



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

Processo nº 13964.000243/2007-86
Recurso nº 253.442 Voluntário
Acórdão nº **2301-01.817 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Sessão de 10 de fevereiro de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente FUNDAÇÃO UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA - UNISUL
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 30/03/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. JUNTADA DE NOVOS DOCUMENTOS. DISPONIBILIZAÇÃO DE PRAZO PARA O CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA. PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. OBRIGATORIEDADE DE OBSERVÂNCIA PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. NULIDADE DA DECISÃO. VÍCIO FORMAL.

A administração pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da ampla defesa e do contraditório. E o prejuízo para a defesa da empresa é patente, visto que somente na segunda instância teve efetivamente a oportunidade de se defender dos fatos e documentos trazidos pelo fisco na primeira fase processual, em consequência do erro processual causado pela própria administração tributária.

O Decreto n.º 70.235/72 é claro no sentido de que são nulos os despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa. Com efeito, a inobservância das formalidades legais no decorrer do processo administrativo acarreta a nulidade da decisão vergastada por vício formal.

Processo Anulado

Aguardando Nova Decisão

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do Redator designado. Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Mauro José Silva. Redator designado: Damião Cordeiro de Moraes - Representante dos Contribuintes

Marcelo Oliveira - Presidente.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator.

Damião Cordeiro de Moraes - Redator designado.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Bernadete De Oliveira Barros, Damiao Cordeiro De Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes

Relatório

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 28/11/2006, por ter a empresa acima identificada deixado de exhibir documentos relacionados com as contribuições previstas na Lei 8.212/91 ou apresentado documento que não atende as formalidades exigidas, que contém informação diversa da realidade e que omite informação verdadeira infringindo, dessa forma, o art. 33, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/91, c/c os arts. 232 e 233, parágrafo único, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99.

Consta do Relatório Fiscal da Infração (fls. 04), que a empresa deixou de apresentar, apesar de solicitado por meio de TIAD, as folhas de pagamento denominadas filial 102, no período de 01/2001 a 03/2006; o arquivos em meio digital de acordo com o previsto no Manual Normativo de Arquivos Digitais da SRP (Portaria MPS/SRP 058, de 28/01/2005), no que se refere à contabilidade da empresa; os contratos de trabalho do pessoal contratado das filiais 100 e 101 e/ou os recibos individuais de pagamento que informassem a identificação e natureza dos trabalhos.

A recorrente impugnou o auto alegando, em síntese, nulidade do AI e requerendo a relevação da multa, juntando vasta documentação na tentativa de corrigir a falta.

Da análise da impugnação, o processo foi convertido em diligência, conforme despacho de fls. 2.959 (vol. X), resultando na Informação Fiscal de fls. 2.962, por meio do qual a autoridade autuante ratifica a autuação, informando que os documentos apresentados pela empresa em sede de defesa já haviam sido objeto de análise quando da ação fiscal.

A Secretaria da Receita Previdenciária, por meio da DN nº 20.401.4/0170/2007 (fls. 2.964 a 2.967), julgou o Auto de Infração procedente e a autuada, inconformada com a decisão, apresentou recurso tempestivo, repetindo basicamente as alegações já apresentadas na impugnação.

Preliminarmente, alega inconstitucionalidade do depósito recursal e nulidade do AI, argumentando não conformidade entre a conduta ilícita da recorrente com a tipificação imputada pela autoridade fiscal e existência de elementos suficientes para apreciação e apuração dos valores referentes às contribuições sociais.

Frisa que a alegação fiscal de que a recorrente deixou de apresentar documentos relacionados com as contribuições sociais é absolutamente improcedente e arbitrária, tendo em vista que toda a fiscalização se baseou nos livros e documentos fiscais apresentados pela própria recorrente.

Reitera que se quer pode se falar em prejuízo na apuração do eventual ilícito previdenciário porquanto o INSS possui todos os elementos necessários para a visualização, apreciação e apuração dos valores relacionados ao cálculo das contribuições sociais.

