



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

Processo nº 14337.000053/2009-80
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2402-003.293 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 23 de janeiro de 2013
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO - DEIXAR DE PRESTAR INFORMAÇÕES
Recorrente ELITE SERVIÇOS DE SEGURANÇA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Período de apuração: 01/03/2001 a 31/12/2004

PREVIDENCIÁRIO - OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA - DESCUMPRIMENTO

Constitui descumprimento de obrigação tributária acessória prevista na legislação, a empresa deixar de prestar ao órgão todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse do mesmo, na forma por ele estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização

DECADÊNCIA - ARTS 45 E 46 LEI Nº 8.212/1991 -
INCONSTITUCIONALIDADE - STF - SÚMULA VINCULANTE -
OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS - ART 173, I, CTN

De acordo com a Súmula Vinculante nº 08, do STF, os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991 são inconstitucionais, devendo prevalecer, no que tange à decadência e prescrição, as disposições do Código Tributário Nacional.

O prazo de decadência para constituir as obrigações tributárias acessórias relativas às contribuições previdenciárias é de cinco anos e deve ser contado nos termos do art. 173, I, do CTN.

Para as infrações cuja multa independe do período em que se verificou o descumprimento da obrigação acessória, a existência de infração em uma única competência fora do prazo decadencial leva à procedência da autuação

MULTIPLICIDADE DE AUTUAÇÕES SOBRE O MESMO FATO GERADOR - INOCORRÊNCIA

Não há que se falar em multiplicidade de autuações sobre o mesmo fato gerador, se cada autuação ocorreu com fundamento próprio e diverso das demais.

MULTAS - AUTO DE INFRAÇÃO - PREVISÃO LEGAL

As multas por descumprimento de obrigações acessórias previstas na Lei nº 8.212/1991 não são impostas por decreto. O Decreto nº 3.048/1999 apenas

efetuou a graduação das multas face à infração cometida, com amparo na competência estabelecida na própria lei citada no art. 92

MULTA - ATUALIZAÇÃO - PREVISÃO LEGAL - PORTARIA

A Lei nº 8.212/1991 estabelece em seu artigo 102 que os valores expressos em moeda corrente na citada Lei serão reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social. Tal atualização se dá por meio de Portaria Ministerial, cuja publicação na imprensa oficial dispensa a elaboração de quaisquer discriminativos referentes à atualização ocorrida

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso

Júlio César Vieira Gomes – Presidente

Ana Maria Bandeira- Relatora

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Thiago Taborda Simões e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração lavrado em razão de a empresa ter deixado de prestar ao órgão todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse do mesmo, na forma por ele estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização, conforme previsto no inciso III do art. 32 da Lei nº 8.212/91, combinado com o art. 225, inciso III e § 22 (acrescentado pelo Decreto nº 4.729/2003) do Regulamento da Previdência Social.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls. 35), em ação fiscal realizada no contribuinte, foram solicitados, através do termo de início e termos de intimação fiscal, os elementos necessários ao procedimento fiscalizatório. A empresa apresentou apenas os livros diários e razão para o período objeto da ação fiscal. Desses livros foram extraídos lançamentos do ano de 2004 para os quais foram solicitados esclarecimentos à fiscalizada, porém nenhum tipo de informação foi prestada.

A auditoria fiscal junta Relatório Fiscal Parcial (fls. 30/33), em que constam vários esclarecimentos, cujo teor transcrevo:

De acordo com reunião realizada em 10/02/2009 onde vários questionamentos verbais foram feitos a este Auditor Fiscal, esclareço de modo definitivo alguns pontos:

1) Existem dois procedimentos em andamento nessa empresa, Mandados de Procedimento Fiscal n.º 0210100200800317-5 e 0210100200800965-3. O primeiro é diligência fiscal e foi aberto com objetivo de analisar as impugnações apresentadas por esse contribuinte a créditos previdenciários lavrados em ação fiscal, conforme despacho da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil - DRJ. O segundo foi aberto com objetivo de lavratura de autos de infração, haja vista a existência de infrações à legislação previdenciária em vigor constatadas no curso da diligência referenciada, seja quanto a obrigação principal como acessória.

