



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERÊNCIA DO ORIGINAL
Brasília, 19.05.09
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho
Mat. Siapc 751683

CC02/C06
Fls. 545

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 35067.003411/2006-61
Recurso nº 149.095 Voluntário
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO
Acórdão nº 206-01.499
Sessão de 04 de novembro de 2008
Recorrente JOSÉ ARTHUR BERMUDES DA SILVEIRA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA (RECEITA FEDERAL DO BRASIL)

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Período de apuração: 12/05/1999 a 20/11/2002

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA
VINCULANTE - OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS - 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, I, do CTN.

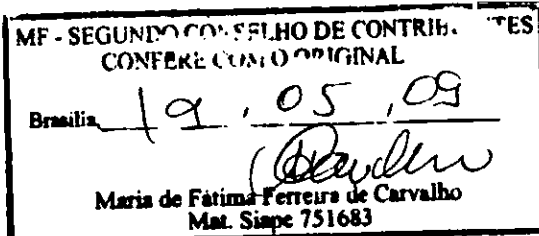
Assunto: Processo Administrativo Fiscal

Período de apuração: 12/05/1999 a 20/11/2002

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE.

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, 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 ou afrontariam legislação hierarquicamente superior.

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO -
DIRIGENTE - RESPONSABILIDADE.



O dirigente de órgão ou entidade da administração federal, estadual, do Distrito Federal ou municipal, responde pessoalmente pela multa aplicada por infração de dispositivos da Lei 8.212/91 e do seu regulamento.

JULGADOR - ENFRENTAMENTO DE TODAS AS ALEGAÇÕES.

A autoridade julgadora não está obrigada a decidir de acordo com o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento. Não se verifica nulidade na decisão em que a autoridade administrativa julgou a questão demonstrando as razões de sua convicção.

Recurso Voluntário Provido em Parte.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para retirar do cálculo da multa os valores correspondentes à não apresentação de CND nas contratações das empresas Cetran Comércio e Representações Ltda, Contrato nº 25/99, de 29/06/1999 e Hoffman Comércio Representação e Montagens Ltda, Contrato 15/99, de 12/05/1999.

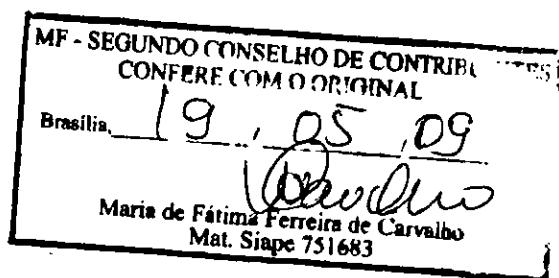
ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente

ANA MARIA BANDEIRA

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

Trata-se de auto de infração pelo descumprimento de obrigação tributária acessória prevista na Lei nº 8.212/1991, art. 47, inciso I, alínea "a" e alterações posteriores e na Lei nº 8.666/1993, art. 29, inciso IV, na redação dada pela Lei nº 8.883/1994 c/co art. 257, Inciso I, alínea "a" e § 7º e art; 263 do Decreto nº 3.048/1999 que consiste em o servidor, o serventuário da justiça ou o titular de serventia extrajudicial deixar de exigir Certidão Negativa de Débito – CND, da empresa, quando da licitação, da contratação com o poder público, ou no recebimento de benefício ou de incentivo fiscal ou crédito concedidos por ele.

In casu, a autuação se deu contra o Sr. José Arthur Bermudes da Silveira, à época Secretário Geral de Obras do Município de Vitória-ES, quando se constatou que na contratação das empresas listadas no Relatório Fiscal da Infração (fls. 07/08), não se exigiu documentos comprobatório de inexistência de débito, CND.

Posteriormente à emissão da Decisão-Notificação nº 07.401.4/013/2006 (fls. 44/46) que considerou que o interessado não apresentou defesa e julgou a autuação procedente, foi apurado que o autuado havia apresentado defesa tempestiva (fls. 53/65) onde alegou, em síntese, o seguinte:

Que para as empresas Hoffman Comércio Representação e Montagens Ltda e Icoplan – Internacional de Consultoria S/A, já houve o saneamento de qualquer irregularidade. Requer, portanto, a relevação da multa nos termos do art. 291, § 1º do Decreto nº 3.048/1999.

