



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

Processo n° 15954.000099/2007-22
Recurso n° 257.270 Voluntário
Acórdão n° **2302-01.521 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária**
Sessão de 02 de dezembro de 2011
Matéria Auto de Infração. Obrigações Acessórias em Geral.
Recorrente STD INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE EQUIPAMENTOS LTDA
Recorrida DRJ - RIBEIRÃO PRETO SP

Assunto: Obrigações Acessórias

Data do fato gerador: 26/10/2006

Ementa: INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

GRUPO ECONÔMICO. CARACTERIZAÇÃO. RELATÓRIO SUFICIENTE.

De fato existe o grupo econômico, conforme demonstrado por meio do relatório fiscal. As autuadas estão integradas operacionalmente, possuem o quadro social constituído pelas mesmas pessoas físicas, possuem administração em comum. Ocorreram transações comuns por meio da utilização de recursos materiais, financeiros e humanos; conforme demonstrado no relatório fiscal. Também ocorreu movimentação de empregados entre as empresas.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade foi negado provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o julgado.

Marco André Ramos Vieira - Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Marco André Ramos Vieira (Presidente), Liege Lacroix Thomasi, Arlindo da Costa e Silva, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Júnior e Eduardo Augusto Marcondes de Freitas.

Relatório

A empresa foi autuada por deixar de prestar à fiscalização previdenciária todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis de interesse do mesmo, na forma por ele estabelecida, bem como os esclarecimentos necessários à fiscalização, infringindo o disposto no Artigo 32, inciso III, da Lei 8.212/91., conforme fls. 23 a 24.

Inconformada, a autuada apresentou impugnação no prazo normativo, fls. 866 a 894.

Foi comandada diligência fiscal para verificação da correção da falta, fls. 1.417. A fiscalização prestou informações às fls. 1.425. Cientificada do resultado da diligência, a autuada manifestou-se às fls. 1.432 e 1.433.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento emitiu a Decisão de fls. 1.441 a 1.483, mantendo a autuação na integralidade.

Inconformada com a decisão, a autuada interpôs recurso voluntário, fls. 1.493 a 1.527. Alega em síntese que:

- a) O indeferimento da prova pericial cerceou o direito de defesa do contribuinte;
- b) É necessária a realização de perícia em virtude da limitação temporal da existência do grupo econômico;
- c) Deve ser relevada a multa aplicada;
- d) Não existe grupo econômico;
- e) É inconstitucional o art. 30, inciso XI da Lei n 8.212 de 1991;
- f) Requerendo provimento ao recurso interposto.

A solidária Smar Comercial interpôs recurso, fls. 1.529 a 1.534. Alegando em síntese:

- g) É nula a decisão por indeferir o pedido de perícia;
- h) Não existe o grupo econômico;

A solidária Smar Equipamentos Industriais interpôs recurso, conforme fls. 1.535 a 1.548; alegando em síntese:

- i) É nula a decisão por indeferir o pedido de perícia;
- j) Não foram discriminados os segurados na NFLD;

k) Não existe o grupo econômico;
Não foram apresentadas contrarrazões.
É o relato suficiente.

Voto

Conselheiro Marco André Ramos Vieira, Relator

Os recursos foram interpostos tempestivamente, conforme informação à fls. 1.567. Pressuposto superado, passo ao exame das questões preliminares ao mérito.

Quanto ao argumento de que houve cerceamento de defesa, pois foi julgado o processo administrativo sem oportunizar à recorrente a produção de provas pelas quais expressamente protestou; não lhe assiste razão.

A recorrente não tem que protestar pelas provas documentais no processo administrativo, mas sim tem que produzi-las. Como as demonstrações das alegações são provas documentais, as mesmas tem que ser colacionadas na peça de defesa, no processo judicial tal procedimento não é distinto, pois cabe ao autor juntar na exordial as provas, assim como ao réu colacioná-las na contestação, sob pena de preclusão.

