



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

Processo nº 10680.008735/2007-16
Recurso nº 252.636 Voluntário
Acórdão nº 2301-01.902 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de março de 2011
Matéria Construção Civil: Responsabilidade Solidária. Empresas em Geral
Recorrente M M ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
Recorrida DRP EM BELO HORIZONTE - MG

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2002 a 31/08/2006

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RESULTADO DE DILIGÊNCIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE.

Em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como das disposições legais aplicáveis ao processo administrativo fiscal, deve o contribuinte ser intimado do resultado de diligência requerida pela fiscalização antes de proferido o acórdão de primeira instância, sob pena de nulidade.

Processo Anulado.

Aguardando Nova Decisão.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do Relator.

(assinado digitalmente)

Marcelo Oliveira - Presidente.

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silverio, Leoncio Nobre de Medeiros, Damiao Cordeiro de Moraes, Mauro Jose Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

1. Trata-se de recurso voluntário interposto pela empresa M M ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO LTDA contra decisão de primeira instância que julgou procedente em parte o lançamento fiscal correspondente a contribuições devidas à Seguridade Social e a Terceiros incidentes sobre a remuneração paga ou creditada aos segurados que lhe prestaram serviço nas obras de construção do Centro de Formação Profissional do SENAC/MG e de reforma do Hotel Grogotó em Barbacena, no período de 07/2002 a 08/2006.

2. Segundo informações constantes no relatório fiscal, o contribuinte deixou de informar a mão-de-obra de 12 (doze) trabalhadores no mês 07/2002 e de 17 (dezesete) trabalhadores em 12/2002. (fls. 34/35)

3. O Serviço de Contencioso Administrativo, em 04.01.2007, estabeleceu o encaminhamento dos autos para diligência fiscal, tendo em vista que não constava no processo o Discriminativo Analítico do Débito – DAD, parte integrante e obrigatória da NFLD. (fl. 341)

4. Após, foi juntada informação fiscal (fls. 342/352) que determinou a retificação do débito da NFLD, tomando como base de cálculo das contribuições, os valores constates na coluna “MO considerada” da planilha do anexo 2 (fls. 358).

5. Antes da retificação, adveio a decisão que restou ementada nos termos abaixo:

“CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AFERIÇÃO INDIRETA.

Se a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento ou do lucro, serão apurados por aferição indireta as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Lançamento Procedente em Parte.”

6. Em suas razões, a empresa aduziu, em síntese, as seguintes argumentações:

a) preliminarmente, a inaplicabilidade da IN-INSS-DC 100 de 18/12/2003 e IN-SRP n.º 03 de 14/03/2005, a fatos geradores de 12/2002 e fevereiro/2003 (CTN 144);

b) ausência de previsão legal para o arrolamento ou depósito de 30% do valor do débito para recorrer;

c) no mérito, que o auditor fiscal não cumpriu os elementos essenciais e cumulativos para homologação do crédito;

d) não ocorreu o fato gerador para lançamento suplementar nas matérias apontadas como infringidas na NFLD;

- e) há coincidência entre os registros contábeis e fiscais com a contabilidade da empresa conforme demonstram os 191 documentos, tornando o lançamento fundado em mera suposição e presunção;
- f) que mantém contabilidade permanente e regular, sob responsabilidade técnica de profissional habilitado no CRC-MG e signatário das demonstrações contábeis, apurando resultados pelo regime do lucro real;
- g) não ocorreu qualquer omissão de lançamento contábil ou de obrigação trabalhista e previdenciária, tendo sido adotado como único parâmetro o número de pessoas no “diário de obras”;
- h) a inaplicabilidade de aferição indireta e a inadequação da utilização de 40% do valor do contrato de mão de obra;
- i) na base de cálculo do lançamento suplementar aos homologados não foi calculada a eventual diferença, categoria por categoria;
- j) por fim, alega que existem pedidos de restituição com opção de compensação com débitos vincendos ou vencidos pendente de decisão no CRPS.

6. Ciente do recurso apresentado pela empresa, o fisco não apresentou contrarrazões, sendo os autos remetidos para a análise desta Câmara.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Damião Cordeiro de Moraes

ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

1. No que se refere à exigibilidade do depósito recursal, cumpre ressaltar que a garantia de instância para admissibilidade de recurso administrativo foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 1976, resultando na edição da súmula vinculante nº 21.

2. Consta da redação da súmula que “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévio de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”.

3. Dessa forma, não sendo mais exigível o depósito recursal, conheço do recurso voluntário, uma vez que atende aos pressupostos de admissibilidade.