Aduz que para que se possa julgar válido o auto de infração atacado é preciso que a situação fática nele descrita esteja prevista em dispositivos de lei, possibilitando, destarte, a imposição de multa.

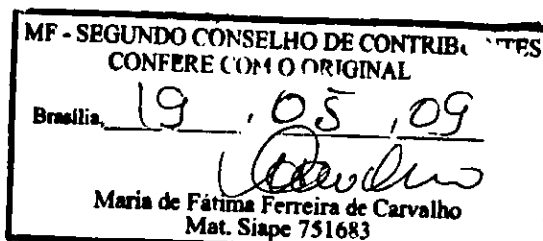
Argumenta que a lei no qual o auto se fundamenta não comina multa específica para o ato imputado ao defendente. Considera inconstitucional que a lei tenha delegado ao decreto a possibilidade de estabelecimento de multa.

Alega a inexistência de responsabilidade funcional do defendente. Entende que de acordo com o § 1º do art. 283 do RPS, a responsabilidade foi corretamente distribuída a todos os servidores que compõem a "máquina pública" na extensão de suas incumbências e responsabilidades.

Afirma que seria irracional e desproporcional exigir-se de uma única autoridade a onisciência e a onipresença na realização de todos os atos administrativos que eventualmente poderiam ser praticados de forma irregular.

Informa que todos os processos licitatórios foram realizados por comissão específica para tal fim, bem como todos os processos foram submetidos à análise da Procuradoria Jurídica do Município que atestou a legalidade dos procedimentos.

Entende que a multa aplicada deveria restringir-se àquela prevista no inciso II do art. 283 do RPS e que da forma como foi calculada representa um valor quase cinquenta por cento maior que os gastos tidos pela administração nos contratos em questão evidenciando flagrante desproporção entre a multa aplicada e o eventual prejuízo ao erário.



Quanto ao Contrato nº 25/99, afirma que não foi o autuado quem o assinou mas o então Subsecretário de Obras do Município.

Foi solicitado à Procuradoria Federal Especializada – INSS que se manifestasse a respeito da alegação acima e esta o fez no sentido de que mesmo para o Contrato nº 25/99, a responsabilidade seria do autuado (fls. 507/509).

Pela Decisão-Notificação nº 07.401.4/0229/2006 (fls. 510/515) a autuação foi considerada procedente.

O autuado apresentou recurso tempestivo (fls. 527/539) onde em nada inova.

É o relatório.

Voto

Conselheira ANA MARIA BANDEIRA, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Ainda que não tenha sido suscitada pelo recorrente, é necessário que se faça uma análise a respeito da decadência eventualmente verificada à luz do disposto na Súmula Vinculante nº 8 editada pelo Supremo Tribunal Federal que dispôs o seguinte:

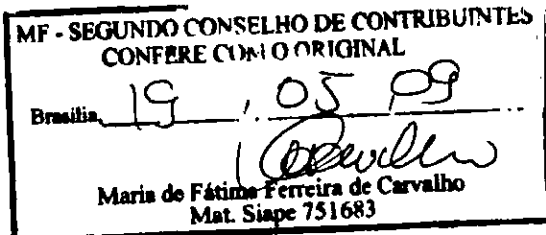
Súmula Vinculante 8 “São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.”

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 e parágrafos, 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.

§ 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

§ 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade.



§ 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso. (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.

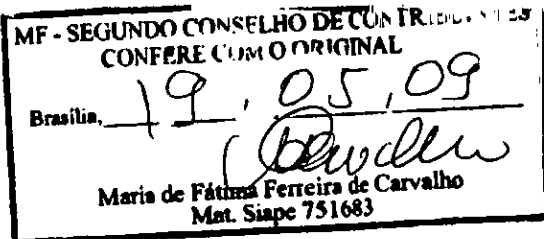
Parágrafo Único - O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento."

