



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

Processo nº 14474.000255/2007-95
Recurso nº 000000 Voluntário
Acórdão nº 2402-002.188 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 26 de outubro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO DEIXAR DE EXIBIR LIVROS E DOCUMENTOS
Recorrente CONGREGAÇÃO DOS OBLATOS DE SÃO JOSÉ
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

DECADÊNCIA

Nas infrações em que a multa aplicada independe do período em que ocorreu o descumprimento da obrigação acessória, não há que se falar em decadência se pelo menos uma única irregularidade for verificada em período não decadencial

CERCEAMENTO DE DEFESA – OFENSA AO CONTRADITÓRIO – ANTES DO LANÇAMENTO – INOCORRÊNCIA

Não se vislumbra cerceamento de defesa ou afronta ao contraditório pelo fato de não ter sido dada oportunidade ao contribuinte de manifestar-se durante a fase ofensiva do levantamento. Somente após a notificação do sujeito passivo e conseqüente início da fase contenciosa é que são cabíveis alegações da espécie

OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA – DESCUMPRIMENTO – MULTA

Consiste em descumprimento de obrigação acessória 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

INCONSTITUCIONALIDADE

É prerrogativa do Poder Judiciário, em regra, a arguição a respeito da constitucionalidade ou ilegalidade e, em obediência ao Princípio da Legalidade, não cabe ao julgador no âmbito do contencioso administrativo afastar aplicação de dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico pátrio sob o argumento de que seriam inconstitucionais

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: Julio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Walter Murilo Melo Andrade e Nereu Miguel Ribeiro Domingues.

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado com fundamento na inobservância da obrigação tributária acessória prevista nos §§ 2º e 3º do artigo 33 da Lei nº 8.212 de 1991 c/c os artigos 232 e 233, § único do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048/1999, 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.

Segundo o Relatório Fiscal da Infração (fls 14/15), a entidade, embora intimada, deixou de apresentar os seguintes documentos:

- a) Orçamento quantitativo com a descrição dos serviços, totalizando o valor de R\$320.760,00, da empresa VN Projetos e Construções Ltda, relativo ao contrato de execução de obras.
- b) Planilhas de medição referentes a todos os serviços descritos em todas as notas fiscais/faturas, relativas a todos os subempreiteiros.
- c) Laudos técnicos relativos a todas as notas fiscais/faturas de controle de qualidade de materiais e respectivas anotações de responsabilidade técnica.
- d) Relatórios de consultoria e respectivas anotações de responsabilidade técnica, relativos às notas fiscais/faturas: 281, 321, 349, 368, 388, 403, 415, 428, 447 e 455.
- e) GFIP — Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social e folhas de pagamento de todos os subempreiteiros, ressaltando que foram apresentadas apenas as GFIP relativas às empresas: VN Projetos e Construções Ltda e JDP Serviços na Construção Civil Ltda.
- f) Contratos com as empresas Serralheria Estética Ltda, R. Segan Revestimentos em Granilha Ltda, Console Construção Civil Ltda, Transportes Mascate Ltda, Metalin Indústria e Comércio de Metais Ltda.
- g) Contratos de locação contendo especificações do produto, período, datas de recebimento e devolução dos equipamentos, relativos às empresas abaixo discriminadas, além de nominar os operadores das máquinas e equipamentos:
 - JPD Serviços Ltda: Notas fiscais/faturas nº 181, 182 e 189;

- Olineu Instalações Ltda: Notas Fiscais nº 169, 170, 171 e 175;
- Mascate Transporte Ltda: Notas Fiscais/faturas nº 905 a 1322;
- Carbotex Colocação de Pisos Industriais Ltda: Notas Fiscais nº 39, 431 e 432.

h) Contratos de supervisão/gerenciamento com as empresas:

- JPD Serviços Ltda: Notas Fiscais/faturas 179, 180, 186 e 189;
- Olineu Instalações Ltda: Notas Fiscais/faturas 169, 170 e 177.

A autuada teve ciência do lançamento em 05/09/2007 e apresentou defesa (fls. 172/195) alegando, em síntese, o que se segue.

Alega que o Sr. Fiscal requisitou documentos técnicos que não são da obrigação do Impugnante ter guardado, como qualidade do concreto utilizado, impermeabilizante, estrutura, dentre outros que são de responsabilidade exclusiva do Engenheiro/Construtor contratado.

Ressaltar que mesmo com o exíguo prazo fornecido pelo Sr. fiscal e sempre na sexta feira, final da tarde, 90% dos documentos foram apresentados, contudo, não foram aceitos pelo Sr. Fiscal sobre a alegação de que lhe estava parecendo documentos que serviam para sonegação fiscal.

Afirma que todos os documentos que o agente apresentou como faltantes no relatório fiscal, afim de justificar a infração e aplicação de multa estão em anexo a esta impugnação.

