



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

Processo nº 35232.000457/2007-50
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2803-00.531 – 3ª Turma Especial
Sessão de 15 de março de 2011
Matéria AUTO DE INFRAÇÃO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS EM GERAL
Recorrente HOSPITAL DO CORAÇÃO DE NATAL LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL.

ASSUNTO: OBRIGAÇÕES ACESSÓRIAS

Data do fato gerador: 14/02/2007

AUTO DE INFRAÇÃO. OMISSÃO DE FATO GERADOR EM GFIP.

AUTO DE INFRAÇÃO. CERCEAMENTO DE DEFESA. PERÍCIA DESNECESSIDADE. REJEIÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. NULIDADE. VICIO FORMAL. RECONHECIMENTO. LANÇAMENTO ANULADO.

Recurso Voluntário Provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) relator(a), vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Helton Carlos Praia de Lima e Oséas Coimbra Junior

(Assinado digitalmente).

Helton Carlos Praia de Lima. -Presidente

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira. - Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Helton Carlos Praia de Lima, Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amílcar Barca Teixeira Júnior, Gustavo Vettorato.

Relatório

O presente Auto de Infração – AI – DEBCAD 37.053.996-6, CFL.34, deixar de lançar em títulos próprios de sua contabilidade, de forma, discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, o montante das quantias descontadas, as contribuições da empresa e os totais recolhidos, com período de apuração de 05/2002 a 08/2006, conforme Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, de fls. 08, objetiva a aplicação de penalidade por infração a dever instrumental, determinado por lei.

O sujeito passivo foi cientificado da autuação, em 14/02/2007, Folha de Rosto do Auto de Infração – FR, fls. 01.

O contribuinte apresentou sua defesa/impugnação, em 01/03/2007, as fls. 16 a 22, a qual foi acompanhada dos documentos, de fls. 23 a 42.

A defesa foi considerada tempestiva, fls. 43.

O órgão julgador de primeiro grau emitiu a Decisão-Notificação – DN Nº 18.401.4/0065/2007, fls. 44 a 50, em 26/03/2007. Na qual a autuação foi considerada procedente.

O contribuinte tomou conhecimento desse decisório, em 17/04/2007, AR, fls. 58.

Irresignado o contribuinte impetrou o Recurso Voluntário, fls. 56 a 70, onde alega em síntese.

- Preliminarmente –
- Que o recurso é tempestivo;
- Que o depósito recursal é inconstitucional;
- Que na decisão guerreada o julgador alegou não poder tecer comentários sobre a inconstitucionalidade de normas e nem tão pouco sobre a desproporcionalidade da multa;
- Que os requisitos para a realização de perícia não foram cumpridos, indeferindo a mesma e isto caracteriza cerceamento de defesa;
- Que o contribuinte não concorda com a decisão de primeiro grau e interpõe o presente recurso para que o CRPS declare a improcedência da notificação;

- Mérito –
- Que o auto é insubsistente, pois o agente autuante não detalhou a situação, tendo sido feito o lançamento das rubricas apontadas, que se existente a irregularidade, este já resta sanada;
- Que a multa aplicada é arbitrária, excessiva, não gradual e confiscatória, que impossibilita a atividade econômica e prejudica os investimentos na empresa;
- Que não ocorrem irregularidades, mas se por acaso existissem foram corrigidas antes do fim do prazo de impugnação, o que outra ação fiscal pode comprovar ou a realização de perícia;
- Que das peças do auto não se verifica as irregularidades mencionadas pela fiscalização, sendo que o contribuinte é primário e não houve agravantes apuradas no AI;
- Que todas as falhas foram sanadas e corrigidas, antes do encerramento do prazo de impugnação, que perícia técnica nos documentos, arquivos e micro-computadores da empresa, podem provar isso, razão pela qual se requer a produção de tal prova, sendo cerceamento de defesa a sua negativa;
- Que a infração cometida é de pequena monta e já foi sanada e que assim a multa é desproporcional, irrazoável e descabida, além de não se poder fixar o limite legal por faltar o número de funcionários;
- Que a multa assume caráter confiscatório, vedado pela CF, sendo interdição à injusta apropriação do patrimônio, rendimentos ou capital financeiro;
- Que esta não pode comprometer o exercício do direito a existência digna, a prática de atividade ou a satisfação das necessidades básicas, pelo excesso de carga tributária; ainda, que em razão de multa excessiva;
- Que a autuada faz jus a relevação da multa, pois presentes todos os requisitos, primariedade; ausência de agravantes, pedido de relevação e correção da falta realizados dentro do prazo de impugnação;
- Que alternativamente faz a autuada jus a atenuação da multa, pois corrigiu a falta, dentro do prazo de impugnação;
- Que na apuração do *quantum debeatur* o agente não informou de forma plena e eficaz como tais valores foram apurados, sequer informou o número de trabalhadores considerados;
- Que os demonstrativos analíticos e sintéticos não demonstram a forma como se chegou nos valores, nem o número de funcionários, o que torna o auto insubsistente;