Quanto à prova pericial a mesma tem que ser requerida na peça inaugural da defesa, conforme disposição expressa no regulamento do Processo Administrativo.

De acordo com o disposto no art. 9º, IV da Portaria MPAS n.º 520/2004, são requisitos da perícia, nestas palavras:

Art. 9º A impugnação mencionará:

I - a autoridade julgadora a quem é dirigida;

II - a qualificação do impugnante;

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

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 A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

b) refira-se a fato ou a direito superveniente;

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

§ 2º A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do parágrafo anterior.

§ 3º Caso já tenha sido proferida a decisão, os documentos apresentados permanecerão nos autos para, se for interposto recurso, serem apreciados pelo Conselho de Recursos da Previdência Social.

§ 4º A matéria de fato, se impertinente, será apreciada pela autoridade competente por meio de Despacho ou nas contra-razões, se houver recurso.

§ 5º A decisão deverá ser reformada quando a matéria de fato for pertinente.

§ 6º Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada.

§ 7º As provas documentais, quando em cópias, deverão ser autenticadas, por servidor da Previdência Social, mediante conferência com os originais ou em cartório.

§ 8º Em caso de discussão judicial que tenha relação com os fatos geradores incluídos em Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ou Auto de Infração, o contribuinte deverá juntar cópia da petição inicial, do agravo, da liminar, da tutela antecipada, da sentença e do acórdão proferidos.

No presente caso, não houve o preenchimento dos requisitos exigidos para realização da perícia, assim considera-se não formulado tal pedido. Desse modo, pode a autoridade julgadora indeferir o pleito da recorrente, sem ferir o princípio da ampla defesa. Nesse sentido, segue o teor do art. 11º da Portaria MPAS n º 520/2004:

Art. 11 A autoridade julgadora determinará de ofício ou a requerimento do interessado, a realização de diligência ou perícia, quando as entender necessárias, indeferindo, mediante despacho fundamentado ou na respectiva Decisão-Notificação, aquelas que considerar prescindíveis, protelatórias ou impraticáveis.

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 9º.

§ 2º O interessado será cientificado da determinação para realização da perícia por meio de Despacho, que indicará o procedimento a ser observado.

No mesmo sentido dispõe o Decreto n º 70.235/1972 sobre o processo administrativo fiscal, sendo aplicado subsidiariamente no processo administrativo no âmbito do INSS, nestas palavras:

Art. 17. A autoridade preparadora determinará, de ofício ou a requerimento do sujeito passivo, a realização de diligência, inclusive perícias quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.

Parágrafo único. O sujeito passivo apresentará os pontos de discordância e as razões e provas que tiver e indicará, no caso de perícia, o nome e o endereço do seu perito.

Art. 18. A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícias, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis, observando o disposto no art. 28, in fine. (Redação dada pelo art. 1º da Lei nº 8.748/93)

(...)

A Portaria MPAS n.º 520/2004 é a que regulamentava o processo administrativo fiscal no âmbito do INSS, conforme autorização expressa no art. 304 do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999 e alterações, nestas palavras:

Art.304. Compete ao Ministro da Previdência e Assistência Social aprovar o Regimento Interno do Conselho de Recursos da Previdência Social, bem como estabelecer as normas de procedimento do contencioso administrativo, aplicando-se, no que couber, o disposto no Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972, e suas alterações.

Como se percebe, a Portaria n.º 520 surgiu em virtude da previsão expressa no Regulamento da Previdência Social, que transferiu a competência para o Ministério da Previdência Social regulamentar a matéria. Dessa forma, está perfeitamente compatível com o ordenamento jurídico. E como demonstrado, o assunto acerca de perícias e diligências está tratado da mesma maneira no Decreto n.º 70.235/1972.

A necessidade de o requerimento da perícia ter que constar na peça de impugnação não fere a ampla defesa, pois no processo judicial, rito sumário, os quesitos da perícia tem que constar na petição inicial, bem como na contestação.

