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

Processo nº 10680.010834/2007-50
Recurso nº 159.132 Voluntário
Acórdão nº 2403-00.029 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de abril de 2010
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS
Recorrente BRAP ENGENHARIA LTDA
Recorrida DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/11/1997 a 31/12/2004

CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS - AUTO DE INFRAÇÃO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA- ARTIGO 32, III, DA LEI Nº 8.212/91 C/C ARTIGO 225, III DO RPS, APROVADO PELO DECRETO Nº 3.048/99 - NÃO APRESENTAÇÃO DE INFORMAÇÕES CADASTRAIS, FINANCEIRAS E CONTÁBEIS DE INTERESSE DA RFB, NA FORMA POR ELA ESTABELECIDADA, EM PROCEDIMENTO FISCAL

A conduta de descumprir a obrigação tributária acessória de prestar à RFB todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização, nos termos do do art. 32, III, da Lei nº 8.212/1991 c/c art. 225, III, Decreto nº 3.048/1999, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe os arts. 92 e 102, da Lei nº 8.212/1991 c/c arts. 283, II, b e 373 do Decreto nº 3.048/1999, é fato gerador do Auto de Infração de Obrigação Acessória, o qual se constitui, principalmente, em forma de exigir que a obrigação seja cumprida; obrigação que tem por finalidade auxiliar a RFB na administração das contribuições sociais previdenciárias.

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 - INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE Nº 8 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 prestar à RFB todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse da mesma, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização, é de cinco anos e deve ser

contado, na hipótese em que não houve a apresentação das informações solicitadas, nos termos do art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI, CTN.

Não obstante, para o Auto de Infração tipificado, o qual não é mitigado por ocorrências ou competências, em razão de ter sido exigido em competências não atingidas pelo instituto da decadência, há que ser mantido em sua integralidade.

PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência.

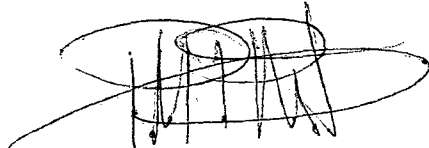
RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.



CARLOS ALBERTO MEES STRINGARI - Presidente



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO – Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros: Carlos Alberto Mees Stringari, Ivacir Júlio De Souza, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Marcelo Freitas de Souza Costa (Convocado) e Ewan Teles Aguiar (Convocado).

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento de Belo Horizonte, DRJ- Belo Horizonte/MG, fls. 101 a 145, que julgou procedente a autuação motivada por descumprimento de obrigação tributária legal acessória, fl. 01, Auto de Infração, DEBCAD nº 37.026.250-6.

De acordo com o Relatório Fiscal da Infração e o Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, fls. 35 a 36, instada a apresentar a documentação constante dos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, com datas de 22/03/2007 e 16/05/2007, fls. 13 a 15 e anexo nas fls. 16 a 32, a recorrente não cumpriu com tal obrigação, uma vez que não apresentou à Auditoria-Fiscal as notas fiscais de prestação de serviços enumeradas no anexo do TIAD, datado de 16/05/2007, os contratos de prestação de serviços das citadas notas fiscais, os contratos de prestação de serviços firmados com pessoas físicas no período de *janeiro/1995 a dezembro/2004* e tampouco apresentou as rescisões de contrato de trabalho/avisos de férias devidamente assinados pelos respectivos segurados empregados. Toda essa documentação foi solicitada nos TIAD citados por poder conter remuneração de mão de obra, fato gerador de contribuição previdenciária.

Conforme ainda o Relatório Fiscal da Infração e o Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, fls. 35 a 36, a conduta descrita (CFL 35) infringe o artigo 32, III, da Lei 8.212, de 24/07/1991, combinado com a artigo 225, III e parágrafo 22, acrescentado pelo Dec. 4.729/03, do Regulamento da Previdência Social-RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999.

