



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

Processo nº 13888.001803/2007-70
Recurso nº 263.256 Voluntário
Acórdão nº 2402-001.657 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de abril de 2011
Matéria ARBITRAMENTO DE CONTRIBUIÇÕES
Recorrente LACANNA E LEITE LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/03/2000 a 30/11/2006

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE

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 o que dispõe o § 4º do art. 150 ou art. 173 e incisos do Código Tributário Nacional, nas hipóteses de o sujeito ter efetuado antecipação de pagamento ou não.

Nos termos do art. 103-A da Constituição Federal, as Súmulas Vinculantes aprovadas pelo Supremo Tribunal Federal, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terão efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal

CERCEAMENTO DE DEFESA - NULIDADE - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em nulidade por cerceamento de defesa se o Relatório Fiscal e as demais peças dos autos demonstram de forma clara e precisa a origem do lançamento e a fundamentação legal que o ampara

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. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade 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

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial para reconhecer a decadência de parte do período lançado, nos termos do artigo 150, §4º do CTN.

Júlio César Vieira Gomes - Presidente.

Ana Maria Bandeira - Relatora.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes (Presidente), Ana Maria Bandeira, Ronaldo de Lima Macedo e Igor Soares. Ausentes os Conselheiros Lourenço Ferreira do Prado e Nereu Miguel Ribeiro Domingues

Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, à destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, as destinadas a terceiros (Salário-Educação, SESC, SENAC, SEBRAE e INCRA).

Segundo o Relatório Fiscal (fls. 78/86), os fatos geradores ocorreram com o pagamento de remunerações a segurados empregados. As bases de cálculo foram apuradas por Aferição Indireta, com base no faturamento da empresa pela prestação de serviços, e as correspondentes contribuições foram arbitradas.

O procedimento de aferição indireta foi utilizado porque a empresa deixou de apresentar a Escrituração Contábil Regular (Livros Diário e Razão).

Sendo optante pelo regime de tributação pelo Lucro Presumido, estaria dispensada de apresentar estes livros, desde que apresentasse o Livro Caixa.

A empresa apresentou Livro Caixa para todo período, porém, sem observar as formalidades legais mínimas exigíveis, tais como encadernação, termos de abertura e encerramento, assinatura dos responsáveis legais pela empresa e pela contabilidade.

O Livro Caixa também continha registro a menor de faturamento, ou seja, subfaturamento, ou mesmo ausência de registros de notas fiscais emitidas e ausência de registros de pró-labore, situações que ensejaram a lavratura do Auto de Infração 37.071.244-7.

A auditoria fiscal informou que outro elemento estranho que chamou a atenção foi o saldo absurdo do Livro Caixa que, em 30/11/2006, montava em R\$ 3.964.526,95. Este saldo é extremamente elevado e sugere que a empresa não registra integralmente suas despesas, inclusive mão de obra.

Contudo, não obstante ter apresentado o Livro Caixa irregularmente, a empresa não poderá se eximir da responsabilidade pelos fatos geradores ali consignados.

Da análise criteriosa de toda documentação apresentada, a auditoria constatou que a mão-de-obra declarada pela empresa, em folha de pagamento, GFIP, recibos e Livro Caixa, estava totalmente incompatível com o faturamento da empresa, pela prestação de serviços de montagens industriais.

Da comparação entre da mão de obra relativamente ao faturamento verificou-se que a primeira representava um percentual de apenas 16% em relação ao segundo, quando o aceitável seria um percentual em torno de 40%.

Portanto, configura-se mais um forte indício de irregularidade.

A partir destes indícios, a auditoria solicitou a comprovação de toda mão-de-obra utilizada em todos os serviços prestados, para cada uma das empresas tomadoras, com apresentação de folha de pagamento específica e GFIP por tomador.

A empresa, entretanto, conseguiu comprovar, apenas parcialmente a mão-de-obra utilizada nos serviços.