-
- Que o contribuinte sempre atendeu a todas as solicitações do fisco, que não teve a intenção de fraudar ou lesar a este, o que prova sua boa-fé;
 - Que ocorreram apenas equívocos já sanados, ou, equívoco da própria fiscalização;
 - Finaliza pedindo: a) declaração de improcedência do AI; b) não acolhido o pleito anterior, que sejam afastados: a multa arbitrária e desproporcional; juros moratórios além de 1% am; taxa SELIC; anatocismo; c) recebimento do recurso sem o depósito.

A alegações quanto ao juros moratórios; taxa SELIC e anatocismo não serão aqui resumidas, o que se explicará no voto.

Consta, dos autos, as fls. 99 a 103, sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2 para que os recursos administrativos sejam processados sem a exigência do depósito recursal.

Os autos subiram ao Segundo Conselho de Contribuintes, fls. 111.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, em 11/05/2007, conforme, fls. 55 e 56, uma vez que o contribuinte foi cientificado da decisão de primeiro grau, em 17/04/2007, AR, fls 52. No que tange ao depósito recursal a empresa não o realizou, mas está amparado por sentença de procedência no MS 2007.84.00.003216-2, fls. 108 a 112.

A tempestividade do recurso foi reconhecida.

Quanto ao depósito recursal, ainda, que necessário a época da impetração do recurso voluntário, hoje este não mais vige, uma vez que revogado pela MP 413/2008, convertida na Lei 11.727/2008. Ainda, que se alegue que tal condição deva ser averiguada tendo como marco a data da interposição do recurso, tenho para mim que tal exigência estava com os dias contados, basta ver a ADIN 1976-7, que exclui do Decreto 70.235/72, tal exigência, acrescentada pela Lei 10.522/2002. Neste diapasão temos, também, a Súmula Vinculante nº 21 do STF, ou seja, se não tivesse sido revogado tal depósito na seara previdenciária fatalmente este acabaria declarado inconstitucional, sendo inexigível desde a origem.

Não fosse esses argumentos suficientes o Regimento Interno do CARF Portaria MF 256/2009, em seu artigo 62, parágrafo único, inciso I, do Anexo II, estabelece que:

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;

Assim, verifico no caso a possibilidade do afastamento desta exigência, uma vez que em RE, conforme abaixo transcrito o STF já reconheceu a inconstitucionalidade do artigo 126, §§ 1º e 2º, da Lei 8.213/91, senão vejamos:

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. (RE 389383, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno**, julgado em 28/03/2007, DJe-047 DIVULG 28-06-2007 PUBLIC 29-06-2007 DJ 29-06-2007 PP-00031 EMENT VOL-02282-08 PP-01625 RDDT n. 144, 2007, p. 235-236. (grifos neste).

Tal decisão transitou em julgado em 14/09/2007, conforme resumo de andamento do processo, consultado no site do STF. Desta forma, e tendo em vista os princípios da isonomia e da segurança jurídica, bem como em razão da decisão judicial, admito o presente recurso.

Na seara do contencioso administrativo os órgãos julgadores estão limitados em sua atividade cognitiva, assim, certas matérias lhe são vedadas o conhecimento, a exemplo:

NO PRIMEIRO GRAU.

PORTARIA RFB Nº 10.875, DE 16 DE AGOSTO DE 2007 - DOU DE 24/08/2007

Art. 18. É vedado à autoridade julgadora afastar a aplicação, por inconstitucionalidade ou ilegalidade, de tratado, acordo internacional, lei, decreto ou ato normativo em vigor, ressalvados os casos em que:

I - tenha sido declarada a inconstitucionalidade da norma pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em ação direta, após a publicação da decisão, ou pela via incidental, após a publicação da resolução do Senado Federal que suspender a sua execução;

II - haja decisão judicial, proferida em caso concreto, afastando a aplicação da norma, por ilegalidade ou inconstitucionalidade, cuja extensão dos efeitos jurídicos tenha sido autorizada pelo Presidente da República ou, nos termos do art. 4º do [Decreto nº 2.346, de 10 de outubro de 1997](#), pelo Secretário da Receita Federal do Brasil ou pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional.