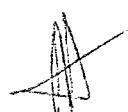
Observa que a recorrente, em auditoria-fiscal anterior, foi autuada em 20/12/2004, conforme o DEBCAD 35.571.044-7, com o Auto de Infração transitando em julgado em 11/07/2005, por descumprimento ao disposto no artigo 32, I da Lei 8212/91, c/c.art. 225, I, e parágrafo 9º do RPS, que se relaciona a não preparar folhas de pagamento de acordo com os padrões e normas estabelecidos na legislação previdenciária (CFL 30). Este AI transitou em Julgado em 11/07/2005.

Como o referido AI transitou em Julgado em 11/07/2005, conforme informa o Sistema de Cobrança da DATAPREV-INSS, tal fato caracteriza a ocorrência de reincidência genérica; que é a prática de Infração diferente, dentro do prazo de cinco anos da data em que houver transitado em julgado a decisão administrativa, nos termos do art. 290, V e parágrafo único do RPS.

Além deste auto de infração, foi lavrada nesta auditoria fiscal a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito número 37.026.251-4.

Não foram configurados agravantes constantes do art. 290 do RPS e nem a atenuante constante do art. 291 do mesmo RPS.

Em decorrência da Infração praticada, a Auditoria-Fiscal aplicou a multa, nos termos dos artigos 92 e 102 da Lei 8212/91, do artigo 283, Inc. II, alínea *b* e artigo 373 do Regulamento da Previdência Social - RPS aprovado pelo Dec. 3098/99, no valor de R\$



11.951,21, valor esse definido pela Portaria 142, de 11/04/2007, do Ministério da Previdência Social.

Face a ocorrência de uma reincidência genérica (em infração diferente), conforme estabelece o art. 292, inc. IV do RPS, a multa fica elevada em duas vezes, totalizando o valor de R\$ 23.902,42 (vinte três mil e novecentos e dois reais e quarenta e dois centavos).

O período de apuração, de acordo com o Mandado de Procedimento Fiscal - MPF e os Mandado de Procedimento Fiscal Complementar - MPF-C, foi de novembro/1997 a dezembro/2004, fls. 06 a 12.

O Relatório Fiscal da Infração e o Relatório Fiscal da Aplicação da Multa, às fls. 35 e 36. Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, às fls. 13 a 15 e o anexo, às fls. 16 a 32.

A empresa teve ciência do AI em 26/05/2007 (fls. 38), conforme AR recebido no seu endereço sede.

Em 26/06/2007, fls. 43 a 66, a recorrente apresentou impugnação.

A recorrida analisou a autuação e a impugnação, julgando procedente a autuação, fls. 93 a 98.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 101 a 145, onde alega, em síntese:

O recurso voluntário é tempestivo, bem como informa da não realização do depósito prévio recursal no âmbito administrativo.

Que a fiscalização fez incidir valores abusivos, extorsivos e ilegais referentes à multa aplicada. E, ainda, a multa foi elevada em duas vezes, devida à reincidência genérica.

O presente Auto-de-Infração deve ser cancelado, porque a autuação tem as mesmas características e a mesma tipificação dos Autos-de-Infração de nºs 35.807.714-1 e 35.807.717-6.

Que foi apresentado o plano de contas da Recorrente, sendo que a exigência da apresentação dos documentos constantes dos TIAD's foi um excesso de zelo do fisco.

Em relação à decadência do direito quanto à constituição dos créditos cujos fatos geradores sejam anteriores ao ano de 2002, citando doutrina de Luiz Emygdio F. da Rosa Jr. e jurisprudência do Superior Tribunal e Justiça - STJ, diz que os fatos geradores anteriores ao ano de 2002 estão decaídos, por força dos artigos 156, inciso V, e 173, cumulado com o artigo 150, § 4º, todos do Código Tributário Nacional, não se aplicando a Lei nº 8.212, de 1991, já que não é Lei Complementar. Reporta à alínea "b" do inciso III do artigo 146 da Constituição da República.

Em relação à impertinência dos encargos tributários, apresenta as doutrinas dos juristas Sacha Calmon Navarro Coelho, Heron Arzua e Dirceu Galdino, bem como a exegese do Supremo Tribunal Federal, para aduzir que a multa aplicada é de natureza confiscatória.