2) Inicialmente, a empresa foi intimada em diligência fiscal em 06/05/2008, sendo solicitado diversos documentos, notadamente as cópias das guias da previdência social de retenção, pois nas impugnações apresentadas foram anexadas mais de TRÊS MIL cópias de nota fiscais, sendo argumentado que esses documentos deixaram de ser considerados quando da fiscalização realizada no ano de 2005. A se confirmar aquilo que foi afirmado, estaríamos diante de um erro grosseiro e incomensurável deste Auditor. O termo em questão foi assinado por Leonardo Macedo que se intitulou diretor da empresa, fato que veio a ser negado posteriormente por Leandro J P Macedo, sócio gerente, quando da ciência do termo de intimação de nº 01 em 02/10/2008 às 12:25 H. Diante da alegação, mesmo que verbal, foi lavrado novo termo de início e apresentado para ciência em 07/10/2008, porém foi recusada à ciência, fato que motivou a lavratura de

certidão de constatação e entrega do termo, considerando-se a intimação como feita. Novo termo de intimação foi confeccionado em 09/10/2008 com a ciência do Sr. Leandro Macedo no mesmo dia às 11.00h. Em 06/10/2008, há duas solicitações formuladas pela empresa, uma solicitando prorrogação de prazo e a outra vistas aos processos. Note-se que as solicitações são infundadas, pois analisasse na diligência impugnações de autoria da fiscalizada (ela deveria ter ciência daquilo que fez constar nas peças de defesa) e esses processos foram encaminhados ao contribuinte quando do término da ação fiscal. As solicitações tiveram finalidade procrastinatórias. Note-se que nos termos referenciados são solicitados diversos elementos, inclusive a escrita contábil e os documentos que lhe dão suporte. A solicitação dos comprovantes é redundante, pelo fato de não existir escrita sem os documentos que comprovem a veracidade dos livros. Como último esclarecimento, ainda como tarefa atinente à diligência fiscal, os livros foram solicitados no curso do processo diligencial pelo fato da documentação ter sido sonegada na ação fiscal original, fato que motivou lavratura de auto de infração que estava em curso de julgamento e houve a solicitação da DRJ sobre a correção da infração.

4) Como mencionado anteriormente, o Sr. Leonardo assinou termo sem qualquer respaldo funcional e foi analisado a escrita contábil dos anos fiscalizados, neste último caso, o objetivo era decidir sobre a relevação do auto de infração de fundamento legal 38 (trinta e oito), não apresentar documentos solicitados pela fiscalização. Pois bem, diante da assinatura indevida, não apresentação dos elementos solicitados nos termos e não disponibilização dos documentos escriturados, foi solicitado à Delegacia da Receita Federal do Brasil — DRF a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal — modalidade fiscalização, pois é imperioso a lavratura de autos de infração por obrigação principal e acessória, fato não passível no curso de uma diligência fiscal.

5) A impossibilidade de lavratura de AI no curso de diligência, foi motivadora do cancelamento do AI 37.195.673-0, conforme essa empresa foi cientificada no termo de início datado de 04/12/2008, remessa postal.

6) Resumindo: o não atendimento completo dos termos fiscais da diligência foi motivadora da abertura de fiscalização para lavratura de autos de infração, porém analisadas as impugnações postas pela DRJ. Há de se destacar que o contribuinte não atendeu o pedido para discriminar as notas fiscais não consideradas na ação fiscal original, cujos autos de infração estavam para emissão de despacho pela fiscalização da DRF do Brasil em Belém. A empresa fez alegações — desconsideração de notas - que deveria comprovar no curso da diligência, fato não ocorrido e que determinou que a fiscalização analisasse as mais de três mil nota apensadas aos processos sob análise.