A auditoria verificou que os serviços prestados às seguintes empresas não tiveram qualquer comprovação de mão-de-obra, nas competências em que a empresa auditada emitiu notas fiscais por serviços prestados: Andróide Indústria e Comércio de Máquinas Ltda, (CNPJ 82.282.815/0001-75); Frigorífico Bertin Ltda (CNPJ 01.597.168/0013-22); Coopervally Indústria e Comércio Ltda (CNPJ 04.777.982/0001-82); Dragoco Perfumes e Aromas Ltda (CNPJ 43.940.758/0001-12); Eletrocorp Automação Industrial Ltda (CNPJ 60.396.730/0001-48); Fruteza Sucos Naturais (CNPJ 67.890.905/0001-55); Generoso Alimentos (CNPJ 04.718.280/0002-00); Lida Comércio e Indústria Ltda (CNPJ 02.638.374/0001-62); Oval Alimentos Desidratados Ltda (CNPJ 72.839.558/0001-76); Saltos Alimentos Ltda (CNPJ 01.146.124/0001-42); Yakult S/A (CNPJ 60.723.061/0558-68); dentre outras de menor expressão.

A auditoria verificou, ainda, que a mão-de-obra dos serviços prestados às seguintes empresas foi parcialmente comprovada, ou seja, houve comprovação para algumas competências em que a empresa auditada emitiu notas fiscais de prestação de serviços: Concentrado Industrial de Produtos Lácteos (CNPJ 04.208.296/0001-91); Friboi Ltda (CNPJ 02.916.265/0011-31); Indústria de Laticínios Palmeira dos Índios (CNPJ 09.342.379/0096-53); Laticínios Bela Vista Ltda (CNPJ 02.899.969/0009-63); Prodesa Produtos Especiais para Alimentos (CNPJ 46.845.210/0001-81); e SohoVos Industrial Ltda (CNPJ 60.934.551/0001-54).

Novamente indagada, a empresa, na pessoa do contabilista responsável, admitiu contratar serviços de empregados sem registro em diversas localidades em que prestou serviços, manifestando, inclusive, interesse em regularizar a situação.

A empresa alegou que presta serviços temporários de montagens e manutenção, em diversas localidades, contratando mão-de-obra local para a execução dos serviços e, sendo temporário o serviço, não compensaria registrar os empregados.

A auditoria solicitou, então, os nomes dos empregados que foram contratados sem registro, bem como o período em que laboraram. A empresa, no entanto, ao saber que, para regularizar a situação, teria de declarar os empregados em GFIP, voltou atrás e afirmou que não daria maiores informações, alegando temor em ter que recolher, além das contribuições previdenciárias, também o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço — FGTS destes trabalhadores.

Os fatos acima deram total suporte para que a auditoria procedesse à apuração das remunerações da mão-de-obra total empregada nas prestações de serviços por aferição indireta, de acordo com os §§ 3º e 6º, do art. 33 da Lei 8.212/91.

Para efetuar o cálculo dos salários de contribuição, inicialmente, a auditoria relacionou todas as notas fiscais de prestação de serviços emitidas pela empresa auditada, subtotalizando mensalmente os valores e gerando o anexo 01 Faturamento Total da Empresa,

contendo o número das notas fiscais, a data de emissão, a competência de emissão, o valor bruto, o CNPJ e nome das empresas tomadoras.

Em seguida, a auditora fiscal aplicou o percentual de 40% sobre o faturamento mensal para apurar a base de cálculo e, em seguida, deduziu toda a remuneração apurada em folhas de pagamento e demais documentos, a fim de apurar o valor da mão de obra aferida, sobre a qual fez incidir os percentuais para o cálculo das contribuições ora lançadas.

A notificada teve ciência do lançamento em 23/03/2007 e apresentou defesa (fls. 119/166).

Pelo Acórdão nº 03-23.845 (fls. 196/205) a 6ª Turma da DRJ/Brasília (DF), considerou o lançamento procedente.

Contra tal decisão, a notificada apresentou recurso voluntário tempestivo (fls. 211/259) onde alega que expôs na impugnação de primeira instância argumentos que levariam ao deferimento da diligência em tela, qual seja, a Perícia Contábil, pois diante da análise aos autos e pelas contradições apontadas, poderia ter havido equívocos na realização dos cálculos apresentados.

Entende fundamental a realização de perícia para não se configurar cerceamento de defesa.

Argumenta que as supostas irregularidades não poderiam ensejar o Arbitramento/Aferição Indireta, pois a recorrente entregou a autoridade fiscal toda a documentação exigida pertinente a sua contabilidade.