Em relação à ilegalidade da taxa SELIC, transcreve decisões dos tribunais pátrios, aponta pela ilegalidade da taxa SELIC adotada pela fiscalização, o que também está a impor o cancelamento do Al.

Em relação aos co-responsáveis constantes do Auto de Infração, aduz que não há como manter as pessoas identificadas nos documentos REPLEG – Relatório de Representantes Legais e VÍNCULOS - Relação de Vínculos como co-responsáveis pelo pagamento do valor indicado no Auto-de-Infração, porque na administração da sociedade contribuinte não praticaram as citadas pessoas qualquer ato ilícito ou contrário ao Estatuto Social da DRAP ENGENHARIA LTDA. EPP. Fundamenta seus argumentos no artigo 135 do Código Tributário Nacional, que consolida o disposto no artigo 20 da Lei Civil de 1916, vigente à época do período de apuração, e conclui pela ausência de prova para a responsabilização das pessoas citadas. Transcreve decisões judiciais e requer a exclusão das mesmas.

Em relação aos Pedidos, requer: o recebimento do recurso; pede a anulação ou o cancelamento do Auto de Infração, DEBCAD nº 37.026.250-6; o cancelamento dos encargos, juros e multas; o protesto pela produção de todos os meios de prova, em especial, documental e pericial; e que as futuras intimações e comunicações sejam encaminhadas ao endereço de sua sede.

Posteriormente, os autos foram enviados ao Conselho, para análise e decisão, fls. 147.

É o relatório.



5

Voto

Conselheiro Paulo Maurício Pinheiro Monteiro, Relator

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 147. Avaliados os pressupostos, conhecendo-se o recurso, passa-se para as questões preliminares.

Anota-se ainda que o Supremo Tribunal Federal – STF ao editar a Súmula Vinculante nº 21 afastou a exigência de depósito para a admissibilidade de recurso na esfera administrativa.

Súmula Vinculante 21

É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.

Fonte de Publicação: DJe nº 210, p. 1, em 10/11/2009. DOU de 10/11/2009, p. 1.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

DA DECADÊNCIA

Preliminarmente, deve-se verificar a ocorrência, ou não, da decadência.

O Supremo Tribunal Federal - STF, conforme o Informativo STF nº 510 de 19 de junho de 2008, por entender que apenas lei complementar pode dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária, nos termos do artigo 146, III, b, da Constituição Federal, negou provimento por unanimidade aos Recursos Extraordinários nºs 556664/RS, 559882/RS, 559.943 e 560626/RS, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei nº 8.212/91, atribuindo-se, à decisão, eficácia *ex nunc* apenas em relação aos recolhimentos efetuados antes de 11.6.2008 e não impugnados até a mesma data, seja pela via judicial, seja pela administrativa.

Após, o STF aprovou o Enunciado da Súmula Vinculante nº 8, publicada em 20.06.2008, nestes termos:

Súmula Vinculante nº 8 - São inconstitucionais os 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. Publicada no DOU de 20/6/2008, Seção 1, p.1.



6

É necessário observar ainda que as súmulas aprovadas pelo STF possuem efeitos vinculantes, 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.).”

Portanto, da leitura do dispositivo constitucional acima, conclui-se que a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Ademais, no termos do artigo 64-B da Lei 9.784/99, com a redação dada pela Lei 11.417/06, a **administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal**, deve adequar a decisão administrativa ao entendimento do STF, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal.

“Art. 64-B. Acolhida pelo Supremo Tribunal Federal a reclamação fundada em violação de enunciado da súmula vinculante, dar-se-á ciência à autoridade prolatora e ao órgão competente para o julgamento do recurso, que deverão adequar as futuras decisões administrativas em casos semelhantes, sob pena de responsabilização pessoal nas esferas cível, administrativa e penal”

Cumpre ressaltar que o art. 62, caput do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF do Ministério da Fazenda, Portaria MF nº 256 de 22.06.2009, veda o afastamento de aplicação ou inobservância de legislação sob fundamento de inconstitucionalidade.