7) Sendo mais claro: de toda a documentação solicitada nos diversos termos emitidos (diligência e fiscalização), apenas os razões e diários foram apresentados, porém desacompanhados dos comprovantes da escrita. A sonegação de elementos e a não

apresentação dos comprovantes levarão a fiscalização a lavrar os auto de infrações regulamentares, cabendo à fiscalizada a prova em contrário, dentro do devido processo legal, conforme preceitua nosso ordenamento jurídico, notadamente a Carta Política de 1988.

8) Quanto a questionar a não finalização dos procedimentos fiscais em andamento, informo que, de acordo com a legislação vigente, os Mandados de Procedimento são prorrogados até a efetivação de todos os trabalhos programados previamente pela Receita Federal do Brasil. No caso dessa empresa, os serviços foram prejudicados pelo não atendimento das intimações formuladas pela fiscalização, solicitações de prazos descabidos e sonegação dos elementos solicitados. Mister informar que a diligência fiscal foi feita no interesse desse contribuinte, pois houve a alegação de que retenções não foram consideradas quando da fiscalização original, logo caberia ao interessado ser solícito no atendimento à fiscalização. Ocorre que de modo inoportuno, foram anexadas todas as notas fiscais emitidas com a pretensão de criar-se a convicção na Delegacia de Julgamento que o montante de mais de 3000 (três mil) notas fiscais foram ignoradas pela fiscalização, quando apenas 25 (vinte e cinco) retenções não foram constatadas no conta corrente dessa empresa. Quer dizer que a fiscalização teve que "identificar" aquilo que é de responsabilidade dessa prestadora de serviço, haja vista que os controles internos tão consagrados na contabilidade devem ser implementados, gerenciados e ficam sob a responsabilidade da empresa, cabendo a esta apontar os óbices, como é o caso de tomadores de serviço que não recolhem os valores deduzidos das notas fiscais, conforme previsto na Lei 9711/91. Em outras palavras: se as impugnações dos lançamentos revistos na diligência tivessem apontado de forma objetiva as notas fiscais cujas retenções não foram recolhidas pela tomadora, com certeza o procedimento diligencial já estaria encerrado, não sendo necessário abertura de uma outra ação fiscal para efetivação de lançamentos por descumprimento de obrigações acessórias e principais-

A autuada teve ciência do lançamento em 20/02/2009 e apresentou defesa (fls. 44/66) onde alega que o termo de início de procedimento fiscal que deu origem ao Auto de Infração ora impugnado foi enviado à empresa por correio no dia 10 de dezembro de 2008. No entanto, esse ato administrativo de fiscalização não chegou ao conhecimento do contribuinte. Vide, a propósito, a ocorrência descrita no AR como motivo "ausente".

Argumenta que somente em 10 de fevereiro de 2009 a Impugnante teve ciência do Termo de Intimação Fiscal, o qual solicitou a entrega dos Livros Diário e Razão do ano de 2004, bem como a comprovação de um rol enorme de despesas (mais de 180 itens), no prazo exíguo de 02 dias.

Não obstante o fato descrito, no dia 18 de fevereiro de 2009 o Sr. Auditor Fiscal responsável entendeu por bem já lavrar o Auto de Infração por descumprimento de obrigação principal, utilizando-se do procedimento de aferição indireta, bem como lavrar outras autuações por descumprimento de obrigações acessórias.

Entende que a autuação seria nula por ofensa aos princípios do devido processo legal e da razoabilidade, pois foi-lhe concedido apenas dois dias para a apresentação dos documentos solicitados e sem nova intimação, foi lavrado o presente auto de infração.

Destaca que todas as intimações anteriores se referem ao Mandado de Procedimento Fiscal – Diligência MPF nº 02.1.01.00-2008-00317-5, motivo pelo qual não procede o argumento de que a Impugnante se negou a prestar as informações referentes ao Termo de Início de Fiscalização que deu origem à presente autuação.

Considera que seriam situações distintas que não podem ser confundidas.

Afirma que há aplicação de mais um Auto de infração exigindo multa por deixar de entregar documentos referentes a contribuições previdenciárias (DEBCAD n.º 37.209.467- 8) e lançamento, por aferição indireta, de contribuições por meio do DEBCAD n.º 37.209.466-0.

