



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

Processo n° 10530.003422/2007-87
Recurso n° 270.514 Voluntário
Acórdão n° **2402-01.398 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de dezembro de 2010
Matéria AUTO-DE-INFRAÇÃO : DEIXAR DE APRESENTAR DOCUMENTOS OU LIVROS RELACIONADOS COM AS CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS (CÓDIGO FUNDAMENTO LEGAL 38)
Recorrente CEREALISTA CASTRO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 28/02/2007

AUTO-DE-INFRAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS.

Constitui infração deixar a empresa de apresentar documentos solicitados pela auditoria fiscal e relacionados com as contribuições previdenciárias, conforme art. 33, §2º, da Lei 8.212/1991.

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 21/12/2007, 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 01/1997 a 02/2007, 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.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a penalidade de multa nos moldes da legislação em vigor.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIACÃO.

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 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.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Marcelo Oliveira - Presidente

Ronaldo de Lima Macedo - Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Rogério de Lellis Pinto, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de auto de infração lavrado pelo descumprimento da obrigação tributária acessória prevista no art. 33, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/1991, combinado com os arts. 232 e 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999, que consiste em deixar a empresa de exibir qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições previstas na Lei nº 8.212/1991, ou apresentar documento ou livro que não atenda as formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls. 07 a 11), a empresa deixou de lançar valores na contabilidade, o que caracteriza documento deficiente, pois houve omissão de informação verdadeira. Nesse sentido, foi constatado que vários segurados perceberam remunerações no ano de 2005 não escrituradas contabilmente, conforme descrição no Relatório Fiscal. Além disso, foram solicitadas a Relação de imóveis integrantes do Ativo Imobilizado, com respectivos valores, e cópias das escrituras; e a Relação de veículos integrantes do Ativo Imobilizado, entretanto tais documentos não foram apresentados. Esses documentos são referentes ao período de 01/1999 a 02/2007, conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD's) de fls. 17 a 23.

O Relatório da multa (fls. 12 e 13) informa que foi aplicada a multa prevista nos arts. 92 e 102, ambos da Lei nº 8.212/1991, c/c art. 283, inciso II, alínea "j", e art. 373 do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto 3.048/1999. O valor da multa aplicada foi de R\$ 35.853,63 (trinta e cinco mil, oitocentos e cinquenta e três reais e sessenta e três centavos), considerando o valor reajustado pela Portaria MPS nº 142, de 11/04/2007 (publicada no D.O.U de 12/04/2007), e a ocorrência de reincidência específica, que produziu efeitos para gradação da multa em 3 (três) vezes o valor mínimo que corresponde a R\$ 11.951,21 (onze mil, novecentos e cinquenta e um reais e vinte e um centavos).

Consta do relatório que a autuada incorreu em circunstância agravante por reincidência específica, prevista no art. 290, inciso V, do Decreto nº 3.048/1999, em razão de ter sido lavrado em 12/06/2006 contra ela o auto-de-infração (AI) nº 35.608.668-2, código de fundamentação legal 38, na ação fiscal nº 09299425-00. Este descumprimento de obrigação acessória foi julgado procedente em 07/11/2006, com expiração do prazo para recurso em 01/05/2007, sem manifestação da autuada, tornando-se irrecorrível administrativamente a decisão condenatória.

A ciência do lançamento fiscal ao sujeito passivo deu-se em 15/10/2007 (fl. 40).

A autuada apresentou impugnação tempestiva (fls. 122 a 133) – acompanhada de anexos de fls. 134 a 149 –, alegando, em síntese, que:

1. **PRELIMINAR: DA PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA.** Entende a Impugnante que os supostos créditos levantados pela fiscalização, anteriores a outubro de 2002, não podem ser constituídos, uma vez que fulminados pelo instituto jurídico da decadência. Aplica-se o art.