Argumenta que considerando que o Termo de Encerramento (TEAF) do lançamento ocorreu no dia 05/09/2007, resulta claro que estão sob os efeitos da decadência as contribuições sociais, cujos fatos geradores ocorreram antes do dia 05/09/2002.

Aduz que o Agente Fiscal por inúmeras vezes sugeriu que as notas fiscais de entrada do fornecedor, enumeradas e colacionadas nos autos, seriam documentos inidôneos, colocando em dúvida inclusive se a emissão do documento foi feita pelo fornecedor, isso ao afirmar, data vênua, sob sua própria e exclusiva conclusão. Não aceitando tais documentos, o que demonstra abuso do poder de Fiscal que lhe é conferido ignorando, inclusive, o princípio do Estado de Inocência.

Alega que não há nos autos intimação do impugnante a fim de que o mesmo pudesse obter o prazo razoável para prestar seus esclarecimentos e que em momento algum o Sr. Fiscal intimou ou procedeu diligencia junto as empresas prestadoras de serviços.

Entende que se o Agente do Fisco encontra qualquer "suposta" irregularidade, antes de autuar, deve, necessariamente, intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa de seu representante legal, para que preste, no prazo razoável, todos os esclarecimentos necessários sob pena de nulidade do ato.

Isso seria obrigatório em face da existência do consagrado princípio do contraditório, assegurado pela Constituição Federal; ainda que na fase precedente à lavratura do auto de infração e da imposição da multa.

Atenta-se ainda ao fato de que se trata de uma construção que ocorreu em 2001, ou seja, envolveu várias empresas, não sendo possível que de uma hora para outra fosse encontrada e fornecida toda a documentação e que não era de obrigação da impugnante tê-las arquivado.

Alega que é fato notório que numa relação comercial entre duas empresas, existem documentos que não dizem respeito ao negócio jurídico realizado entre as partes, não podendo o contribuinte exigi-los de outro, isto porque, não lhes cabe o poder de polícia — de cunho fiscalizatório — prerrogativa esta do ilustre representante do Fisco, nem impor obrigação à terceiro.

Argumenta, ainda, que a idoneidade ou inidoneidade dos fornecedores dos serviços não pode, pura e simplesmente, redundar em conseqüentes glosas de créditos na escrita fiscal dos adquirentes destes serviços.

Ressalta que não se discute nestes autos sobre a declaração de inidoneidade ou não da empresa fornecedora de serviços, mas sim, que o cerne da irresignação é a de que a Impugnante; em nenhum momento, infringiu qualquer norma da legislação tributária, não restando comprovado no Auto de Infração qualquer ato da Impugnante que autorizasse a presente autuação, ainda mais se considerarmos que o embasamento do Auto se dá por mera "suposição" do Agente Fiscal.

Alega a ilegalidade da retenção dos 11% sobre o valor da nota fiscal/fatura de serviços, bem como que a multa seria confiscatória e questiona a base de cálculo da retenção.

Pelo Acórdão nº 06-17.042 (fls. 779/796) a 5ª Turma da DRJ/Curitiba (PR) considerou a autuação procedente.

Contra tal decisão a autuada apresentou recurso tempestivo (fls. 804/828) onde repete as alegações de defesa.

Os autos foram encaminhados à este Conselho para apreciação do recurso interposto.

É o relatório.

Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

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

A recorrente apresenta preliminar de decadência que não merece acolhida ainda que se leve em conta as disposições do Código Tributário Nacional.

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.”

No entanto para o tipo de infração em tela, em que a multa é única e independe do período e da quantidade de documentos não apresentados, uma única ocorrência dentro do período não decadencial é suficiente para a caracterização da infração e procedência da multa aplicada.

In casu, para que se pudesse considerar que ocorreu a decadência do direito de aplicação da multa pelo descumprimento da obrigação acessória, toda a documentação solicitada pela auditoria fiscal deveria referir-se a período anterior a 11/2001, pela aplicação do art. 173, inciso I do CTN, uma vez que o lançamento ocorreu em 05/09/2007, data da intimação do sujeito passivo.

No entanto, não é o que se verifica. Foram solicitados documentos relativos a período posterior ao decadencial, logo não há que se falar em decadência no presente caso.

A recorrente argumenta ausência de manifestação acerca das empresas que emitiram notas sem o destaque da retenção de 11% de INSS inerente a mão-de-obra, haja vista que estas foram emitidas assim com base na determinação legal do Mandado de Segurança de n. 99.0010941-4.

A meu ver tal alegação é impertinente, uma vez que o lançamento em questão não teve por fundamento a ausência de retenção dos 11% sobre o valor das notas fiscais/faturas de serviços.

A recorrente também demonstra seu inconformismo ante à ausência de intimação para que prestasse esclarecimentos antes que ocorresse o lançamento. Considera que o ocorrido representa violação ao princípio do contraditório.

O procedimento da auditoria fiscal não se consubstancia em cerceamento de defesa.