Porém, o art. 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, ressalva que o disposto no caput não se aplica a dispositivo que tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal:

“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. (g.n.)”

Portanto, em razão da declaração de inconstitucionalidade dos arts 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 pelo STF, há que serem observadas as regras previstas no Código Tributário Nacional - CTN.

Em relação às obrigações acessórias, a configuração do descumprimento de obrigação tributária acessória é passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência.

Na hipótese, em que não houve a apresentação das informações solicitadas pela Auditoria-Fiscal ensejando então a autuação, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI, do CTN.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, assim se pronuncia:

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APRESENTAÇÃO DA GFIP - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - DECADÊNCIA - REGRA APLICÁVEL: ART. 173, I, DO CTN.

1. A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributária acessória, passível de sanção pecuniária, na forma da legislação de regência.

2. Na hipótese, o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário é regido pelo art. 173, I, do CTN, tendo em vista tratar-se de lançamento de ofício, consoante a previsão do art. 149, incisos II, IV e VI.

3. Ausente a figura do lançamento por homologação, não há que se falar em incidência da regra do art. 150, § 4º, do CTN.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1055540/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJe 27/03/2009)

TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA - APRESENTAÇÃO DA GFIP - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO - DECADÊNCIA - REGRA APLICÁVEL: ART. 173, I, DO CTN.

1. A falta de apresentação da Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social (GFIP), assim como o fornecimento de dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias devidas configura descumprimento de obrigação tributário.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.055.540 - SC (2008/0098490-8) RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON RECORRENTE: A S JUNIOR S/A ADVOGADO: ARCIDES DE DAVID RECORRIDO: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Entretanto, há de se salientar que a MP nº 449/2008, convertida na Lei nº 11.941/2009, trouxe nova disciplina para as punições pelo descumprimento das obrigações acessórias, ao revogar os parágrafos do art. 32 da Lei nº 8.212/91 e ao criar o art. 32-A como nova sistemática de aplicação de multas.

Ademais, o art. 32, § 11, da Lei 8.212/1991, correlaciona o arquivamento dos documentos comprobatórios das obrigações tributárias à prescrição relativa aos créditos decorrentes das operações a que se refiram.

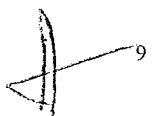
Art. 32. A empresa é também obrigada a:

(...)

§ 11. Os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações de que trata este artigo devem ficar arquivados na empresa durante dez anos, à disposição da fiscalização. (Parágrafo renumerado pela Lei nº 9.528, de 10.12.97).

§ 11. Em relação aos créditos tributários, os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações de que trata este artigo devem ficar arquivados na empresa até que ocorra a prescrição relativa aos créditos decorrentes das operações a que se refiram. (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009) (gn)

A obrigação acessória é decorrente da legislação tributária e não apenas da lei em sentido estrito, conforme dispõe o art. 113, § 2º do CTN, nestas palavras:



“Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.”

No mesmo diapasão, não se pode esquecer que as penalidades recebem tratamento peculiar no CTN. O art. 106, CTN prevê que caso nova lei traga tratamento mais benéfico para o contribuinte, devem ser reduzidas ou canceladas as multas aplicadas:

Art. 106 - A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

(...)

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

(...)

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Na nova sistemática a aplicação da multa anteriormente prevista no art. 32, § 5º da Lei nº 8.212/91 deve ser cotejada com a penalidade pecuniária prevista no art. 44 da Lei nº 9.430/97. Ademais há de se observar que de acordo com a atual disciplina prevista no art. 35-A da Lei nº 8.212/91, a aplicação do art. 44 da Lei nº 9.430/97 ocorre nos casos de lançamento.

Tem-se que na atual disciplina trazida pela Lei 11.941/2009 – conforme o do art. 32, § 11, Lei 8.212/1991 que dispõe “em relação aos créditos tributários, os documentos comprobatórios do cumprimento das obrigações de que trata este artigo devem ficar arquivados na empresa até que ocorra a prescrição relativa aos créditos decorrentes das operações a que se refiram” - a avaliação da decadência da penalidade pecuniária por declaração que não contempla todos os fatos geradores dar-se-ia nos autos do processo em que tivesse sido realizado o lançamento das contribuições não recolhidas.