Desse modo, caso houvesse algum erro cometido pela recorrente na elaboração, tanto das folhas de pagamento, como da contabilidade, caberia à notificada a demonstração da fundamentação de seu erro. A notificada teve oportunidade de demonstrar que os valores apurados pela fiscalização, e por ela própria declarados em contabilidade não condizem com a realidade na fase de impugnação e agora na fase recursal, mas não o fez. Alegar sem provar é o mesmo que não alegar.

De acordo com os princípios basilares do direito processual, cabe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, por sua vez, cabe à parte adversa a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. A Previdência Social provou a existência do fato gerador, com base nos documentos elaborados pela recorrente.

No presente caso, a perícia é despicienda; pois toda a matéria probatória já consta nos autos. E como já afirmado, caberia à parte adversa, no caso o contribuinte, a contraprova.

Quanto ao cabimento da relevação da multa teço a seguinte análise. A relevação prevista no art. 291, § 1º do RPS necessita dos seguintes requisitos:

- I. Pedido no prazo de defesa, mesmo que não contestada a infração;
- II. Primariedade do infrator;
- III. Correção da falta até a decisão do INSS;
- IV. Sem ocorrência de circunstância agravante.

Art.291. Constitui circunstância atenuante da penalidade aplicada ter o infrator corrigido a falta até a decisão da autoridade julgadora competente.

§ 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.

A relevação não é faculdade da autoridade administrativa, uma vez o infrator atendendo aos requisitos do art. 291, § 1º do RPS, quais sejam: primariedade do infrator; correção da falta e sem ocorrência de circunstância agravante; surge para a autoridade o dever de relevar a multa. Contudo, essa autoridade não pode agir de ofício, é necessária a provocação da parte.

Analisando os requisitos e os autos, verifica-se que não houve a correção da falta até a decisão do órgão previdenciário de primeira instância administrativa. O atuado não demonstrou por meio de documentação a correção das faltas, conforme informação fiscal à fl. 1.425.

Assim, fica demonstrada a necessidade de ser identificada de maneira correta cada etapa processual, para fins de definição dos direitos que assistem aos contribuintes. Caso não seja exercido no tempo correto há a preclusão do direito.

A atenuação e a relevação da multa são benefícios concedidos ao infrator, sendo uma contrapartida oferecida pela legislação previdenciária. Caso esse infrator corrija a falta, ficará responsável por um débito de menor valor, caso atenda aos demais requisitos a multa será relevada. Uma vez sendo em benefício do infrator, é necessário que este atenda aos requisitos exigidos pela Previdência Social e na forma pelo órgão estabelecida, traduzida no Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto n º 3.048/1999.

Corroborando esse entendimento foi publicado o Parecer CJ/MPS n º 3.194/2003, que assim dispõe:

23. Ante o exposto, este membro da Advocacia-Geral da União, por meio desta Consultoria Jurídica, manifesta-se no seguinte sentido:

a) o pedido de relevação da multa - previsto no art. 291, § 1º, do Regulamento da Previdência Social - deve ser feito no prazo de impugnação ao auto de infração lavrado pela fiscalização do INSS;

b) a autoridade julgadora competente referida no caput do art. 291, citado, é aquela integrante dos quadros da autarquia previdenciária - INSS.

c) a multa somente será relevada na hipótese de o infrator ter corrigido a falta até decisão originária, ou seja, do órgão próprio do INSS. (grifei)

Não tendo sido corrigida a falta é impossível juridicamente a relevação da multa.

Ao contrário do afirmado pela recorrente, o Fisco não possui obrigação de apreciar inconstitucionalidade. Não há possibilidade para a autoridade administrativa recursar o cumprimento de norma supostamente inconstitucional.