Entende que seria impossível que o fiscal de contribuições previdenciárias apurasse os créditos lançados em nome da recorrente sem que o mesmo tivesse as informações necessárias para desempenhar sua atividade de cobrança, a menos que a fizesse por arbitragem,

o que não seria válido, pois a recorrente possui meios suficientes para assegurar o desempenho regular do processo de fiscalização

Insiste em afirmar que, conforme demonstrado no próprio TEAF, a recorrente apresentou todos os documentos e informações solicitadas pela autoridade fiscal suficientes para visualização, apreciação e apuração dos valores relacionados ao cálculo das contribuições sociais.

Repete que o presente AI em nada menciona a negativa da recorrente em apresentar seus dados contábeis, mas tão somente ao fato de que os referidos arquivos não estavam em conformidade com o estipulado no Manual Normativo de Arquivos Digitais (MANAD), e que por esse motivo foi a recorrente autuada.

Sustenta que a mesma portaria que institui o referido procedimento digital relativamente à contabilidade da empresa não estabelece qualquer hipótese de penalidade em caso de seu descumprimento pelos contribuintes a que se dirige e, uma vez que inexistia previsão de sanção no mencionado texto normativo, arbitrária aplicação da multa à recorrente por não ainda não ter se adequadado ao disposto na referida portaria.

Informa que, apesar de a recorrente, quando da realização do procedimento fiscalizatório, tenha disponibilizado todos os documentos requeridos pelo o auditor responsável, vem no presente momento juntar cópia da folha de pagamento da denominada filial 102, no período de janeiro de 2001 a março de 2006, no que se refere aos discentes contratados e monitores pagos mensalmente, bem como os contratos de trabalho dos contratados das filiais 100 e 101 e recibos individuais de pagamentos, para assim se corrigir a falta erroneamente informada no AI e ter sua multa relevada, conforme o art. 291, do RPS.

Concluir reafirmando que o auto é nulo tendo em vista que todos os documentos requeridos durante a fiscalização foram devidamente apresentados, como atesta o TEAF, e que, ainda que não o fosse, restaram preenchidos todos os requisitos previstos no art. 291, parágrafo 1º do Decreto 3.048, de 1999, a empresa tem direito à exclusão da multa imposta.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Bernadete de Oliveira Barros - Relator

O recurso é tempestivo e todos os pressupostos de admissibilidade foram cumpridos.

Inicialmente, cumpre observar que o processo foi convertido em diligência, nos termos do despacho de fls. 2.959 (vol. X), resultando na Informação Fiscal de fls. 2.962, por meio do qual a autoridade autuante ratifica a autuação.

Observa-se, ainda, que o contribuinte não foi cientificado do resultado da diligência fiscal.

Porém, no caso presente, entendo que não restou configurado o cerceamento de defesa do autuado, pois a Informação Fiscal apenas esclarece que a documentação apresentada pela empresa em sede de defesa era a mesma que foi analisada pelas autoridades autantes durante a ação fiscal.

Ou seja, a fiscalização deixou claro que a recorrente não trouxe nenhum documento que já não tivesse sido objeto de análise durante a ação fiscal.

Assim, entendo que, nesse caso, a ausência da cientificação da Informação Fiscal ao contribuinte não implica inobservância ao contraditório e ao devido processo legal, pois foi assegurada a dupla instância administrativa para a defesa do autuado, não havendo que se falar em nulidade da decisão de primeira instância.

Dessa forma, passo à análise do recurso apresentado.

Preliminarmente, a recorrente alega inexigibilidade do depósito recursal.

De fato, plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar os Recursos Extraordinários ns. 390.513 e 389383, declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 126 da Lei n. 8.213/91, cujos acórdãos possuem a seguinte ementa:

“RECURSO ADMINISTRATIVO – DEPÓSITO - §§ 1º E 2º DO ARTIGO 126 DA LEI Nº 8.213/1991 – INCONSTITUCIONALIDADE. A garantia constitucional da ampla defesa afasta a exigência do depósito como pressuposto de admissibilidade de recurso administrativo.”

A situação acima aplica-se ao caso concreto e o efeito *erga omnes* somente se daria após a publicação de Resolução do Senado Federal conforme dispõe o inciso X do artigo 52 da Constituição Federal.