Quanto ao lançamento por homologação, o Códex 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 valar 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."

No caso em tela, o auto de infração foi lavrado em 22/12/2005, logo, a autuação não pode prevalecer pela não exigência de CND na contratação das empresas Cetran Comércio e Representações Ltda, Contrato nº 25/99, de 29/06/1999 e Hoffman Comércio Representação e Montagens Ltda, Contrato 15/99, de 12/05/1999, devendo ser excluídos da multa aplicada os valores correspondentes aos mesmos.

Assim, permaneceriam na autuação a multa pela não exigência de CND quando da contratação das empresas Icoplan Internacional de Consultoria S/A e Geo-Rio – Fundação Instituto Geotécnico do Rio de Janeiro.

O recorrente entende que a multa deveria ser relevada ao afirmar que quanto à empresa Icoplan teria sido juntada aos autos a CND que teria sido apresentada pela mesma por ocasião da primeira medição.

Cumprir dizer que ao contrário do que aduziu o recorrente a decisão de primeira instância não deixou de manifestar-se a respeito. Observa-se da leitura da decisão recorrida que a mesma é clara no sentido de que, quando da contratação das empresas não havia CND ou CPDN – Certidão Positiva de Débito com efeito de Negativa válida.

De fato, a obrigação acessória é expressamente definida na lei como sendo o dever de exigir da CND na contratação e, não posteriormente.

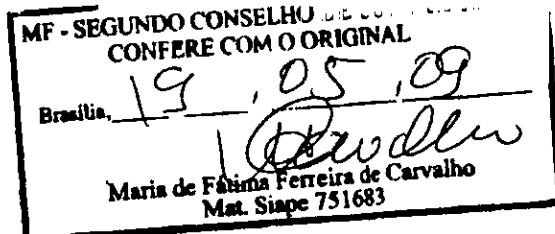
Nesse sentido, não é possível a relevação da multa.

Quanto à alegação de que a administração teria o poder-dever de rever seus atos ilegais ou inconstitucionais e de deixar de aplicar norma inconstitucional ainda que não declarada como tal pelo STF não confiro razão ao recorrente.

Frise-se que não se considera ilegal ou inconstitucional ato que tenha por escopo dispositivo legal em plena vigência no ordenamento jurídico, ainda que o recorrente venha discorrer a respeito da legalidade/constitucionalidade do mesmo.

De fato, não cabe à autoridade administrativa deixar de aplicar dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumento de que o mesmo afrontaria a Constituição Federal ou lei hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.



O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la.

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reequadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juiz Saraiva 21). (g.n.).”

Ademais, tal questão já se encontra sumulada no âmbito do Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

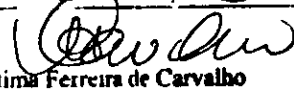
“Súmula nº 2 O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.

Diante das argumentações acima, não há que se decretar nulidade do Auto de Infração por ofensa ao princípio da reserva legal.

O recorrente alega, ainda, a inexistência de responsabilidade funcional do mesmo.

O art. 41 da Lei nº 8.212/1991 é claro ao definir que quem responde pela multa aplicada em razão de descumprimento de obrigações acessórias definidas na citada lei é o dirigente do órgão ou entidade.

Por sua vez, o § 1º d art. 283 do Decreto nº 3.048/1999 estabelece que considera-se dirigente aquele que tem a competência funcional para decidir a prática ou não do ato que constitua infração à legislação da seguridade social.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUIÇÃO
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 19.05.09

Maria de Fátima Ferreira de Carvalho Mat. SIAPE 751683

Por essa razão, tem-se que o Secretário Municipal de Obras, no caso, possui a responsabilidade administrativa pelos atos praticados no âmbito de órgão, como o dirigente máximo.

No entanto, nada impede que disponha desse Poder Hierárquico, desde que observado o Princípio da Legalidade, ou seja, que o faça por meio de manifestação expressa de sua vontade, transferindo obrigações a seus subordinados.

