



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

Processo nº 37311.009095/2005-46
Recurso nº 250.058
Resolução nº **2803-000.029 – 3ª Turma Especial**
Data 16 de março de 2011
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente HOPI HARI S/A
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do(a) relator(a). Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Eduardo de Oliveira.

(Assinado digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Amílcar Barca Teixeira Junior, Gustavo Vettorato.

Relatório

DO LANÇAMENTO

Trata-se de Auto de Infração (Debcad : 35.806.550-0/2005) lavrado contra a empresa acima identificada que deixou de apresentar à fiscalização notas fiscais de prestadores de serviços relacionadas às folhas 36 a 45, período 06/1996 a 12/2003, lançadas em sua contabilidade, infringindo as disposições contidas na Lei nº 8.212/91, artigo 33, §2º, c/c art. 232 do Regulamento da Previdência Social— RPS, aprovado pelo Decreto 3048/99. Foi aplicada multa prevista no artigo 283, inciso II, "j" e art. 373 do RPS, e artigo 33 §2º, artigo 92 e 102, da Lei 8.212/91, observado os limites estabelecidos pela Portaria MPAS nº 479 de 07/05/2004. Não constam circunstâncias agravantes nem atenuantes.

DA CIÊNCIA DO LANÇAMENTO

A ciência da autuação fiscal se deu em 15/03/2005, fls. 49, inconformado o recorrente apresentou impugnação, fls. 188 a 198.

A decisão do órgão julgador de primeira instância administrativa fiscal confirmou a procedência do lançamento, fls. 247 a 253.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

O contribuinte tomou ciência da decisão em 11/10/2005, fls. 255, inconformado interpôs recurso voluntário em 11/11/2005, fls. 258 a 273, fazendo juntada de documentos e alegando em síntese:

Em preliminar

- que sejam excluídas da qualidade de co-responsáveis do recorrente: Marcelo Lopes Cardoso, Hugo Antônio Jordão Bethlem, Eneas Cesar Pestana Neto, Carlos Araújo Barreto, Fernando Custódio Zancope, José Paulo do Nascimento David, Marcelo Franca de Lima e Armando Pereira Filho; pois se exige a presença do dolo do representante da pessoa jurídica, devidamente apurada pelos meios legais, o que não restou demonstrado no presente caso;

- a decadência do período de 09/1995 a 02/2000;.

No Mérito

- o recorrente protocolou petição nos referidos processos administrativo apresentando os documentos mencionados como não localizados pela fiscalização, ocorrendo a perda do objeto da autuação. São: a) NFLD 35.806.516-0 — petição apresentada em 01/06 p.p. (protocolo 37.311.003519/2005-69) — Notas Fiscais n. 211, 212, 215, 47, 642, 656, 721, 722, 735 e 872 (Doc. 03); b) NFLD 35.806.519-4 — petição apresentada em 22/09 p.p. (protocolo 37311.006984/2005-51) — Notas Fiscais de Venda Mercantil nºs 2503, 2530, 2544, 2545, 2674, 2675, 2676, 2677 e 2678 (Doc 04); c) NFLD 35.806.527-5 — petição apresentada em 10/10 p.p. (protocolo 3711.006937/2005-16) — Nota Fiscal nº 1464 (Doc. 05); e d) NFLD 35.806.520-8 — petição apresentada em 22/09 p.p. (protocolo 37311.006985/2005-04) — Folhas de Pagamento à Funcionários da empresa Gevisa S/A e respectivas GRPS's (Doc. 06).

- na hipótese de não ser cancelada a presente exigência, é certo que a multa aplicada deve, ao menos, ser atenuada, tendo em vista que a documentação supra mencionada foi apresentada antes da ciência da decisão proferida, nos termos do art. 291, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99. O protocolo das notas fiscais se deu antes da intimação da decisão de 1ª instância, em 11/10/2005.

- a aplicação da multa tem caráter evidentemente confiscatório, ao arrepio do princípio constitucional da vedação ao confisco, previsto no artigo 150, IV, da CF/88;

- por fim, requer que a autuação seja cancelada ou atenuada.

Anexou cópias de documentos da empresa: ENGEMAC DE JUNDIAÍ SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA, CNPJ. 66.985.375/0001-66, fls. 304 a 322, empresa: GHF COMERCIAL INTERNACIONAL TRADING LTDA, CNPJ sob nº. 72.800.774/0001-08, fls. 223 a 330, empresa: INDUSFRAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ nº 58.015.546/0001-04, fls. 331 a 334, empresa: GEVISA S.A, CNPJ nº. 68.059.674/0001-03, fls. 335 a 445.

Consta nos autos contrarrazões da Secretaria da Receita Previdenciária, fls. 451 a 452, INTERESSADO: Omair Belezze, CEI : 21.260.37054/68, PROCESSO: NFLD DEBCAD nº. 35.835.059-0, de 10/08/2005, que não será apreciado em razão de não ter relação com os autos em comento (Auto de Infração Debcad : 35.806.550-0/2005, interessado: HOPI HARI S/A, CNPJ : 00.924.432/0001-99).