O trabalho da auditoria fiscal junto ao contribuinte para apurar eventuais contribuições não recolhidas ou descumprimento de obrigações acessórias se dá na chamada fase oficiosa do lançamento.

A fase oficiosa se encerra com o efetivo lançamento e, a partir de então, inicia-se a fase contenciosa, onde o contribuinte tem a oportunidade de contestação.

O cerceamento de defesa só é passível de ocorrer na fase contenciosa, quando já existe o lançamento. Não há que se conceder oportunidade para manifestação ao contribuinte durante a fase oficiosa, porque nesse momento, não há do que se defender.

Também argumenta a recorrente que Agente Fiscal teria alegado que esta deveria ter tomado as cautelas necessárias na verificação quanto à idoneidade ou não do contribuinte-fornecedor, incorrendo em equívoco.

Além disso, o Agente Fiscal teria apontado de forma capciosa contradições acerca dos objetos contratuais, compra de mercadoria e empreiteiras contratadas.

Segundo a recorrente, numa relação comercial entre duas empresas, existem documentos que não dizem respeito ao negócio jurídico realizado entre as partes, não podendo o contribuinte exigí-los de outro, isto porque, não lhes cabe o poder de polícia — de cunho fiscalizatório — prerrogativa esta do ilustre representante do Fisco, nem impor obrigação à terceiro.

Cumprido dizer que não há no Relatório Fiscal da Infração e nem em qualquer outra peça dos autos qualquer manifestação da auditoria fiscal no sentido de que os fatos narrados pela recorrente teriam sido considerados como causa de autuação.

A recorrente foi autuada por ter deixado de apresentar documentos solicitados pela auditoria fiscal e tal infração está tipificada no art. 33 §§ 2º e 3º da Lei nº 8.212/1991, *in verbis*:

Art. 33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas à tributação, à fiscalização, à arrecadação, à cobrança e ao

recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11 desta Lei, das contribuições incidentes a título de substituição e das devidas a outras entidades e fundos. (...)

§ 2º A empresa, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida

Conforme se verifica no Relatório Fiscal da Infração, a recorrente deixou de apresentar vários documentos solicitados relativos à obra de sua propriedade correspondente a um ginásio de esportes.

A meu ver, vários dos documentos solicitados pela auditoria fiscal são relativos à obra e tinham por objetivo a verificação do serviços prestados haja vista a obrigatoriedade de retenção em vários tipos de serviços.

Verifica-se que a auditoria fiscal solicita contratos de prestação de serviços e de locação de equipamentos com várias prestadoras, também solicitou cópia de GFIPs e folhas de pagamento de subempreiteiros, as quais a recorrente deve ter para comprovar a real mão de obra utilizada na obra.

Também não encontra guarida a alegação de que a auditoria fiscal teria solicitado documentos que não diziam respeito ao negócio jurídico realizado entre as partes, ou seja, a recorrente e suas contratadas.

A meu ver, os documentos solicitados pela auditoria fiscal são todos relacionados ao serviço contratado.

Se a recorrente contrata empresa para realização de controle de qualidade de materiais, o resultado de tal trabalho deve constar em laudos fornecidos pela empresa contratada.

De igual forma, não causa espécie que a recorrente que contratou empresa para execução de obra civil seja intimada a apresentar o orçamento quantitativo com a descrição dos serviços a serem prestados.

Além disso, conforme já argüido, a não apresentação de apenas um dos documentos solicitados já seria razão suficiente para a caracterização da infração. Assim, a autuação deve prevalecer.

A recorrente alega que o Agente Fiscal autuou a Impugnante baseado em uma "suposição" de ausência de documentos e conluio que culminou com a escrituração de créditos ditos inexistentes, simplesmente porque o prestador de serviços, na interpretação do Sr. Fiscal, se contradisse quando das obrigações contratuais, não seguiu os preços do CUB ou ainda não especificou a qualidade dos produtos utilizados.

Entendo que a recorrente incorre em confusão entre a presente autuação e o lançamento da obrigação principal que se deu por aferição indireta com base no valor do CUB – Custo Unitário Básico.

A autuação em tela ocorreu em razão da não apresentação da totalidade dos documentos solicitados pela auditoria fiscal, não havendo que se falar em suposição no presente caso.

Quanto à alegação da ilegalidade da retenção sobre nota fiscal/fatura, cumpre dizer que tal assunto não será tratado em razão de sua impertinência com a presente autuação.

A recorrente alega, ainda, que a multa aplicada seria confiscatória e, portanto, feriria a Constituição Federal.

A multa aplicada teve fundamento em dispositivo legal vigente e não cabe ao julgador no âmbito administrativo afastar a aplicação de lei vigente no ordenamento jurídico pátrio.

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.

Outra questão que não será tratada por ser impertinente ao caso é o questionamento da recorrente quanto à base de cálculo utilizada para retenção.

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