DO LANÇAMENTO

4. Narra o relatório fiscal que o débito lançado em desfavor do contribuinte ocorreu devido à omissão da mão de obra de um total de 29 trabalhadores:

*“O **ANEXO 3** é composto pela GFIP, Folha de Pagamento, lançamentos contábeis e os 31 diários da obra de construção do Centro de Formação do SENAC/MG de Conselho Lafaiete, referentes ao mês de Julho/2002.*

*Nos diários de obra verificamos que 1(um) Engenheiro, 1(um) Mestre-de-obra, 1(um) Auxiliar Administrativo, 9 (nove) Serventes, 8(oito) Pedreiros, 2(dois) Serralheiros, 2(dois) Eletricistas, 2 (dois) Bombeiros, 2(dois) Montadores e 2(dois) Pintores trabalharam na obra, **totalizando 30 trabalhadores**.*

*Já na GFIP, na Folha de Pagamento e nos lançamentos contábeis, apresentados pela empresa, foram relacionados 1(um) Encarregado de Obras, 1(um) Auxiliar Administrativo, 5(cinco) Pedreiros, 6(seis) Serventes, 1(um) Encanador, 1(um) Armador, 2(dois) Vigias e 1(um) Eletricista, **totalizando 18 (dezoito) trabalhadores**.*

*Ocorreu portanto, **omissão da mão-de-obra de 12 (doze) trabalhadores**, tanto na contabilidade da empresa, como na GFIP que serviu de base de cálculo para as Contribuições Sociais recolhidas.*

*O **ANEXO 4** é composto pela GFIP, Folha de Pagamento, lançamentos contábeis e os 31 diários da obra de reforma do Hotel Grogotó em Barbacena, referentes aos meses de Dezembro/2002.*

*No diário da obra verificamos que 1(um) Engenheiro, 1(um) Mestre-de-obras, 1(um) Auxiliar Administrativo, 18 (dezoito) Serventes, 6 (seis) Pedreiros, 2 (dois) Eletricistas, 2(dois) Bombeiros, 2 (dois) Montadores e 2(dois) Carpinteiros trabalharam na obra, **totalizando 35 (trinta e cinco) trabalhadores**.*

*Já na GFIP, na Folha de Pagamento e nos lançamentos contábeis, apresentados pela empresa, foram relacionados 1 (um) Encarregado de Obras, 1 (um) Auxiliar Administrativo, 1(um) Pedreiro, 14 (quatorze) Serventes e 1 (um) Carpinteiro, **totalizando 18 (dezoito) trabalhadores.***

*Ocorreu portanto, **a omissão da mão-de-obra de 17 (dezessete) trabalhadores**, tanto na contabilidade da empresa, como na GFIP que serviu de base de cálculo para as Contribuições Sociais recolhidas.” (31/32)*

5. Ocorre que o Serviço de Contencioso Administrativo baixou o processo em diligência e após determinou a retificação do débito (fls. 342/352), porém, além do contribuinte não ter sido notificado do resultado da diligência, a decisão de primeira instância julgou parcialmente procedente o lançamento do débito contra a empresa, para determinar a conexão entre o AI 37.022.806-5 e a NFLD, ora em análise, julgando-os simultaneamente.

6. E no meu entendimento, a ausência de intimação do contribuinte para se manifestar a respeito do resultado da diligência, que foi determinada, pois não constava dos autos o Discriminativo Analítico do Débito – DAD (parte integrante e obrigatória da notificação) fere o princípio do devido processo legal e da ampla defesa consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, bem como no artigo 59, do Decreto 70.235/72.

7. E ao analisar o Auto de Infração n.º 37.022.806-5, o Ilustre Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, da 2ª Turma, da 4ª Câmara, deste Conselho, decidiu pela anulação do *decisium*, no julgamento realizado na sessão do dia 17/08/2010, considerando que a ausência de notificação do contribuinte em relação ao resultado de diligência resultou no cerceamento de seu direito de defesa. O acórdão n.º 2402-001.091 restou ementado nos termos que transcrevo abaixo:

“PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. DILIGÊNCIA REQUERIDA ANTES DE PROFERIDO O ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO CONTRIBUINTE. Em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, bem como das disposições legais aplicáveis ao processo administrativo fiscal, deve o contribuinte ser intimado do resultado de diligência requerida pela fiscalização antes de proferido o acórdão de primeira instância, sob pena de nulidade. Precedentes.

DECISÃO RECORRIDA NULA.”

8. Em outro recurso, da mesma empresa, n.º 144.261, o Nobre Conselheiro relator Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira anulou o processo com os mesmos fundamentos acima alinhavados.

9. Dessa forma, entendo que a decisão proferida nos autos do AI deve ser mantida com relação à NFLD.

CONCLUSÃO

10. Isto posto, voto no sentido de CONHECER do recurso voluntário, para ANULAR a decisão de primeira instância, procedendo-se à remessa dos autos à origem afim de que o contribuinte seja devidamente intimado do resultado da diligência, para, querendo, manifestar-se, e, após esta providência, o processo deverá ser enviado à DRJ competente com a finalidade de que seja proferido um novo acórdão.

Processo nº 10680.008735/2007-16
Acórdão n.º **2301-01.902**

S2-C3T1
Fl. 410

(assinado digitalmente)

Damião Cordeiro de Moraes