Desta forma, tanto pode incidir a regra do art. 173, I, CTN quanto a regra do art. 150, § 4º, CTN, a depender do que for ser mais benéfica para o contribuinte

Verifica-se, da análise dos autos, que a cientificação do Auto de Infração pela recorrente se deu em 26.05.2007, conforme fls. 38.

O período de apuração do procedimento fiscal se refere a contribuições devidas à Seguridade Social nas competências novembro/1997 a dezembro/2004, enquanto que a documentação solicitada abrangeu os períodos de 1994 a 2004, conforme os Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, com datas de 22/03/2007 e 16/05/2007, fls. 13 a 15 e anexo nas fls. 16 a 32.

A recorrente não cumpriu com tal obrigação, uma vez que não apresentou à Auditoria-Fiscal as notas fiscais de prestação de serviços enumeradas no anexo do TIAD, datado de 16/05/2007, os contratos de prestação de serviços das citadas notas fiscais, os contratos de prestação de serviços firmados com pessoas físicas no período de janeiro/1995 a dezembro/2004 e tampouco apresentou as rescisões de contrato de trabalho/avisos de férias devidamente assinados pelos respectivos segurados empregados.

O objeto do Auto de Infração de Obrigação Acessória foi, dentre outros, a solicitação de notas fiscais e contratos de prestação de serviços para períodos de janeiro/1995 a dezembro/2004.

Observa-se, de acordo com o art. 7º § 3º, da Portaria nº 11.371/2007, de 12 de dezembro de 2007 (a qual dispõe sobre o planejamento das atividades fiscais e estabelece normas para a execução de procedimentos fiscais relativos aos tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil), na hipótese em que o período de apuração do MPF foi fixado, no presente caso de novembro/1997 a dezembro/2004, fls. 06 a 12, o MPF-F alcançará o exame dos livros e documentos, referentes a outros períodos, com vista a verificar os fatos que deram origem a valor computado na escrituração contábil e fiscal do período fixado, ou dele sejam decorrentes. Desta forma, a solicitação de documentação anterior a novembro/1997 encontra fundamento no art. 7º § 3º, da Portaria nº 11.371/2007.

“Art. 7º O MPF-F, o MPF-D e o MPF-E conterão:

I - a numeração de identificação e controle;

II - os dados identificadores do sujeito passivo;

III - a natureza do procedimento fiscal a ser executado (fiscalização ou diligência);

IV - o prazo para a realização do procedimento fiscal;

V - o nome e a matrícula do AFRFB responsável pela execução do mandado;

VI - o nome, o número do telefone e o endereço funcional do chefe do AFRFB a que se refere o inciso V; e

VII - o nome, a matrícula e o registro de assinatura eletrônica da autoridade outorgante e, na hipótese de delegação de competência, a indicação do respectivo ato.

§ 1º O MPF-F e o MPF-E indicarão, ainda, o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal a ser executado, podendo ser fixado o respectivo período de apuração, bem como as verificações relativas à correspondência entre os valores declarados e os apurados na escrituração contábil e fiscal do sujeito passivo, em relação aos tributos administrados pela RFB, cujos fatos geradores tenham ocorrido nos cinco anos que antecedem a emissão do MPF e no período de execução do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

§ 2º No caso de auditoria em matéria previdenciária, o prazo a que se refere o § 1º será de dez anos.



§ 3º Na hipótese de se fixar o período de apuração correspondente, o MPF-F alcançará o exame dos livros e documentos, referentes a outros períodos, com vista a verificar os fatos que deram origem a valor computado na escrituração contábil e fiscal do período fixado, ou dele sejam decorrentes.

§ 4º O MPF-D indicará, ainda, a descrição sumária das verificações a serem realizadas, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

§ 5º O MPF-E indicará a data do início do procedimento fiscal, observado o modelo aprovado por esta Portaria.