Assevere-se que além da delegação expressa de responsabilidades, outros documentos, como leis orgânicas, regimentos internos poderiam demonstrar de quem seria a responsabilidade pela prática do ato.

Ocorre que, embora alegue não ser o responsável, o recorrente não trouxe aos autos qualquer documento que demonstrasse que a competência para a prática do ato seria de outrem.

O recorrente alega que não houve manifestação na decisão recorrida a respeito dos argumentos referentes à multa aplicada.

A alegação não se comprova. O julgador de primeira instância tratou da questão, inclusive citando toda a legislação referente à multa aplicada, qual seja, artigo 33, *caput*, artigos 92 e 102 da Lei nº 8.212/1991, art. 283, inciso II e alínea "c" do Decreto nº 3.048/1999, art. 8º, inciso V da Portaria MPS nº 822, de 11/05/2005, art. 646, inciso IV e § único, art. 649, inciso II da Instrução Normativa SRP nº 03/2005.

Portanto, a forma como foi calculada a multa está em consonância com a legislação de regência.

O recorrente ainda alega que espera que este Conselho se manifeste sobre todos os postos suscitados na defesa.

Cumprе ressaltar que o órgão julgador não se obriga a apreciar toda e qualquer alegação apresentada pelo recorrente, mas tão somente aquelas que possuem o condão de formar ou alterar sua convicção.

Tal entendimento encontra respaldo em jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça aplicada subsidiariamente conforme se depreende do Recurso Especial, cuja ementa transcrevo abaixo:

*"RESP 208302 / CE ; RECURSO ESPECIAL1999/0023596-7 -
Relator: Ministro Edson Vidigal - Quinta Turma - Julgamento em
01/06/1999 - Publicação em 28/06/1999 - DJ pág 150*

*PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO PARA FINS
DE PREQUESTIONAMENTO. ADMISSIBILIDADE. REFERÊNCIA A
CADA DISPOSITIVO LEGAL INVOCADO. DESNECESSIDADE.*

*1. Legal a oposição de Embargos Declaratórios para prę questionar
matéria em relação a qual o Acórdão embargado omitiu-se, embora
sobre ela devesse se pronunciar; o juiz não está obrigado, entretanto, a
responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado
motivo suficiente para fundar a decisão.*



2. Recurso não conhecido.”

“REsp 767021 / RJ ; RECURSO ESPECIAL 2005/0117118-7 –
Relator: Ministro JOSÉ DELGADO - PRIMEIRA TURMA –
Julgamento em 16/08/2005 - DJ 12.09.2005 p. 258.

PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU FALTA DE MOTIVAÇÃO NO ACÓRDÃO A QUO. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE IMÓVEL. DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA. GRUPO DE SOCIEDADES COM ESTRUTURA MERAMENTE FORMAL. PRECEDENTE.

1. Recurso especial contra acórdão que manteve decisão que, desconsiderando a personalidade jurídica da recorrente, deferiu o arresto do valor obtido com a alienação de imóvel.

2. Argumentos da decisão a quo que são claros e nítidos, sem haver omissões, obscuridades, contradições ou ausência de fundamentação. O não-acatamento das teses contidas no recurso não implica cerceamento de defesa. Ao julgador cabe apreciar a questão de acordo com o que entender atinente à lide. Não está obrigado a julgar a questão conforme o pleiteado pelas partes, mas sim com o seu livre convencimento (art. 131 do CPC), utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso. Não obstante a oposição de embargos declaratórios, não são eles mero expediente para forçar o ingresso na instância especial, se não há omissão a ser suprida. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC quando a matéria enfocada é devidamente abordada no arresto a quo. (g.n.).”

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER DO RECURSO e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL** para retirar do cálculo da multa os valores correspondentes à não apresentação de CND nas contratações das empresas Cetran Comércio e Representações Ltda, Contrato nº 25/99, de 29/06/1999 e Hoffman Comércio Representação e Montagens Ltda, Contrato 15/99, de 12/05/1999.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de novembro de 2008

ANA MARIA BANDEIRA