Portanto, com amparo no dispositivo artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria 256, de 22/06/2009, transcrito a seguir:

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

Dessa forma, acato a preliminar de inexigibilidade do depósito prévio.

Ainda preliminarmente, a recorrente alega nulidade do AI, argumentando não conformidade entre a conduta ilícita da recorrente com a tipificação imputada pela autoridade fiscal e existência de elementos suficientes para apreciação e apuração dos valores referentes às contribuições sociais.

No entanto, verifica-se que o auto foi lavrado de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam a matéria, tendo o agente autuante identificado, de forma clara e precisa, a obrigação acessória descumprida e os fundamentos legais da autuação e da penalidade, bem como demonstrado, de forma discriminada, o cálculo da multa aplicada.

Ao contrário do que afirma a recorrente, o fato que ensejou a autuação está descrito com clareza no Relatório Fiscal da Infração, estando a conduta ilícita da recorrente corretamente tipificada.

A autoridade lançadora deixou claro que o auto em tela foi lavrado por descumprimento da obrigação acessória de exhibir documentos e livros relacionados com as contribuições previdenciárias, ou por tê-los apresentado sem que atendam as formalidades exigidas, consoante à determinação contida no art. 33, § 2º, da Lei 8.212/91:

Art.33. (...)

*§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a **exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.** (grifei)*

Os artigos 232 e 233, do RPS dispõe que:

Art. 232. *A empresa, o servidor de órgão público da administração direta e indireta, o segurado da previdência social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante legal, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a **exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas neste Regulamento.***

Art. 233. *Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem*

devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.

Ao deixar de proceder dessa forma, incorreu em infração à legislação previdenciária.

Aliás, basta a não apresentação de apenas um documento relacionado com a contribuição previdenciária entre todos os solicitados pela fiscalização para que fique configurada a infração.

Assim, houve infração à legislação previdenciária.

Verifica-se, dos autos, que a recorrente não apresentou a folha de pagamento da filial 102 e nem os contratos de trabalho e os recibos individuais de pagamento do pessoal contratado das filiais 100 e 101.

Tais documentos eram necessários para se determinar a natureza dos serviços prestados e, por consequência, o enquadramento dos segurados, se empregados, estagiários ou contribuintes individuais.

A empresa deveria ter apresentado todos os documentos solicitados pela fiscalização, consoante à determinação contida no art. 33, §§ 2º e 3º, da Lei 8.212/91, transcrito acima.

No mérito, a autuada insiste em afirmar que entregou, tanto durante a ação fiscal como na impugnação, todos os documentos de que dispunha.

Contudo, não juntou, aos autos os documentos acima mencionados.

Cumprir observar que é obrigação de toda empresa exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previdenciárias, e não apenas aqueles documentos “de que dispõe”, como entende a recorrente.

Da mesma forma, não cabe ao contribuinte determinar quais são os documentos necessários à fiscalização.

É a legislação previdenciária que determina quais os documentos que as empresas estão obrigadas a apresentar, cabendo à autoridade fiscal exigí-los.

E, no caso presente, o agente lançador deixou claro os motivos pelos quais os documentos solicitados e não apresentados pela empresa eram imprescindíveis para os trabalhos fiscais.

O fato de a empresa entregar os documentos “de que dispunha” não a exime da obrigação legal a todos imposta.

Portanto, reitera-se, não cabe ao contribuinte, e sim à fiscalização, determinar quais os documentos são necessários para o labor fiscal.

A recorrente afirma que disponibilizou todos os documentos necessários a identificar o seu escorreito comportamento. No entanto, não apresentou aqueles documentos e livros apontados pela fiscalização, constante do TIAD

No mérito, a recorrente requer relevação da multa, pois entende que reúne todas as condições para tal, conforme estabelecido no art. 291, § 1º, do Decreto 3.048/99, e lista os documentos apresentados na impugnação que, conforme entende, corrige a falta.

Reafirma que não cometeu nenhuma irregularidade, pois todos os documentos exigidos no Auto de Infração foram apresentados no curso da ação fiscal, bem como juntados à impugnação.