Aduz que não é cabível que seja desconsiderada a contabilidade da recorrente, sob a alegação de que o livro caixa seria irregular, tendo em vista que se o livro caixa foi utilizado como instrumento para extrair dados/informações da empresa do recorrente e através dessas informações a Autoridade Fiscal fez "lançamentos" de algumas "supostas" irregularidades, com certeza o mesmo pode e deve ser usado para verificar outras.

Alega ser ilegal e inconstitucional o art. 427 da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, uma vez que seria necessário lei complementar para validar o conteúdo jurídico do citado artigo.

Propõe a nulidade da NFLD sob o argumento de que não haveria especificação de quais remunerações não sofreram retenção.

Aduz que o Relatório Fiscal deve propiciar a ampla defesa e o contraditório do contribuinte e menciona jurisprudência do CRPS – Conselho de Recursos da Previdência Social.

Argumenta que o Auditor Fiscal lançou de ofício valores referentes à parte que deveria ser arrecadada pela empresa, mediante retenção sobre a remuneração dos segurados empregados e contribuintes individuais.

Argúi a respeito da responsabilidade tributária por substituição, uma vez que o contribuinte (originário) da relação tributária é o empregado, e não o empregador. Este

(empregador) apenas tem a obrigação de efetuar a retenção de valores, como "arrecadador" do tributo, e não como contribuinte.

Alega que o Auditor Fiscal imputa, equivocadamente, à impugnante o dever de realizar o pagamento de valores a título de Contribuição Previdenciária do empregado como se ele (empregador) fosse o contribuinte, enquanto, na verdade, a impugnante apenas tem obrigação acessória de reter e repassar ao INSS.

Considera inconstitucional o art. 30, da Lei nº 8.212/91, face à necessidade de lei complementar para dispor sobre responsabilidade tributária.

Sublinha que o Agente Fiscal não apresenta o acontecimento dos fatos geradores do crédito tributário; não informa sobre o pagamento de quais empregados a impugnante não teria recolhido as contribuições; não informa ao menos o número de empregados sob vínculo empregatício que a impugnante manteria, e qual a remuneração por eles percebida.

Alega que parte do lançamento estaria abrangida pela decadência.

Também alega a inconstitucionalidade da contribuição ao INCRA, a ilegalidade do SAT, cujos parâmetros de grau de risco foram estabelecidos por decreto e não pela lei.

Entende que ao distinguir a aplicação de alíquota de acordo com a atividade preponderante da empresa, o Decreto não acompanha o espírito da lei e que não seria lógico aferir o risco da empresa como um todo, uma vez que várias atividades: podem ser desenvolvidas dentro de uma empresa; atividades que tenham risco leve, e outras com risco considerado grave.

Aduz que o enquadramento no correspondente grau de risco é de responsabilidade da empresa, podendo o INSS apenas adotar as medidas necessárias à sua correção caso verifique erro no enquadramento realizado pela empresa, e ainda assim, caso isso ocorra, fará notificação da diferença dos valores devidos (§ 6º, do art. 202, do Decreto nº 3.048/99), do que se infere que, não havendo erro no enquadramento realizado pela empresa, a tributação deverá ocorrer sobre a alíquota correspondente.

Desta forma, ao aplicar alíquota diferente do enquadramento realizado pela impugnante, o Agente Fiscal agiu contra disposição legal, razão pela qual é nula a presente NFLD.

Além disso, na apuração do grau de risco não poderiam ter sido excluídos os empregados que trabalham na atividade meio da impugnante.

Entende que não poderiam ter sido cobradas contribuições destinadas ao SEBRAE, SESI e SENAI porque seriam inconstitucionais. Além disso, as contribuições destinadas ao SEBRAE seriam devidas pelas pequenas e microempresas, o que não seria o caso da recorrente.

Alega a inconstitucionalidade da contribuição a cargo da empresa incidente sobre a remuneração de contribuinte individual, bem como da taxa de juros SELIC aplicada.

Processo nº 13888.001803/2007-70
Acórdão n.º **2402-001.657**

S2-C4T2
Fl. 290

Entende não ser possível a cobrança de correção monetária cumulativamente com a aplicação da taxa de juros SELIC, como também da incidência de juros sobre multa.

Após a apresentação do recurso, os autos foram encaminhados a este Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Dentre as preliminares apresentadas, a de decadência deve ser verificada.