O contribuinte apresentou recurso complementar, fls. 254 a 257, mencionando a Súmula Vinculante nº 08 do STF e requerendo o cancelamento da autuação no período de 09/95 a 02/00.

É o relatório.

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

Voto

Conselheiro Helton Carlos Praia de Lima, Relator

O Recurso Voluntário é tempestivo, fls. 446, e preenche todos os requisitos de admissibilidade, razão pela qual, passo a analisá-lo.

Da Preliminar

Quanto à solicitada exclusão de pessoas do rol de co-responsáveis cabe esclarecer que esta relação, anexada aos autos pela Fiscalização, não tem como escopo incluir pessoas físicas e jurídicas no pólo passivo da obrigação tributária, mas sim listar todas as pessoas representantes legais do sujeito passivo que, eventualmente, poderão ser responsabilizadas ou não na esfera judicial, na hipótese de futura inscrição do débito em dívida ativa, pois o chamamento dos responsáveis só ocorre em fase de execução fiscal, em consonância com a legislação, e após se verificarem infrutíferas as tentativas de localização de bens da própria empresa.

A responsabilização somente ocorrerá por ordem judicial, nas hipóteses previstas na lei e após o devido processo legal. O débito foi lançado somente contra a pessoa jurídica e, neste momento, demais pessoas não sofrerão restrições em seus direitos. Assim, esta discussão é inócua na esfera administrativa, sendo mais apropriada na via da execução judicial, na hipótese de convocação dos listados, por decisão judicial, para satisfação do crédito.

Destarte, não há que se falar em exclusão dos nomes solicitados pelo recorrente, pois não se trata de responsabilidade solidária dos responsáveis por excesso de poderes ou infração de lei estabelecidos pelo art. 135, inciso III, do CTN. Portanto, não há razão no argumento.

Quanto à questão relativa à fluência do prazo decadencial, a mesma deve ser analisada.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante nº 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”.

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la:

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.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/91, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, parágrafo 4º do CTN. Contudo, em se tratando de lançamento de ofício para aplicar penalidade pecuniária (multa isolada por descumprimento de obrigação acessória), previsto no art. 149, inciso VI do CTN, há que se observar sempre a regra do art. 173, inciso I do CTN, incluindo o parágrafo único desse artigo.

Assim estabelece o art. 173 do CTN:

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.

No presente caso o contribuinte tomou ciência da autuação em 15/03/2005, fls. 49. A documentação que embasou a autuação foi referente ao período 06/1996 a 12/2003, folhas 36 a 45, portanto estão atingidos pela fluência do prazo decadencial as competências até 11/1999, inclusive. A competência 12/1999 não está decadente pois seu vencimento se deu em janeiro/2000, a contar o início do prazo decadencial em 01/01/2001, o prazo de cinco anos findaria em 31/12/2005. Destarte a multa permanece para as competências a partir de 12/1999.

Entretanto, a penalidade aplicada em comento é de multa de valor fixo. A correção parcial da infração não altera seu valor, pois a infração continua existindo, mesmo que parcialmente. Assim, sua exclusão, atenuação e/ou relevação só seria possível se todas as infrações fossem corrigidas dentro do prazo legal, o que não ocorreu.

No Mérito

O recorrente protocolou petição nos referidos processos administrativos apresentando os documentos mencionados como não localizados pela fiscalização. São eles:

a) NFLD 35.806.516-0 — petição apresentada em 01/06 p.p. (protocolo ,37.311.003519/2005-69) — Notas Fiscais n. 211, 212, 215, 47, 642, 656, 721, 722, 735 e 872 - empresa: ENGEMAC DE JUNDIAÍ SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA, CNPJ. 66.985.375/0001-66, fls. 304 a 322;

b) NFLD 35.806.519-4 — petição apresentada em 22/09 p.p. (protocolo 37311.006984/2005-51) — Notas Fiscais de Venda Mercantil nºs 2503, 2530, 2544, 2545, 2674, 2675, 2676, 2677 e 2678 – empresa: GHF COMERCIAL INTERNACIONAL TRADING LTDA, CNPJ sob nº. 72.800.774/0001-08, fls. 223 a 330;

c) NFLD 35.806.527-5 — petição apresentada em 10/10 p.p. (protocolo 3711.006937/2005-16) — Nota Fiscal nº 1464 - empresa: INDUSFRAME INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, CNPJ nº 58.015.546/0001-04, NF n. 1464, fls. 331 a 334;

d) NFLD 35.806.520-8 — petição apresentada em 22/09 p.p. (protocolo 37311.006985/2005-04) — Folhas de Pagamento à Funcionários da empresa Gevisa S/A e respectivas GRPS's - empresa: GEVISA S.A, CNPJ nº 68.059.674/0001-03, fls. 335 a 445.