No entanto, não comprova o alegado. Não juntou, aos autos, os documentos que pudessem dar amparo aos seus argumentos. O art. 333 do Código de Processo Civil estatuiu que o ônus da prova cabe a quem alega, ou seja, aquele que alega um fato é quem deve provar. A parte que não produz prova, convincentemente, dos fatos alegados, sujeita-se às consequências do sucumbimento, porque não basta alegar.

Para que a multa seja relevada é necessário o preenchimento de todos os requisitos previstos no §1º, do art. 291, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art.291

§ 1º A multa será relevada, mediante pedido dentro do prazo de defesa, ainda que não contestada a infração, se o infrator for primário, tiver corrigido a falta e não tiver ocorrido nenhuma circunstância agravante.

No presente caso, houve o pedido no prazo de defesa, não houve circunstância agravante e o infrator é primário.

Contudo, a recorrente não faz jus ao benefício solicitado por não ter havido a correção total da falta, pois o tipo de falta cometida pela autuada não é passível de correção com a apresentação de apenas parte dos documentos solicitados pela fiscalização.

A autuada sustenta que a mesma portaria que institui o procedimento digital relativamente à contabilidade da empresa não estabelece qualquer hipótese de penalidade em caso de seu descumprimento pelos contribuintes a que se dirige.

Porém, a Lei é clara ao estabelecer, no inciso III, do art. 32, que a empresa é obrigada a apresentar todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse do INSS e DRF, na forma por eles estabelecidas.

E o Órgão Previdenciário, por meio da Portaria MPS/SRP 058/2005, estabeleceu a forma em que devem ser apresentados as informações contábeis, o que deveria ter sido observado pela recorrente.

Portanto, como é obrigação de toda empresa apresentar todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previdenciárias, e apresentá-los na forma estabelecida nos normativos vigentes, e como não é facultado ao servidor público eximir-se de aplicar uma lei, a Autoridade Fiscal, ao constatar o descumprimento de obrigação acessória, lavrou corretamente o presente auto, em observância ao art. 33 da Lei 8212/99 e art. 293 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99:

Art.293. Constatada a ocorrência de infração a dispositivo deste Regulamento, a fiscalização do Instituto Nacional do Seguro Social lavrará, de imediato, auto-de-infração com discriminação clara e precisa da infração e das circunstâncias em que foi praticada, dispositivo legal infringido e a penalidade aplicada e os critérios de sua gradação, indicando local, dia, hora de sua lavratura, observadas as normas fixadas pelos órgãos competentes.

Nesse sentido,

CONSIDERANDO tudo o mais que dos autos consta;

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso para, no mérito, **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros- Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Damião Cordeiro De Moraes, Redator designado.

DA NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA

1. Peço **venia** a douta relatora para divergir do seu voto em relação à preliminar de nulidade da decisão recorrida.

2. Consta do processo que houve a realização de uma diligência para que o auditor esclarecesse alguns pontos da autuação, conforme informação fiscal e despacho acostados aos autos às fls. 2.959 e 2962. Ocorre que o contribuinte não foi cientificado sobre a importante movimentação processual ocorrida antes da decisão do fisco, que referendou o lançamento.

3. E no meu entender, os documentos trazidos pelo fisco deveriam ser disponibilizados ao contribuinte, antes da decisão de primeira instância, a fim de possibilitar a ampla defesa e o contraditório, visto que a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, assevera claramente:

*“Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, **ampla defesa**, **contraditório**, segurança jurídica, interesse público e eficiência.”*

4. E o prejuízo para a defesa da empresa é patente, visto que somente na segunda instância teve efetivamente a oportunidade de se defender dos fatos e documentos trazidos pelo

fisco na primeira fase processual, em consequência do erro processual causado pela própria administração tributária e que resultou no cerceamento do direito de defesa do contribuinte.

5. Por sua vez, o Decreto n.º 70.235/72 é claro no sentido de que são nulos os despachos e decisões proferidos com preterição do direito de defesa. Com efeito, a inobservância das formalidades legais no decorrer do processo administrativo acarreta a nulidade da decisão vergastada por vício formal.

6. Sendo assim, meu voto é pela nulidade da decisão de primeira instância por vício formal.

É como voto.

Damião Cordeiro de Moraes