O lançamento em questão foi efetuado com amparo no art. 45 da Lei nº 8.212/1991.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários nº 556664, 559882, 559943 e 560626, negou provimento aos mesmos por unanimidade, em decisão plenária que declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46, da Lei n. 8212/91.

Na oportunidade, os ministros ainda editaram a Súmula Vinculante nº 08 a respeito do tema, a qual transcrevo abaixo:

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”

É necessário observar os efeitos da súmula vinculante, conforme se depreende do art. 103-A, *caput*, da Constituição Federal que foi inserido 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 leitura do dispositivo constitucional, pode-se concluir que, a vinculação à súmula alcança a administração pública e, por consequência, os julgadores no âmbito do contencioso administrativo fiscal.

Da análise do caso concreto, verifica-se que o lançamento em tela refere-se a período compreendido entre **03/2000 a 11/2006** e foi efetuado em **23/03/2007**, data da intimação do sujeito passivo.

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.”

Por outro lado, ao tratar do lançamento por homologação, o Código Tributário definiu no art. 150, § 4º o seguinte:

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

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

Entretanto, 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.

Se, no entanto, o sujeito passivo não efetuar pagamento algum, nada há a ser homologado e, por consequência, aplica-se o disposto no art. 173 do CTN, em que o prazo de cinco anos passa a ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Para corroborar o entendimento acima, colaciono alguns julgados no mesmo sentido:

“TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. TERMO INICIAL. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 173, I, E 150, § 4º, DO CTN.

1. O prazo decadencial para efetuar o lançamento do tributo é, em regra, o do art. 173, I, do CTN, segundo o qual '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'.

2. Todavia, para os tributos sujeitos a lançamento por homologação —que, segundo o art. 150 do CTN, 'ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa' e 'opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa' —, há regra específica. Relativamente a eles, ocorrendo o pagamento antecipado por parte do contribuinte, o prazo decadencial para o lançamento de eventuais diferenças é de cinco anos a contar do fato gerador, conforme estabelece o § 4º do art. 150 do CTN. Precedentes jurisprudenciais.

3. No caso concreto, o débito é referente à contribuição previdenciária, tributo sujeito a lançamento por homologação, e não houve qualquer antecipação de pagamento. É aplicável, portanto, conforme a orientação acima indicada, a regra do art. 173, I, do CTN.

4. Agravo regimental a que se dá parcial provimento."

(AgRg nos EREsp 216.758/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10.4.2006)

**"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.
LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO.**

**DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. MANDADO DE
SEGURANÇA. MEDIDA LIMINAR.**

SUSPENSÃO DO PRAZO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), que é de cinco anos.

2. Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.

Omissis.

4. Embargos de divergência providos."

(EREsp 572.603/PR, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 5.9.2005)

No caso em tela, trata-se do lançamento de diferenças de contribuições. A auditoria fiscal é clara ao informar que o presente lançamento foi efetuado por aferição indireta

e do salário de contribuição aferido, foram descontados os valores da mão de obra reconhecida pela empresa em seus documentos.

Assevere-se que da análise do Relatório de Documentos Apresentados (fls. 35/42) há recolhimentos em todas as competências envolvidas na presente notificação, restando claro que houve antecipação de pagamento, logo aplica-se o art. 150, § 4º do CTN para considerar que estão abrangidas pela decadência as competências até **02/2002**, inclusive, uma vez que o lançamento ocorreu em 03/2007.

A recorrente apresenta também como preliminar a alegação de que a auditoria fiscal não teria efetuado o lançamento de acordo com o art. 142 do CTN levando ao cerceamento de seu direito de defesa e, conseqüentemente, nulidade deste.

A alegação acima revela-se meramente protelatória e não deve ser acolhida.

Quanto à preliminar de cerceamento de defesa, a mesma também não merece melhor sorte.

Os elementos que compõem os autos são suficientes para a perfeita compreensão do lançamento, qual seja, contribuições incidentes sobre remunerações pagas a segurados empregados apuradas por aferição indireta tendo em vista as irregularidades fartamente expostas pela auditoria fiscal, dentre as quais a omissão de mão de obra.

A auditoria fiscal ainda expõe de forma didática como apurou a base de cálculo, bem como informa que retirou desta toda a remuneração reconhecida pela empresa, levando a inferir que somente as contribuições oriundas de mão de obra sonegada foi objeto do presente lançamento.