Entretanto, na análise do confronto dos documentos apresentados pelo recorrente, acima mencionados, e dos relacionados pela fiscalização como não apresentados pelo contribuinte, folhas 36 a 45 dos autos, constata que o contribuinte não apresentou varias notas fiscais das empresas por ele contratadas, como exemplificado abaixo:

- folhas 36 dos autos: A C MASCHIETTO ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.- CNPJ 71.873.699/0001-4, FENIX MONTAGENS DE TOLDOS E COBERTURAS LTDA.-CNPJ=03.063.101/0001-08, JOLIMOR COM E SERVICOS LTDA- CNPJ = 02.361.722/0001-05, PEGLER, POLI OBRA INCORPORACOES LTDA- CNPJ =00080662/0001-19;

- folhas 37 dos autos: RHIJEZZA CONSTRUTORA LTDA = CNPJ 01.231.990/0001-19, COPA EMP. E OBRAS SC LTDA . CNPJ = 02.061.01210001-51, DVB SERV DE PESQUISAS E CADAST. EM GERAL LTDA.-CNN:01.750.994/0001-26, GEPRO ADM. E SERVICOS LTDA. -CNPJ 02.829.340/0001-55;

- folhas 38 dos autos: Poli Clean Com. e Serv. Ltda., CNPJ 01.359.282/0001-80SENPAR LTDA., CNPJ 56.372.253/0001-40, SIEMENS LTDA;

- folhas 44 dos autos: PROWARE COM. E IMPORTACAO LTDA=CNPJ 00.962.05510001-82, CONSORCIO INTERM PARA ATERRO SAN-COMPACTACÃO - CNPJ 54.689.302/0001-48, UNIMED CAMPINAS COOPERATIVA DE TRABALHO - CNPJ=46124624/0001-11;

- outras mais constantes de folhas 36 a 45 dos autos.

Como se vê a falta não foi corrigida na integralidade.

Não cabe a atenuação pretendida do art. 291, do RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99, pois o infrator não corrigiu a falta total até a decisão de 1ª. instância, como já demonstrado.

O crédito tributário encontra-se revestido das formalidades legais do art. 142 e § único, e arts. 97 e 115, todos do CTN, com a descrição da infração e dispositivo legal infringido, o valor da multa aplicada e sua fundamentação legal, período apurado, relatório fiscal da infração e da aplicação da multa, as Instrução para o Contribuinte – IPC; a identificação do contribuinte, identificação do Auditor Fiscal notificante, e demais informações constantes das folhas 01 a 48, bem como, lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto, consoante o artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

Quanto à inconstitucionalidade apontada pela recorrente, não cabe tal análise na esfera administrativa. Não é de competência da autoridade administrativa a recusa ao cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

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, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

De acordo com a Súmula nº 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Súmula N.º 2

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

A multa foi aplicada corretamente por ter o contribuinte infringido as disposições contidas na Lei nº 8.212/91, artigo 33, §2º, c/c art. 232 do Regulamento da Previdência Social— RPS, aprovado pelo Decreto 3048/99. Foi aplicada multa prevista no artigo 283, inciso II, "j" e art. 373 do RPS, e artigo 33 §2º, artigo 92 e 102, da Lei 8.212/91, observado os limites estabelecidos pela Portaria MPAS nº 479 de 07/05/2004. Não há que se falar em confisco em razão do valor da multa quando se aplica legislação em vigor, tampouco sua inconstitucionalidade, que não foi decretada.

Durante a sessão de julgamento foi apresentado memorial datado de 14/03/2011, encaminhado pelo contribuinte para o e-mail institucional do CARF, alegando que apresentou desistência parcial ao recurso somente com relação ao período posterior a 12/1999, a fim de formalizar sua adesão ao parcelamento trazido pela edição da Lei nº 11.941/09 (REFIS IV).

Todavia, não consta dos autos, nem foi apresentado, documentos hábeis a comprovar a informação trazida pela parte no julgamento.

Não obstante tenha sido apresentado memorial informando a desistência parcial do recurso, para que tal alegação seja conhecida e considerada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, é necessário que toda a documentação comprobatória esteja devidamente acostada aos autos.

CONCLUSÃO

Diante disso, com vistas a sanear os autos e assim possibilitar o regular prosseguimento do Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, CONVERTO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, para determinar que a Delegacia da Receita Federal do Brasil de origem se manifeste quanto às razões alegadas pela parte, informando se o lançamento fiscal em comento foi objeto de parcelamento ou não, juntando a prova aos autos, e, promover a retificação do lançamento, se for o caso, apresentado contrarrazões às alegações contidas no memorial, dando ciência ao contribuinte para contestar o ato, após, encaminhar para julgamento neste Conselho.

Helton Carlos Praia de Lima