



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

Processo nº 12898.001519/2009-83
Recurso nº Embargos
Acórdão nº 2301-005.035 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 10 de maio de 2017
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Embargante FAZENDA NACIONAL e CONSELHEIRO RELATOR DE TURMA
Interessado TELEMAR NORTE LESTE S/A

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/07/1998

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CABIMENTO.

De acordo com o Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria MF nº 343/2015, cabem embargos de declaração quando o acórdão contiver obscuridade, omissão ou contradição entre a decisão e os seus fundamentos, ou for omitido ponto sobre o qual deveria pronunciar-se a turma. Somente a contradição interna é embargável, não alcançando eventual contradição entre a decisão e outras peças do processo, circunstância que configura mera irresignação.

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

É um princípio específico do processo administrativo. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade. Se o lançamento contiver vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento aos embargos opostos para sanar a contradição entre a fundamentação do voto condutor e a parte dispositiva do acórdão embargado, nos termos do voto do relator dos embargos.

(assinado digitalmente)

Andréa Brose Adolfo – Presidente em exercício

(assinado digitalmente)

Fábio Piovesan Bozza – Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Andréa Brose Adolfo (presidente em exercício), Júlio César Vieira Gomes, Fábio Piovesan Bozza, Jorge Henrique Backes, Alexandre Evaristo Pinto, Fernanda Melo Leal.

Relatório

O relatório da decisão de primeira instância oferece uma boa síntese dos principais pontos discutidos no lançamento de ofício, merecendo ser transcrito a seguir:

Trata-se de crédito tributário lançado pela fiscalização - AI DEBCAD 37.224.396-7 - pertinente às contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à parte da empresa, tendo sido o presente lançamento lavrado em substituição àqueles feito através da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD) DEBCAD nº 35.442.277-4, anulada pelo Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS), conforme Acórdão nº 001326/2005, prolatado pela 2ª CAJ - Câmara de Julgamento, em 23/05/2005, sob a alegação de vício formal, acarretado pela omissão, no anexo relativo aos Fundamentos Legais do Débito, do dispositivo legal que autoriza o arbitramento das contribuições previdenciárias através de aferição indireta.

2. O valor do presente lançamento é de R\$ 142.451,70, consolidado em 17/09/2009.

3. De acordo com o relatório fiscal, de fls. 22/27, a apuração deu-se com base no instituto da responsabilidade solidária, decorrente da execução de serviços de construção civil pela empresa CERISA – CONSTRUÇÕES E ENGENHARIA LTDA, CNPJ 34.145.029/0001-83, uma vez que a contratante não comprovou o recolhimento das contribuições incidentes sobre as remunerações dos segurados, incluídas em notas fiscais e/ou faturas correspondentes aos serviços executados, na forma determinada pela legislação previdenciária.

4. Explica o autuante que, utilizando a prerrogativa contida nos parágrafos 3º e 6º do artigo 33 da lei nº 8.212/91, arbitrou a base de cálculo das contribuições lançadas, a partir do valor das Notas Fiscais emitidas pela prestadora, adotando-se o percentual de 40% determinado pela Instrução Normativa nº 03/2005.

5. Esclarece também o Auditor Fiscal que, por se tratar de lançamento substitutivo de contribuições lançadas em procedimento fiscal anterior, foram considerados todos os documentos apresentados tanto no decorrer da ação fiscal, como

no curso do procedimento administrativo de julgamento, tendo sido já consideradas as retificações anteriormente feitas durante o julgamento administrativo do processo anulado.

6. Informa também o Auditor Fiscal que foi aplicada a alíquota mínima sobre os salários-de-contribuição apurados.

Em primeira instância, a DRJ/Rio de Janeiro julgou a impugnação improcedente e manteve integralmente a exigência fiscal. A ementa do julgado encontra-se assim redigida:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/07/1998

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA – CONSTRUÇÃO CIVIL.

A solidariedade passiva, legalmente imposta, pode unir diversos devedores que responderão, cada qual, pela dívida toda, não comportando benefício de ordem. A Secretaria da Receita Federal do Brasil tem o direito de escolher e de exigir, de acordo com seu interesse e conveniência, o valor total do crédito de qualquer um dos devedores solidários, inteligência do art. 30, VI da Lei 8.212/1991.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. AFERIÇÃO INDIRETA.

A não apresentação de documentos solicitados pela fiscalização e necessários à verificação do fato gerador enseja o lançamento arbitrado pela técnica da aferição indireta, com fulcro no art. 33, § 3º da Lei 8212/91, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Impugnação Improcedente

Crédito Tributário Mantido

Em sede recursal, a 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Sessão do CARF, sob a relatoria do Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, deu provimento parcial ao recurso voluntário interposto pelo responsável solidário, a fim de reconhecer a nulidade do lançamento, por vício material. A ementa do acórdão nº 2403-002.883, de 19/01/2015, encontra-se redigida nos seguintes termos (grifos nossos):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/07/1998

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

É um princípio específico do processo administrativo.

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Se o lançamento contiver vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita

presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação

Recurso Voluntário Provido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Daniele Souto Rodrigues e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas. Vencido o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

A Procuradoria da Fazenda Nacional opôs embargos de declaração em face do acórdão que julgou o recurso voluntário, afirmando existir contradição e omissão a serem sanadas.

Em 01/01/2016, foi proferido despacho de admissibilidade pelo presidente da turma, aparentemente inadmitindo os embargos da Fazenda Nacional e admitindo os embargos opostos pelo conselho relator original Ivacir Júlio de Souza, em face da existência de contradição na parte dispositiva do acórdão, que teria dado *provimento parcial* ao recurso voluntário sem colacionar voto vencedor.