Alega que a multa aplicada não está expressamente cominada em lei e que seria o Decreto nº 3.048/99 que efetivamente aplicaria a penalidade ao caso da impugnante.

Argumenta que a exigência da multa discutida não resiste a um exame de constitucionalidade e legalidade detalhado e que considera que deve ser aplicado o art. 112 do Código Tributário Nacional.

Aduz que ocorreu a decadência relativamente à competência 01/2004.

Pelo Acórdão nº 01-14.488 (fls. 108/121) a 4ª Turma da DRJ/Belém julgou a autuação procedente.

Contra tal decisão, a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 125/147), onde efetua a repetição das alegações de defesa.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

Quanto à preliminar de decadência, esta não merece acolhida.

A decadência deve ser verificada considerando-se a Súmula Vinculante nº 8, editada pelo Supremo Tribunal Federal, que dispôs o seguinte:

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

Vale lembrar que os efeitos da súmula vinculante atingem a administração pública direta e indireta nas três esferas, conforme se depreende do art. 103-A, *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 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.”

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.”

Nesse sentido, como a autuação se deu em 20/02/2009, só seria possível falar em decadência para fatos ocorridos até a competência 11/2003. Como o período autuado compreende as competências de 01 a 12/2004, não se verifica decadência.

Além disso, como a multa para o tipo de infração em tela é única e independente do tempo da infração, a caracterização do descumprimento da obrigação acessória numa única competência não abrangida pela decadência seria suficiente para a procedência da autuação.

A recorrente alega que a autuação seria nula por ofensa aos princípios do devido processo legal e da razoabilidade, pois foi-lhe concedido apenas dois dias para a apresentação dos documentos solicitados e, sem nova intimação, foi lavrado o presente auto de infração.

Da análise dos documentos que compõem os autos, verifica-se que a situação fática não corresponde ao alegado pela recorrente.

Cumprе destacar que, de acordo com o documento denominado Relatório Fiscal Parcial, elaborado pela auditoria fiscal, a origem da diligência iniciada junto à recorrente foi a verificação de impugnações apresentadas pela empresa contra créditos lavrados em ação fiscal anterior por determinação da Delegacia de Julgamento da Receita Federal do Brasil.

Nas impugnações apresentadas, foram anexadas mais de três mil cópias de nota fiscais, sob o argumento de que deixaram de ser consideradas as retenções correspondentes a tais notas, quando da fiscalização realizada no ano de 2005.

A empresa foi intimada da diligência fiscal e lhe foi apresentado TIAD – Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (fl. 06), o qual foi assinado por Leonardo Macedo que se intitulou diretor da empresa.

Não obstante a diligência ser do interesse da empresa, uma vez que foi determinada para fins de subsidiar julgamento de impugnação apresentada contra autuação anterior, nada foi apresentado.

A auditoria fiscal, em 02/10/2008, apresentou TIF – Termo de Intimação Fiscal nº 01, o qual foi assinado por Leandro Macedo, sócio-gerente, que negou o fato de que Leonardo Macedo fosse diretor da empresa.

Diante da situação, a auditoria fiscal entendeu por apresentar TIPD – Termo de Início de Procedimento Fiscal (fl. 10) que o Sr. Leandro Macedo se recusou a assinar.

Novo Termo de Intimação Fiscal foi confeccionado em 09/10/2008, este com a ciência do Sr. Leandro Macedo.

Diante da assinatura indevida do Sr. Leonardo Macedo, não apresentação dos elementos solicitados nos termos e não disponibilização dos documentos escriturados, foi solicitada à Delegacia da Receita Federal do Brasil — DRF a emissão de Mandado de Procedimento Fiscal — modalidade fiscalização, para que fosse possível a lavratura de autos de infração por descumprimento de obrigações principal e acessórias, fato não passível no curso de uma diligência fiscal.

Assim, em 10/12/2008, a recorrente tomou ciência do TIPF - Termo de Início de Procedimento Fiscal, por via postal, salientando que este documento discriminou todos os documentos que deveriam ser disponibilizados à auditoria fiscal, os quais já vinham sendo solicitados deste o início do procedimento de diligência que precedeu ao de fiscalização.