150 do CTN por ser a contribuição previdenciária sujeita ao lançamento por homologação. Assim, tendo ocorrido o pagamento antecipado e findando o período de 5 (cinco) anos sem que houvesse manifestação da Fazenda Pública, considera-se definitivamente extinto o crédito tributário por força da homologação tácita, ocorrendo a decadência para que o Fisco constitua o crédito tributário. Em conformidade com o entendimento exposto, não paira dúvidas de que já havia decaído o direito do Fisco quando a auditora fiscal lavrou a presente NFLD, pois o fez quando o crédito tributário já havia sido extinto. Afinal, consta na própria Notificação de Débito que a data de sua lavratura ocorreu em 09/10/2007 e que o Período Fiscalizado foi a competência de janeiro de 1999 a fevereiro de 2007. Como se vê, decaiu o direito do Fisco, em vista da extinção do crédito tributário referente ao período autuado, anteriores a outubro de 2002, em razão do decurso de mais de 05 (cinco) anos, no qual se configurou a homologação tácita do “lançamento” efetuado pelo INSS, consoante §4º do art. 150 c/c inciso VII do art. 156 ambos do CTN;

2. **DO EXCESSO NA IMPUTAÇÃO DA MULTA.** Alega que a multa é confiscatória;
3. **DO PEDIDO.** Dessa forma, considerando todos os argumentos expostos, corroborados pelos documentos juntados, requer que o Auto de Infração, ora impugnado seja declarado nulo, tendo em vista a afronta à legislação e a princípios Constitucionais que impedem a determinação da multa como forma de confisco, ante a sua desproporcionalidade e desrazoabilidade.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento (DRJ) em Salvador-BA – por meio do Acórdão nº 15-15.006 da 7ª Turma da DRJ/SDR (fls. 150 a 154) – considerou o lançamento fiscal procedente em sua totalidade, eis que o Auto de Infração encontra-se revestido das formalidades legais, foi lavrado de acordo com as disposições expressas da legislação e a Impugnante não apresentou argumentos e/ou elementos de prova capazes de elidir a autuação, devendo ser mantida.

A Notificada apresentou recurso (fls. 156 a 168) – acompanhado de anexos de fls. 169 a 182 –, manifestando seu inconformismo pela obrigatoriedade do recolhimento dos valores lançados no auto de infração e no mais efetua as alegações da peça de impugnação. Além disso, solicitou o cumprimento do enunciado da Súmula 08 do Supremo Tribunal Federal (STF).

A Delegacia da Receita Federal do Brasil (DRF) em Feira de Santana-BA informa que o recurso interposto é tempestivo e encaminha os autos ao Conselho de Contribuintes para processamento e julgamento (fls. 183 e 184).

É o relatório.

Voto

Conselheiro Ronaldo de Lima Macedo, Relator

Recurso tempestivo (fls. 183 e 184). Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhecimento 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 outubro 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 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 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 **15/10/2007**, data da ciência do sujeito passivo (fl. 40), e a multa aplicada decorre do período compreendido entre **01/1999 a 02/2007** –, percebe-se que a competência 01/2002 e demais competências posteriores não foram

atingidas pela decadência tributária, nos termos do art. 173, inciso I, do CTN, e, por consectário lógico, a decadência não atingiu totalmente o período abarcado pelo descumprimento da obrigação tributária acessória.

Outro ponto a esclarecer é que essa autuação não é calculada conforme a quantidade de descumprimentos da obrigação acessória, ou em quantos meses a obrigação foi descumprida. Assim, o cálculo é único, bastando um descumprimento para gerar a autuação com o mesmo valor, no caso em tela as competências posteriores a 12/2001 em que a Recorrente omitiu informação verdadeira – foi constatado que vários segurados perceberam remunerações no ano de 2005 não escrituradas contabilmente, conforme descrição no Relatório Fiscal. Além disso, ela não apresentou à auditoria fiscal a Relação de imóveis e a Relação de veículos, ambas integrantes do seu Ativo Imobilizado, para o período de 01/1999 a 02/2007, conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD's) de fls. 17 a 23.

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 01/1999 a 02/2007 e as competências posteriores a 12/2001 não estão abarcadas pela decadência tributária.

Nesse sentido, há o entendimento de que a empresa deverá conservar e guardar os livros obrigatórios e a documentação, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência, no tocante aos atos neles consignados, nos termos do parágrafo único do art. 195 do CTN e do art. 1.194 do Código Civil - CC (Lei nº 10.406/2002), transcritos abaixo:

Código Tributário Nacional (CTN) – Lei nº 5.172/1966

Art. 195. (...)