Em 13/03/2017, novo despacho de admissibilidade foi proferido pelo presidente da turma, em virtude inconsistências levantadas por este relator entre o acórdão embargado, o recurso de embargos de declaração e o despacho de admissibilidade anteriormente proferido, que culminaram com o não conhecimento dos embargos de declaração da Fazenda Nacional e o conhecimento dos embargos opostos de ofício pelo eminente conselheiro relator original Ivacir Júlio de Souza, para sanar a contradição acima apontada.

É o relatório

Voto

Conselheiro Fábio Piovesan Bozza

Em vista da matéria admitida para julgamento, os presentes embargos versam somente sobre a contradição apontada pelo conselho relator original Ivacir Júlio de Souza na parte dispositiva do acórdão, que teria dado *provimento parcial* ao recurso voluntário sem colacionar voto vencedor.

Realmente, constato a referida contradição entre o voto condutor (que reconheceu vício material no lançamento) e a parte dispositiva do acórdão (que deu provimento parcial ao recurso voluntário).

Diante desse cenário, duas possíveis soluções afloram:

(a) ou a parte dispositiva do julgado está correta, tendo a turma, por maioria de votos, dado parcial provimento ao recurso voluntário, restando o relator vencido em parte;

(b) ou a parte dispositiva do julgado está incorreta, tendo a turma, por maioria de votos, dado integral provimento ao recurso voluntário.

Os elementos constantes dos autos apontam, a meu ver, para a alternativa (b).

Com efeito, a “ratio decidendi” do voto do ilustre conselheiro relator do acórdão embargado fundamentou-se no descumprimento dos requisitos legais pela fiscalização que autorizariam o direcionamento da cobrança para a responsável solidária TELEMAR NORTE LESTE S/A e o arbitramento da base de cálculo pelo método da aferição indireta, nos termos do art. 33, §6º da Lei nº 8.212/91, da Ordem de Serviço INSS/DAF nº 185, de 31/03/1998 e da Portaria MPS/SRP/DEFIS nº 02, de 05/02/2007.

O direcionamento da cobrança exigiria das autoridades fiscais a realização de auditoria prévia na própria contribuinte, a prestadora de serviços CERISA CONSTRUÇÕES E ENGENHARIA LTDA., o que não ocorreu na espécie.

Trata-se de uma questão de nulidade material, que abrangeria todo o lançamento e que não teria como ser parcialmente provida.

Os seguintes trechos extraídos do acórdão embargado corroboram tal afirmação:

Cabe ressaltar que embora a autoridade autuante tenha registrado que o lançamento por aferição indireta teve fulcro, também, no 6º do artigo 33 da Lei Na 8.212/91, colacionou apenas o comando previsto no 3º. Aduz que na forma do preceituado no § 6º a aferição indireta é procedimento previsto para hipótese de no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento. Na leitura do Relatório Fiscal não se encontra registro desconsiderando a contabilidade ou a autenticidade de qualquer outro documento que tenha tido acesso., verbis:

"§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário "

(...)

Salvo melhor aferição, no sobredito acórdão não há registro algum de que a contratada tenha sido fiscalizada com ou sem exame da contabilidade no período anulado. Tivesse havido ou não a fiscalização, mesmos nos dias presentes, nos sistemas conteria registros possíveis de serem copiados e colacionados nos autos para efeito de provas.

(...)

Se o vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que o conteúdo do ato estará eivado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação.

Tal conclusão é ainda corroborada por um evento externo. Trata-se do julgamento do recurso voluntário interposto por esta mesma responsável solidária (Telemar Norte Leste S/A), ocorrido nos autos do processo administrativo conexo nº 12898.001513/2009-14 (DEBCAD 37.224.390-8), cujo lançamento de ofício teve origem no mesmo procedimento de fiscalização.

Por meio do acórdão nº 2403-002.888, de 20/01/2015 (*mesmo dia do julgamento do acórdão ora embargado*), a 3ª Turma Ordinária da 4ª Câmara da 2ª Sessão do CARF, também sob a relatoria do Conselheiro Ivacir Júlio de Souza, ao analisar fatos semelhantes, deu provimento integral ao recurso voluntário interposto pelo responsável solidário, reconhecendo-se a nulidade do lançamento, por vício material. Confira-se a ementa desse julgado (grifos nossos):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/08/1998 a 31/12/1998

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

É um princípio específico do processo administrativo.

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Se o lançamento contiver vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Daniele Souto Rodrigues e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas.

Conclusão

Em face do exposto, voto por conhecer e dar provimento aos embargos opostos pelo eminente conselheiro relator original Ivacir Júlio de Souza, para sanar a contradição entre a fundamentação do voto condutor e a parte dispositiva do acórdão embargado e, diante disso, promovo a adequação, com efeitos modificativos, da conclusão do julgado, nos seguintes termos:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/07/1998

PREVIDENCIÁRIO. VERDADE MATERIAL. LANÇAMENTO. NULIDADE. VÍCIO MATERIAL.

É um princípio específico do processo administrativo.

A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Se o lançamento contiver vício estiver instalado na produção, em sua dinâmica, com defeito na composição, mediante explícita presunção e ausência de provas, ônus do sujeito ativo, ensejará a nulidade dado que maculado de vício material comprometedor do crédito e da sua motivação

Recurso Voluntário Provido

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento ao recurso. Votaram pelas conclusões os conselheiros Daniele Souto Rodrigues e Elfas Cavalcante Lustosa Aragão Elvas. Vencido o conselheiro Carlos Alberto Mees Stringari.

É como voto.

Fábio Piovesan Bozza – Relator.