Já sob procedimento de fiscalização, a empresa manteve sua conduta de não apresentar documentos e prestar informações.

Em 10/02/2009, a empresa recebeu Termo de Intimação Fiscal para a apresentação dos livros Diário e Razão do ano de 2004 e estes foram os únicos documentos apresentados em todo o período.

Com base na análise de tais livros a auditoria fiscal elaborou um último Termo de Intimação Fiscal, em 16/02/2009, onde solicitou que a empresa apresentasse comprovação da origem de diversas despesas verificadas na contabilidade.

Ao final do prazo estipulado, como nada fora apresentado, foi lavrado o presente auto de infração.

O que se observa é a conduta da recorrente durante toda a ação fiscal foi no sentido de impedir o trabalho da auditoria fiscal.

Ou seja, desde 06/05/2008, data da entrega do TIAD, a auditoria fiscal vinha, sem sucesso, tentando obter elementos para cumprir a diligência solicitada pela DRJ em face de impugnação apresentada pela recorrente em autuação ocorrida anteriormente.

Percebe-se a utilização de todos os expedientes possíveis para protelar o cumprimento das obrigações legais de apresentar documentos e prestar informações, tais como afirmar que a pessoa que recebeu o Termo de Intimação para Apresentação de Documentos, cinco meses antes, não teria vínculo com a empresa, negar-se a receber Termo de Início de Procedimento Fiscal e quando recebidos abster-se da apresentação do solicitado, no prazo dado, ou fora dele.

Assevere-se que mesmo tendo ciência da documentação e informações necessárias à ação fiscal, a empresa somente apresentou os livros diário e razão de 2004, uma semana antes da lavratura do presente auto de infração e, posteriormente, durante o prazo de impugnação, nada trouxe dos documentos solicitados.

A meu ver, não se verifica qualquer nulidade sob o argumento de que não foram observados o devido processo legal e o princípio da razoabilidade.

Por nove meses, a auditoria fiscal tentou obter os documentos e informações necessários ao seu trabalho, sem sucesso, uma vez que a conduta da empresa em se negar a receber os termos de intimação e ignorando os recebidos, revelou-se em claro descumprimento de obrigação acessória, razão pela qual a autuação deve prevalecer.

Destaca-se que mesmo considerando apenas os prazos e tentativas de receber documentos e informações ocorridos a partir da instauração do procedimento de fiscalização, cuja início ocorreu com a ciência em 10/12/2008, já é patente o descumprimento da obrigação acessória, uma vez que quase dois meses decorreram até que a empresa apresentasse os livros Diário e Razão de 2004.

A recorrente afirma que há aplicação de mais um auto de infração exigindo multa por deixar de entregar documentos referentes a contribuições previdenciárias (DEBCAD n.º 37.209.467- 8) e lançamento, por aferição indireta, de contribuições por meio do DEBCAD n.º 37.209.466-0.

Cumprir dizer que as três autuações lavradas contra a recorrente tiveram fundamentos distintos.

A obrigação principal, lavrada por meio do DEBCAD n.º 37.209.466-0 não se confunde com as obrigações acessórias.

O Código Tributário Nacional define com precisão o conceito de obrigações tributárias principais e acessórias e os seus respectivos fatos geradores, conforme se verifica nos artigos 113, 114 e 115, abaixo transcritos:

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 decorrente 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.

Art. 114. Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal.

Quanto às autuações por descumprimento de obrigações acessórias as quais a recorrente alega tratar-se de mesma infração, trata-se de situações distintas.

A presente autuação ocorreu com fundamento no inciso III do art. 32 da Lei nº 8.212/91, o qual transcrevo em sua redação atual:

Art. 32. A empresa é também obrigada a: (...)

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)

Da análise dos termos para apresentação de documentos elaborados pela auditoria fiscal, já se observa a existência de solicitações que uma vez não atendidas configura descumprimento da obrigação acessória acima transcrita, como, por exemplo, os arquivos digitais das GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social e DIRF – Declaração de Imposto de Renda Retido na Fonte, esclarecimentos quanto à origem das despesas verificadas nos livros apresentados, relações dos imóveis e dos veículos constantes do ativo imobilizado.