Toda lei presume-se constitucional e, até que seja declarada sua inconstitucionalidade pelo órgão competente do Poder Judiciário para tal declaração ou exame da matéria, deve o agente público, como executor da lei, respeitá-la.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Conforme expressamente previsto no art. 26-A do Decreto n 70.235 de 1972, na redação conferida pela Lei n 11.941 de 2009, no âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

De acordo com a Súmula n º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

De fato existe o grupo econômico, conforme demonstrado por meio do relatório fiscal às fls. 25 a 45, e documentos juntados pela fiscalização. As autuadas estão integradas operacionalmente, possuem o quadro social constituído pelas mesmas pessoas físicas, possuem administração em comum. Ocorreram transações comuns por meio da utilização de recursos materiais, financeiros e humanos; conforme demonstrado no relatório fiscal. Também ocorreu movimentação de empregados entre as empresas. A fiscalização trouxe farta documentação demonstrando a existência do grupo econômico.

O argumento de que não teriam sido discriminados os segurados na NFLD; não guarda relação com o presente auto de infração, que refere-se ao descumprimento de obrigação acessória, não apresentação de notas fiscais. Além do mais, tal argumento não foi apresentado em primeira instância, tendo sido atingido pela preclusão. Conforme expressamente previsto no art. 17 do Decreto n º 70.235 na redação conferida pela Lei n º 9.532 de 1997, considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

De acordo com o previsto no inciso III do art. 16 do Decreto n º 70.235, a impugnação deve conter os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir.

A redação do art. 17 do Decreto n ° 70.235 retrata o disposto no art. 302 do CPC, nestas palavras:

Art. 302. Cabe também ao réu manifestar-se precisamente sobre os fatos narrados na petição inicial. Presumem-se verdadeiros os fatos não impugnados, salvo:

I - se não for admissível, a seu respeito, a confissão;

II - se a petição inicial não estiver acompanhada do instrumento público que a lei considerar da substância do ato;

III - se estiverem em contradição com a defesa, considerada em seu conjunto.

Parágrafo único. Esta regra, quanto ao ônus da impugnação especificada dos fatos, não se aplica ao advogado dativo, ao curador especial e ao órgão do Ministério Público.

Desse modo, analisando em conjunto o Decreto n ° 70.235 e o CPC, o sujeito passivo tem o ônus da impugnação específica, e caso esta não seja efetuada, considerar-se-ão verdadeiros os fatos apontados pela fiscalização federal. Além de gerar a preclusão processual, não podendo ser alegada a matéria em grau de recurso, em função da exigência prevista no art. 16, inciso III do Decreto n ° 70.235. No mesmo sentido é do disposto no art. 473 do CPC, aplicado subsidiariamente no processo administrativo tributário, em que se proíbe à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão. Assim, todas as alegações devem ser concentradas na impugnação, que é a primeira oportunidade que o sujeito passivo possui para se manifestar nos autos do processo administrativo.

No primeiro momento oportuno para se manifestar nos autos, a parte tem o ônus de impugnar toda a matéria.

Entretanto, há matérias que independentemente de arguição pelo sujeito passivo na impugnação podem ser conhecidas de ofício pelo órgão julgador. São elas: a relativa a direito superveniente, surgida somente após a impugnação, ou no corpo da decisão de primeiro grau; ou as relativas às questões que o julgador pode conhecer de ofício como a decadência e os pressupostos processuais; ou às questões que envolvam nulidade absoluta, que são aquelas não passíveis de convalidação.

As nulidades absolutas no processo administrativo estão previstas no art. 59 do Decreto n ° 70.235 de 1972, nestas palavras:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Fora das hipóteses do art. 59 do Decreto nº 70.235, as demais irregularidades serão sanadas apenas se resultarem prejuízo ao sujeito passivo, e desde que tenham sido arguidas pelo sujeito passivo, pois caso contrário haverá preclusão, na forma do art. 17 do Decreto nº 70.235.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Conforme previsto no art. 61 do Decreto nº 70.235, a nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. Assim, pode o Conselho de Contribuintes como órgão julgador da legitimidade do lançamento fiscal reconhecer a nulidade absoluta, o que não ocorreu in casu.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, CONHEÇO do recurso voluntário, para no mérito NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Marco André Ramos Vieira