NO SEGUNDO GRAU.

PORTARIA MF Nº 256, DE 22 DE JUNHO DE 2009

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

II - que fundamente crédito tributário objeto de:

a) dispensa legal de constituição ou de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, na forma dos arts. 18 e 19 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002;

b) súmula da Advocacia-Geral da União, na forma do art. 43 da Lei Complementar nº 73, de 1993; ou

c) parecer do Advogado-Geral da União aprovado pelo Presidente da República, na forma do art. 40 da Lei Complementar nº 73, de 1993.

(grifos meus).

Equivoca-se a recorrente ao argüir cerceamento de defesa pelo indeferimento do pedido de perícia, pois este pode ser rejeitado, caso o perícia seja desnecessária ou protelatória, bem como o seu pedido não preenche os requisitos legais. A jurisprudência é forte nesta vertente. Assim rejeita-se esta preliminar.

HABEAS CORPUS. ART. 19, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 7.492/1986. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL. PACIENTE ABSOLVIDO. PEDIDO PREJUDICADO. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL REQUERIDA NA DEFESA PRELIMINAR E NA FASE DO ART. 499 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DECISÃO FUNDAMENTADA. RAZOABILIDADE. 1. Diante da notícia de que um dos pacientes foi absolvido na ação penal de que aqui se cuida, o writ mostra-se prejudicado quanto a ele. 2. É pacífico o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal de que o deferimento de prova pericial e de diligências na fase do art. 499 do Código de Processo Penal está condicionado à avaliação de sua conveniência, cabendo ao julgador aferir, em cada caso, dentro da esfera de discricionariedade, a real necessidade da medida para a formação de sua convicção. 3. Não há que falar em cerceamento de defesa se o indeferimento da realização da perícia está suficientemente justificado, de forma razoável, notadamente pela possibilidade de a defesa produzir provas diversas capazes de atingir o fim almejado com a perícia, assim também pela existência de outros elementos de convicção hábeis a comprovar a prática do delito, não evidenciado qualquer constrangimento ilegal. 4. Habeas corpus julgado prejudicado quanto a a Flávio Antônio Bonet e denegado em relação a Cezar Antônio Bonet. (HC 200601141456, PAULO GALLOTTI, STJ - SEXTA TURMA, 30/06/2008)

(grifo meu).

Os contribuintes de uma forma geral têm o livre exercício e arbítrio para concordarem ou não com o que bem entenderem, sendo sua prerrogativa pessoal.

O agente fiscal autuante deixou claro e demonstrou de forma objetiva que o não lançamento das notas fiscais/fatura da cooperativa de trabalho em título próprios da contabilidade foi o que ensejou a atuação, conforme REFISC, de fls. 11 e 12, basta ler a passagem abaixo transcrita.

O montante das contribuições sociais devidas e não lançadas em títulos próprios referem se aos serviços contratados com a ANÁLISE COOPERATIVA DE MULTISERVIÇOS E

*PLANEJAMENTO-CNPJ 02.890.509/0001-82 conforme Notas
Fiscais de prestação de serviço discriminadas abaixo:*

Sendo incabível e impertinente tal alegação. A correção da falta precisa ser demonstrada a recorrente nada juntou a estes autos, visando tal demonstração a simples alegação da correção da falta, não tem o condão de prova.

A multa aplicada decorre exclusivamente de culpa do contribuinte que deixou de cumprir com sua obrigação legal da forma estabelecida. A multa não é excessiva, pois aplicada no valor estipulado pelo legislador federal, a quem compete constitucionalmente fazer juízo de valor e estipular o limite da multa. Não pode o empresário querer investir em sua atividade com o dinheiro do contribuinte e o risco da atividade econômica deve ser por este suportado e não pela sociedade, pois os lucros aquele não divide com esta.

