que a questão foi objeto de manifestação por parte da Procuradoria da Fazenda Nacional por meio da Nota PGFN/CAT Nº 856/ 2008 aprovada pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional em 01/09/2008, nos seguintes termos:

“Aprovo. Frise-se a conclusão da presente Nota de que o prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.”

Assim – como a autuação se deu em **02/07/2007**, data da ciência do sujeito passivo (fl. 01), e a multa aplicada decorre do período compreendido entre **04/2003 a 04/2004**

–, percebe-se que as competências objeto do lançamento fiscal não foram atingidas pela decadência tributária, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN.

Com isso – como o crédito foi constituído com fundamento no direito potestativo do Fisco em lançar os valores da multa determinados pela legislação vigente –, a preliminar de decadência não será acatada, eis que o lançamento fiscal refere-se ao período de 04/2003 a 04/2004 e, por consectário lógico, a decadência não atingiu o período abarcado pelo descumprimento da obrigação tributária acessória.

DO MÉRITO:

Inicialmente, dentro do aspecto meritório, a Recorrente alega que a multa aplicada, ante a sua desproporcionalidade e desrazoabilidade, é confiscatória e inconstitucional. Informamos que tal alegação não compete a este foro a discussão sobre a matéria, dado que a Administração Pública é compelida a aplicar a penalidade nos moldes fixados na legislação de regência, o que foi observado no caso ora analisado, não se configurando, assim, o alegado excesso de exação, porque o Fisco agiu no estrito cumprimento do dever legal.

Ademais, frise-se que a análise da alegação retromencionada seria incabível na esfera administrativa. Não pode a autoridade administrativa recusar-se a cumprir norma cuja constitucionalidade, ou ilegalidade, vem sendo questionada, razão pela qual são aplicáveis as normas reguladas na Lei nº 8.212/1991 e demais disposições da legislação vigente aplicadas ao lançamento fiscal ora analisado.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, ou seja declarada suspensa pelo Senado Federal nos termos art. 52, X, da Constituição Federal, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

Nesse sentido, o Regimento Interno (RI) do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) veda aos membros de Turmas de julgamento afastar aplicação de lei ou decreto sob fundamento de inconstitucionalidade, e o próprio Conselho uniformizou a jurisprudência administrativa sobre a matéria por meio do enunciado da Súmula nº 2 (Portaria MF nº 383, publicada no DOU de 14/07/2010), transcrito a seguir:

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

Quanto à alegação de que inexistente a infração imputada pela auditoria fiscal, uma vez que a Recorrente seria optante pelo regime de tributação SIMPLES.

Tal alegação não será acatada, eis que a Recorrente não apresentou qualquer elemento probatório, seja na peça recursal de fls. 69/99, seja na peça de impugnação de fls. 17/55, capaz de comprovar ou demonstrar que fora optante pelo SIMPLES no período em que emitiu as Notas Fiscais sem o destaque de 11% para a Previdência Social.

Esclarecemos que, no período constante do lançamento fiscal ora analisado, para a empresa se enquadrar no regime do SIMPLES, era necessário fazer a opção mediante inscrição, nos termos do art. 3º da Lei nº 9.317/1996, transcrito abaixo:

Art. 1º Esta Lei regula, em conformidade com o disposto no art. 179 da Constituição, o tratamento diferenciado, simplificado e favorecido, aplicável às microempresas e as empresas de pequeno porte, relativo aos impostos e às contribuições que menciona.

(...)

Art. 3º A pessoa jurídica enquadrada na condição de microempresa e de empresa de pequeno porte, na forma do art. 2º, poderá optar pela inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte - SIMPLES. (g.n.)

§ 1º A inscrição no SIMPLES implica pagamento mensal unificado dos seguintes impostos e contribuições: (...)

Faz-se necessária a obrigatoriedade de a Recorrente comprovar as alegações que oponha ao lançamento fiscal, não sendo admissível a mera alegação desacompanhada de qualquer elemento probatório.

Nesse sentido, dispõe o art. 16, inciso III, do Decreto nº 70.235/1973 – diploma que estabelece as regras sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências –, transcrito abaixo:

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir; (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/1993) (g.n.)

Logo, no período de 04/2003 a 04/2004, a Recorrente estava obrigada a efetuar o destaque da retenção de 11 % sobre o valor bruto das notas fiscais, faturas ou recibos na prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada.

As cópias de Notas Fiscais de Serviços, anexas à impugnação (fls. 36/55), referem-se exclusivamente ao período de 08/2004 a 10/2006, que é posterior ao período mencionado neste lançamento fiscal ora analisado.

Portanto, o procedimento utilizado pela auditoria fiscal para a aplicação da multa foi devidamente consubstanciado na legislação vigente à época da lavratura do auto de infração. Ademais, não verificamos a existência de qualquer fato novo que possa ensejar a revisão do lançamento em questão nas alegações registradas na peça recursal da Recorrente.

Por fim, é importante salientar que a infração ora analisada não depende da ocorrência de dolo ou culpa do contribuinte, ao contrário do que entende a Recorrente. Não cogitou o legislador sobre o elemento volitivo que a originou. A obrigação da empresa cedente de mão-de-obra é efetuar o destaque da retenção de 11% (onze por cento) para a previdência social do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, não cabendo ao fisco analisar os motivos da não realização desse destaque de retenção. Vale mencionar que o art. 136 do CTN, ao eleger como regra a responsabilidade objetiva, isenta a autoridade fiscal de buscar as provas da intenção do infrator, conforme transcrito abaixo:

Art. 136. Salvo disposição de lei em contrário, a responsabilidade por infrações da legislação tributária

independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato. (g.n.)

Logo, não procede a alegação da Recorrente, eis que ela deixou de efetuar o destaque da retenção de 11% (onze por cento) para a previdência social do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços mediante cessão de mão-de-obra ou empreitada, para o período de 04/2003 a 04/2004.

Finalmente, pela análise dos autos, chegamos à conclusão de que o lançamento foi lavrado na estrita observância das determinações legais vigentes, sendo que teve por base o que determina a Legislação de regência.

CONCLUSÃO:

Diante do exposto, voto no sentido de conhecer do recurso, rejeitar a preliminar e no mérito negar-lhe provimento, nos termos do voto.

Ronaldo de Lima Macedo.