§ 6º Na hipótese de instauração de procedimento fiscal destinado exclusivamente a verificar o cumprimento de obrigação acessória, o MPF-F deverá identificar a obrigação e o período a que se refere, conforme modelo aprovado por esta Portaria, não se aplicando o disposto no § 1º deste artigo.

§ 7º O disposto no § 1º não se aplica no caso de procedimento fiscal destinado a constatar a correta aplicação da legislação de comércio exterior que possa resultar tão somente em apreensão de bens ou mercadorias, representações fiscais, aplicação de sanções administrativas ou exigência de multas ou direitos comerciais, hipótese em que o MPF-F poderá indicar apenas a descrição sumária das verificações a serem efetuadas.”(gn)

Para o tipo de Auto de Infração de Obrigação Acessória em questão, a conduta descrita (CFL 35) infringe o artigo 32, III, da Lei 8.212, de 24/07/1991, c/c o artigo 225, III e 225, § 22, do Decreto 3.048/1999, não se mitiga por competências ou por ocorrências

Considerando-se que a cientificação do Auto de Infração pela recorrente se deu em 26.05.2007, conforme fls. 38, desta forma, a considerar-se que o período de apuração estabelecido no Mandado de Procedimento Fiscal, novembro/1997 a dezembro/2004, abrange competências que não foram atingidas pelo instituto da decadência, tal como o período final solicitado dezembro/2004, afasta-se por inteiro a preliminar de decadência, tanto nos termos do artigo 173, I, do CTN quanto nos termos do art. 150, § 4º, CTN.

Superadas as preliminares passa-se ao exame do mérito.

DO MÉRITO

A Recorrente alega que o presente Auto de Infração de Obrigação Acessória – AIOA deve ser cancelado, porquanto a autuação tem as mesmas características e a mesma tipificação dos Autos de Infração n.ºs 35.807.714-1 e 35.807.717-6.

Conforme a manifestação da Recorrida, às fls. 97, a alegação da recorrente não prospera em função de que os referidos Autos de Infração n.ºs 35.807.714-1 e 35.807.717-6, ora possuem fundamentação diversa, como é o caso do primeiro AIOA referido, ora foi anulado, no caso do segundo AIOA:

“Não ocorreu a mesma tipificação do presente Auto-de-Infração com a dos AIs de n.ºs 35.807.714-1 e 35.807.717-6, porque o primeiro cuida da não exibição de documentos / livros relacionados com as contribuições previdenciárias ou que não atendam as formalidades legais (fundamento: §§ 2º e 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212, de 1991), e o segundo, apesar de

corresponder à mesma tipificação do que ora se julga (fundamento: inciso III do artigo 32 da Lei 8212, de 1991), foi extinto por nulidade, em 04.01.2006, em razão de erro na aplicação da multa, conforme consulta ao Sistema Informatizado da DR F13, às fls. 90/92.”

Em que pese a alegação da Recorrente no sentido de que com a apresentação do Plano de Contas a exigência da apresentação dos documentos nos TIAD's seriam um excesso de zelo do Fisco, observa-se que o objeto da autuação não foi a não apresentação do Plano de Contas, mas, dentre outros, a solicitação de notas fiscais e contratos de prestação de serviços para períodos que vão até a competência dezembro/2004.

De forma que a Recorrente deixou de apresentar, conforme os TIAD's e anexo, de 22.03.2007 e 16.05.2007, as notas fiscais de prestação de serviços, os contratos de prestação de serviços das citadas notas fiscais, os contratos de prestação de serviços firmados com pessoas físicas no período de janeiro/1995 a dezembro/2004 e as rescisões de contrato de trabalho/avisos de férias devidamente assinados pelos respectivos segurados empregados.

A recorrida observou, às fls. 97, que a não apresentação dos contratos firmados com pessoas físicas e rescisões de contrato de trabalho/ avisos de férias se tipifica como uma conduta que infringe o § 2º do artigo 33 da Lei nº 8.212, de 1991, que, no entanto, não foi motivo de autuação em função da existência do AIOA nº35.807.714-1 com esta tipificação.