Quanto a ocorrência da falta as alegações do contribuinte são no mínimo alto excludentes, pois ou não ocorreram, ou ocorreram e foram corrigidas, mas sua alegação de que se caso ocorridos foram sanadas é intrigante, como ele corrigiu um erro que não aconteceu, em sua palavras. A ação fiscal não é meio de verificação das obrigações do contribuinte após este ter sido fiscalizado o pedido de perícia já foi analisado e rejeitado. A autoridade julgadora de primeiro grau deixou claro que a falta não foi corrigida.

Ressalte-se que, embora alegada, não foi comprovada a correção da falta objeto do presente auto, já que a defendente não apresentou a correta escrituração contábil nem ao AFPS durante a ação fiscal, nem a esta Seção de Contencioso dentro do prazo de defesa. Assim, não foram atendidos todos os requisitos cumulativamente exigidos no Regulamento da Previdência Social para a concessão da relevação total do valor da multa aplicada, ou mesmo da sua atenuação em cinquenta por cento, de acordo com o seu art. 291, caput e §1º, abaixo transcrito:

O contribuinte tem o dever, segundo artigo 16, § 4º, do Decreto 70.235/72 de apresentar as provas de suas alegações junto com a impugnação sob pena de preclusão, salvo exceções. Assim não o fazendo perdeu a oportunidade.

Da análise dos elementos do auto de infração em especial o REFISC, de fls. 11 e 12, não encontramos a necessária e vital ligação entre as afirmações do agente lançador com os elementos de provas nas quais embasadas suas constatações e afirmações. Assim, nesta seara a argumentação do contribuinte de que as peças constantes do auto não dão suporte a comprovação da irregularidade afirmada como existente pela fiscalização encontra ressonância.

O agente fiscal bem descreveu que a falta é o não lançamento das notas da cooperativa em títulos próprios da contabilidade. No entanto, não diz em qual livro contábil foi constatada tal omissão diário, razão ou outro qualquer, qual o número do livro, quais folhas foram examinadas, qual é o ano do livro se o livro preenche os requisitos intrínsecos e extrínsecos, entre outros.

No que tange ao lançamento é obrigação do fisco provar o seu direito, conforme norma abaixo colacionada, do Decreto 70.235/72.

Art. 9º A exigência de crédito tributário, a retificação de prejuízo fiscal e a aplicação de penalidade isolada serão formalizadas em autos de infração ou notificação de lançamento, distintos para cada imposto, contribuição ou penalidade, os quais deverão estar instruídos com todos os termos, depoimentos, laudos e demais elementos de prova indispensáveis à comprovação do ilícito.

(grifo meu)

É cediço que o agente fiscal tem presunção de legitimidade em sua atuação, mas dos atos administrativos devem contar os requisitos mínimos de validade, e o lançamento fiscal é um ato administrativo, artigo 142, do CTN.

A motivação é um dos requisitos necessários ao lançamento e assim diz a doutrina “Denomina-se motivação a exposição ou a indicação por escrito dos fatos ou dos fundamentos jurídicos do ato”¹, este Conselho, assim, já se pronunciou sobre a matéria.

*Assunto: Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural - ITR
Exercício: 1999 PROCESSUAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DECISÃO. FUNDAMENTAÇÃO. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses. Os elementos probatórios deverão ser considerados na motivação do relatório e a decisão. Somente poderão ser recusadas, mediante decisão fundamentada, as provas propostas pelos interessados quando sejam ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias. Inteligência dos §§ 2º e 3º, do art. 38, da Lei nº 9.784/99. PROCESSO ANULADO. 302-39254 Rosa Maria de Jesus da Silva Costa de Castro Segunda Câmara/Terceiro Conselho de Contribuintes 29/01/2008.*

(grifo meu).

Ficou claro que faltou a necessária correlação entre o que foi apurado e sua base probatória, o que leva a nulidade do lançamento por vício formal. Desta maneira, pode o ente fiscal se entender necessário promover a substituição do lançamento.

As demais teses e argumentos do recurso do contribuinte não serão mais sopesadas em função do reconhecimento da nulidade do lançamento.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por CONHECER DO RECURSO, porém afastando as preliminares suscitadas, para no mérito **DAR-LHE PROVIMENTO**, reconhecendo a nulidade do lançamento por ausência de prova do fato alegado pela fiscalização. Entretanto, em razão do vício ser de natureza formal tem a autoridade fiscal, a seu exclusivo critério, a possibilidade de promover novo lançamento, se entender necessário, oportuno e cabível.

(Assinado digitalmente).

Eduardo de Oliveira.