Quanto à autuação de DEBCAD nº 37.209.467- 8, esta ocorreu pelo descumprimento de obrigação acessória prevista nos §§ 2º e 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212 de 1991, que consiste em a empresa deixar de exibir qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições para a Seguridade Social ou apresentar documento ou livro que não atenda as formalidades legais exigidas, que contenha informação diversa da realidade ou que omita a informação verdadeira.

Como já argüido, a recorrente apresentou tão somente os livros diário e razão de 2004, deixando de apresentar as folhas de pagamento e demais documentos solicitados para todo o período.

Portanto, não se vislumbra a hipótese de mais de uma autuação sob o mesmo fato gerador.

Alega a autuada que a multa aplicada não está expressamente cominada em lei e que seria o Decreto nº 3.048/99 que efetivamente aplicaria a penalidade ao caso.

Argumenta, ainda, que a exigência da multa discutida não resiste a um exame de constitucionalidade e legalidade detalhado.

Não há razão no argumento.

Cabe lembrar as disposições contidas no CTN, especificamente no § 2º do art. 113 e no art. 115 abaixo transcritos:

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

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

*Art. 115. Fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da **legislação aplicável**, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal (g.n.)”*

Como se observa, no que tange à obrigação acessória, o *Codex Tributário* permite que a mesma decorra da legislação tributária e, no presente caso, cabe salientar que o fato gerador da obrigação acessória decorreu de lei, especificamente o inciso III, do art. 32, da Lei nº 8.212/91.

O CTN também define em seu art. 96 o que se considera “legislação tributária”, *in verbis*:

*“Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, **os decretos** e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes (g.n.)”*

No entanto, a multa não foi imposta por decreto, este apenas efetuou a graduação dela face à infração cometida, com amparo na competência estabelecida no próprio dispositivo de lei que instituiu a multa, no caso, o art. 92 da Lei nº 8.212/1991 que dispõe o seguinte:

*“Art. 92. A infração de qualquer dispositivo desta Lei para a qual não haja penalidade expressamente cominada sujeita o responsável, conforme a gravidade da infração, a multa variável de Cr\$ 100.000,00 (cem mil cruzeiros) a Cr\$ 10.000.000,00 (dez milhões de cruzeiros), **conforme dispuser o regulamento** (g.n.)*

A recorrente também alega a impossibilidade da multa ser atualizada por meio de portaria.

Mais uma vez, não assiste razão à recorrente.

O art. 102 da Lei nº 8.212/1991 estabelece que os valores expressos em moeda corrente na citada Lei serão reajustados nas mesmas épocas e com os mesmos índices utilizados para o reajustamento dos benefícios de prestação continuada da Previdência Social.

O reajustamento em questão se dá por meio de Portaria e o valor da multa aplicada foi determinado pela Portaria Interministerial MPS/MF nº 77, de 11/03/2008, art. 8º, inciso VI, abaixo transcrito:

"Art. 9. A partir de 1º de março de 2008: (...)

VI - o valor da multa indicada no inciso II do art. 283 do RPS é de R\$ 12.548,77 (doze mil quinhentos e quarenta e oito reais e setenta e sete centavos);

Como a citada portaria foi devidamente publicada no Diário Oficial da União de 12/03/2008, ou seja, foi dada a publicidade necessária ao documento, não há qualquer irregularidade na definição do valor da multa aplicada.

A recorrente ainda insiste em questionar a constitucionalidade da multa aplicada.

Cumpre destacar que a aplicação da multa se deu com fundamento em dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico e não cabe ao julgador, no âmbito administrativo, afastar a aplicação de dispositivos legais vigentes sob o argumento de que seriam inconstitucionais.

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 pacífica 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 07/12/2010, por meio da Portaria CARF nº 49, *in verbis*:

Súmula CARF nº 2:

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

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

Voto no sentido de CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Ana Maria Bandeira