No entanto, o objeto da presente AIOA foi a não apresentação das notas fiscais de prestação de serviços e os respectivos contratos, em que pese documentos não diretamente relacionados com as contribuições previdenciárias, mas que são necessários ao procedimento de fiscalização.

Desta forma, afasta-se a alegação de excesso de zelo do Fisco ao relacionar os documentos nos TIAD's.

Ainda assim, a conduta descrita de não apresentação das notas fiscais de prestação de serviços e os respectivos contratos infringe o artigo 32, III, da Lei 8.212, de 24/07/1991, combinado com a artigo 225, III e parágrafo 22, acrescentado pelo Dec. 4.729/03, do Regulamento da Previdência Social-RPS, aprovado pelo Decreto 3.048, de 06/05/1999.

“Art. 32. A empresa é também obrigada a:

•III - prestar ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e ao Departamento da Receita Federal - DRF todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse dos mesmos, na forma por eles estabelecido, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização. (Secretaria da Receita Federal, conforme Lei nº8.490, de 19/31/92),.

III – prestar à Secretaria da Receita Federal do Brasil todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de seu interesse, na forma por ela estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização; (Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)’



Em que pese a alegação da recorrente no sentido de impertinência dos encargos tributários, entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e doutrinário dos juristas Sacha Calmon Navarro Coelho, Heron Arzua e Dirceu Galdino, a aplicação da multa está de acordo com a legislação em vigor, qual seja, a Lei nº 8.212/1991 e o Decreto 3.048/1999, não podendo ser anulada por alegações de inconstitucionalidade, já que tais questões são reservadas à competência, constitucional e legal, do Poder Judiciário.

Neste sentido, o art. 26-A, caput do Decreto 70.235/1972, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências:

“Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 1º (Revogado).(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 2º (Revogado).(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 3º (Revogado).(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 4º (Revogado).(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 5º (Revogado).(Redação dada pela Lei nº 11.941, de 2009)

§ 6º O disposto no caput deste artigo não se aplica aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

I – que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão definitiva plenária do Supremo Tribunal Federal;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

II – que fundamente crédito tributário objeto de:(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

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;(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993; ou(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

c) pareceres do Advogado-Geral da União aprovados pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)”(gn).

Ademais, há a Súmula nº 2 do CARF, publicada no D.O.U. em 22/12/2009, que expressamente veda ao CARF se pronunciar acerca da inconstitucionalidade de lei tributária.

Súmula CARFnº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Observa-se que a multa por infringência ao artigo 32, III, da Lei 8.212/1991, independente do número de ocorrências, ou seja, de documentos não exibidos à fiscalização. Na hipótese em questão, a multa foi agravada em duas vezes em razão da não primariedade do contribuinte por cometimento de outra infração, de diferente tipificação, em procedimento fiscal anterior, conforme determina o artigo 292, IV c/c artigo 290, V, Decreto 3.048/1999:

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

I-tentado subornar servidor dos órgãos competentes;

II-agido com dolo, fraude ou má-fé;

III-desacatado, no ato da ação fiscal, o agente da fiscalização;

IV-obstado a ação da fiscalização; ou

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 houver passado em julgamento administrativo a decisão condenatória ou homologatória da extinção do crédito referente à infração anterior.

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 à autuação anterior. (Redação dada pelo Decreto nº 6.032, de 2007)”(gn)

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

I-na ausência de agravantes, serão aplicadas nos valores mínimos estabelecidos nos incisos I e II e no §3º do art. 283 e nos arts. 286 e 288, conforme o caso;

II-as agravantes dos incisos I e II do art. 290 elevam a multa em três vezes;

III-as agravantes dos incisos III e IV do art. 290 elevam a multa em duas vezes;

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; e

V-na ocorrência da circunstância atenuante no art. 291, a multa será atenuada em cinquenta por cento. (Revogado pelo Decreto nº 6.727, de 2009)



Parágrafo único. Na aplicação da multa a que se refere o art. 288, aplicar-se-á apenas as agravantes referidas nos incisos III a V do art. 290, as quais elevam a multa em duas vezes.”(gn)

Em relação da Recorrente de ilegalidade da taxa SELIC, esta não prospera pois é cediço que na composição da multa não há incidência de taxa de juros.