Parágrafo único. Os livros obrigatórios de escrituração comercial e fiscal e os comprovantes dos lançamentos neles efetuados serão conservados até que ocorra a prescrição dos créditos tributários decorrentes das operações a que se referirem.

Código Civil (CC) – Lei nº 10.406/2002

Art. 1.194. O empresário e a sociedade empresária são obrigados a conservar em boa guarda toda a escrituração, correspondência e papéis concernentes à sua atividade, enquanto não ocorrer prescrição ou decadência no tocante aos atos neles consignados.

Diante disso, não acato a preliminar de decadência tributária ora examinada, e passo ao exame de mérito.

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 suspensão pelo Senado Federal nos termos art. 52, X, da Constituição Federal, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la. Assim, entendendo pertinente transcrever trecho do Parecer CJ nº 771, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 28/1/1997, que enfoca a questão:

Cumprе ressaltar que o guardião da Constituição Federal é o Supremo Tribunal Federal, cabendo a ele declarar a inconstitucionalidade de lei ordinária. Ora, essa assertiva não quer dizer que a administração não tem o dever de propor ou aplicar leis compatíveis com a Constituição. Se o destinatário de uma lei sentir que ela é inconstitucional o Pretório Excelso é o órgão competente para tal declaração. Já o administrador ou servidor público não pode se eximir de aplicar uma lei, porque o seu destinatário entende ser inconstitucional, quando não há manifestação definitiva do STF a respeito.

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.

Nesse sentido, o Regimento Interno 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, publicadas no DOU de 22/12/2009, ANEXO III - CONSOLIDAÇÃO DAS SÚMULAS DO CARF, pág. 71, transcrito a seguir:

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

Súmulas 2 do 1º e 2º Conselhos do antigo Conselho de Contribuintes.

Por fim, a Recorrente alega que a aplicação da agravante geraria a possibilidade do bis in idem, vedação constitucional prevista no inciso IV, art. 150, da Constituição Federal, eis que o art. 290, parágrafo único, do Decreto nº 3.048/1999 exige que ocorra uma nova infração. Tal alegação também não merece prosperar pelos motivos delineados abaixo.

O Relatório Fiscal da infração de fls. 07 a 11 descreve que a autuada incorreu em circunstância agravante por reincidência específica, prevista no art. 290, inciso V, do Decreto nº 3.048/1999, em razão de ter sido lavrado em 12/06/2006 contra ela o auto-de-

infração (AI) nº 35.608.668-2, código de fundamentação legal 38, na ação fiscal nº 09299425-00. Este descumprimento de obrigação acessória foi julgado procedente em 07/11/2006, com expiração do prazo para recurso em 01/05/2007, sem manifestação da autuada, tornando-se irrecorrível administrativamente a decisão condenatória.

Assim, a Recorrente incorreu em uma nova infração dentro lapso temporal de 5 (cinco) anos, eis que houve a aplicação de uma infração no ano 2006, tornando-se irrecorrível administrativamente, e outra no ano de 2007. Por consectário lógico, a agravante foi aplicada em razão da ocorrência dessa reincidência específica, prevista na legislação previdenciária, nos termos dos arts. 290 e 292, ambos do Regulamento da Previdência Social (RPS), aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, transcritos abaixo:

Art. 290. Constituem circunstâncias agravantes da infração, das quais dependerá a gradação da multa, ter o infrator: (...)

V - incorrido em reincidência.

Parágrafo único. Caracteriza reincidência a prática de nova infração a dispositivo da legislação por uma mesma pessoa ou por seu sucessor, dentro de cinco anos da data em que se tornar irrecorrível administrativamente a decisão condenatória, da data do pagamento ou da data em que se configurou a revelia, referentes á autuação anterior. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 01.02.2007)

Art. 292. As multas serão aplicadas da seguinte forma:

IV - a agravante do inciso V do art. 290 eleva a multa em três vezes a cada reincidência no mesmo tipo de infração, e em duas vezes em caso de reincidência em infrações diferentes, observados os valores máximos estabelecidos no caput dos arts. 283 e 286, conforme o caso;(g.n.) (...)

Logo, não serão acatadas as alegações da Recorrente registradas dentro do seu aspecto meritório.

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.