Toda a fundamentação legal que amparou o lançamento foi disponibilizada ao contribuinte conforme se verifica no relatório FLD – Fundamentos Legais do Débito que contém todos os dispositivos legais por assunto e competência.

Assim, não há que se falar em cerceamento de defesa e nulidade da notificação.

A recorrente solicita a realização de perícia e considera o indeferimento desta no julgamento de primeira instância como verdadeiro cerceamento de defesa.

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

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

Art.16 - A impugnação mencionará:

.....

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

§ 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. (...)

Art.18 - *A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligências ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observado o disposto no art. 28, in fine.*

Da leitura do dispositivo, verifica-se que além de ser obrigada a cumprir requisitos para ter o pedido de perícia deferido, tal deferimento só ocorrerá diante do entendimento da autoridade administrativa no que concerne à necessidade da mesma.

Nesse sentido, não basta que o sujeito passivo deseje a realização da perícia, esta tem que se considerada essencial para o deslinde da questão pela autoridade administrativa, nos termos da legislação aplicável.

Como já argüido, a auditoria fiscal foi muito eficiente na descrição de todos os elementos que levaram à necessidade de aferição, os quais convenceram esta julgadora de sua necessidade.

Embora dispensada da escrituração do Livro Diário, a recorrente não teve o zelo necessário na escrituração do Livro Caixa, haja vista as diversas irregularidades apontadas pela auditoria fiscal.

Ainda assim, a auditoria fiscal retirou da base de cálculo arbitrada os valores de mão de obra reconhecidos pela empresa e que foram apurados na documentação apresentada.

Tal conduta da auditoria fiscal não significou que o Livro Caixa apresentado teria condições de demonstrar a real mão de obra aplicada na prestação dos serviços, conforme alega a recorrente.

A decisão do auditor fiscal em descontar os valores apurados nas folhas de pagamento, GFIP e no próprio Livro Caixa tiveram por objeto onerar o contribuinte apenas com as contribuições decorrentes da mão de obra efetivamente sonegada. Ou seja, a conduta da auditoria teve por princípio zelar pela razoabilidade do lançamento, aproximando os valores ao máximo da realidade.

Entendo que a realização de perícia contábil é totalmente desnecessária e não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade de sua realização, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Portanto, rejeito a preliminar apresentada

No mérito, a recorrente se concentra em atacar a constitucionalidade e a legalidade das contribuições lançadas, bem como a aplicação da taxa de juros SELIC utilizada.

Cumpre dizer que todas as contribuições lançadas tiveram amparo em dispositivo legal vigente e não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de dispositivo legal sob o argumento de que o mesmo seria inconstitucional.

A impossibilidade acima decorre do fato ser o controle da constitucionalidade no Brasil 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 reenquadramento 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 - Juis Saraiva 21). (g.n.)”

A abstenção de manifestação a respeito de constitucionalidade de dispositivos legais vigentes é pacífico na instância administrativa de julgamento, conforme se verifica na decisão deste Conselho que decidiu por sumular a questão por meio da Súmula nº 02 publicada no DOU em 14/07/2010, por meio da Portaria MF nº 383, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

A recorrente apresenta uma série de alegações no sentido de que a auditoria fiscal teria efetuado reenquadramento da alíquota do SAT.

A meu ver a argumentação da recorrente não é pertinente e não se refere à situação em questão.

Em nenhum momento a auditoria fiscal afirma que a empresa se enquadrava de forma equivocada no grau de risco e por essa razão houve a necessidade de efetuar um reenquadramento.

Melhor sorte não merece a alegação de que além da taxa de juros SELIC, a auditoria fiscal teria aplicado correção monetária e além disso, teria feito incidir juros sobre a multa aplicada.

A alegação acima cai por terra pela simples observância do Relatório Discriminativo Sintético do Débito – DSD, às folhas 20/27 onde se pode verificar que não houve qualquer atualização do valor originário, apenas a aplicação da multa moratória e juros sobre este mesmo valor, não se vislumbrando qualquer incidência de juros sobre a multa aplicada.

Assim, como a recorrente não trouxe qualquer argumento suficiente a desconstituir o lançamento remanescente, este deve prevalecer.

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso voluntário e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL para reconhecer que ocorreu a decadência até a competência 02/2002, inclusive.

É como voto.

Ana Maria Bandeira