Quanto à alegação da Recorrente pela ausência de responsabilidade dos co-responsáveis, constantes do Auto de Infração, deve-se esclarecer que se trata do julgamento de AIOA, ou seja, Auto de Infração pelo descumprimento de obrigações acessórias, de forma que a autuada é a empresa, sujeito passivo da obrigação tributária, e não seus sócios. Esses, por serem os representantes legais do sujeito passivo, constam da relação de Co-Responsáveis – CORESP, consoante determinação contida no art. 660, da IN 03/2005, vigente à época da lavratura do Auto, qual seja:

“Art. 660. Constituem peças de instrução do processo administrativo-fiscal previdenciário, os seguintes relatórios e documentos:

(...) X - Relação de Representantes Legais - Repleg, que lista todas as pessoas físicas e jurídicas representantes legais do sujeito passivo, indicando sua qualificação e período de atuação; (Nova redação dada pela IN MPS/SRP nº 20, de 11/01/2007.

XI - Relação de Vínculos - VÍNCULOS, que lista todas as pessoas físicas ou jurídicas de interesse da administração previdenciária em razão de seu vínculo com o sujeito passivo, representantes legais ou não, indicando o tipo de vínculo existente e o período correspondente;”

Ademais, o art. 286, do Decreto nº 3.048/1999, dispõe que cabe à fiscalização, de acordo com o período de atuação, arrolar todos os sócios da empresa, o que ratifica a aplicação da legislação vigente.

“Art.268. O titular da firma individual e os sócios das empresas por cotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à seguridade social.

Parágrafo único. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a seguridade social, por dolo ou culpa.”

Em relação ao pedido de exame pericial, considerando-se que o objeto do Auto de Infração, em questão, é a não apresentação de documentos solicitados pela Auditoria-Fiscal, se indefere o exame pericial, tal qual o julgador de primeira instância, às fls. 96, por entender que o mesmo não se mostra necessário:

“Indefiro a análise pericial, pois o objeto em questão é a não apresentação de documentos solicitados pela fiscalização, sendo desnecessário o exame pericial, nos termos do artigo II da Portaria R103 nº 10.875, de 2007, e inciso I do artigo 420 do Código de Processo Civil, Lei nº5.869, de 11 de janeiro de 1973.”

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o art. 16, IV c/c art. 16, § 1º, Decreto nº 70.235/1972, estabelece que se considera não formulado o pedido de perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16:

“Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de trinta dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Parágrafo único. Ao sujeito passivo é facultada vista do processo, no órgão preparador, dentro do prazo fixado neste artigo. Parágrafo único. Na hipótese de devolução do prazo para impugnação do agravamento da exigência inicial, decorrente de decisão de primeira instância, o prazo para apresentação de nova impugnação, começará a fluir a partir da ciência dessa decisão. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)—(Vide Medida Provisória nº 232, de 2004) (Revogado pela Medida Provisória nº 449, de 2008) (Revogado pela Lei nº 11.941, de 2009)

Art. 16. A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta; IV - as diligências que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem.

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 pela Lei nº 8.748, de 1993)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação dos quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito. (Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993)

V - se a matéria impugnada foi submetida à apreciação judicial, devendo ser juntada cópia da petição. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993) “ (gn)

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de perícia.

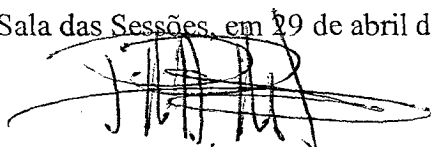


CONCLUSÃO:

Voto pelo CONHECIMENTO do recurso para, rejeitar as preliminares suscitadas e no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO, julgando procedente o lançamento efetuado.

É como voto.

Sala das Sessões, em 29 de abril de 2010



PAULO MAURÍCIO PINHEIRO MONTEIRO – Relator