



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

Processo nº	15540.000187/2009-58
Recurso nº	999.999 Voluntário
Acórdão nº	2301-003.407 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de	13 de março de 2013
Matéria	Contribuição Previdenciária
Recorrente	NOGUEIRA OFFSHORE SERVIÇOS MARÍTIMOS LTDA-ME
Recorrida	FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2005

AFERIÇÃO INDIRETA.

Viabilidade legal da apuração da contribuição previdenciária por meio do mecanismo da aferição indireta diante da imprestabilidade ou impossibilidade do acesso aos documentos fiscais.

MULTA. RETROATIVIDADE.

Incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 35 caput da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, se mais benéfica ao contribuinte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por maioria de votos: a) em dar provimento parcial ao Recurso, no mérito, para que seja aplicada a multa prevista no Art. 61, da Lei nº 9.430/1996, se mais benéfica à Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a). Vencidos os Conselheiros Bernadete de Oliveira Barros e Marcelo Oliveira, que votaram em manter a multa aplicada; II) Por unanimidade de votos: a) em negar provimento ao Recurso nas demais alegações da Recorrente, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (presidente da turma), Damião Cordeiro de Moraes (vice-presidente), Bernadete de Oliveira Barros, Leonardo Henrique Pires Lopes, Mauro José Silva e Adriano Gonzales Silvério.

Relatório

Trata-se de NFLD nº 37.101.278-3, a qual exige a diferença da contribuição previdenciária dos segurados empregados, relativo ao período de 01/2005 a 12/2005, apurada por meio da técnica do sistema de aferição indireta, uma vez que o recorrente deixou de disponibilizar alguns documentos solicitados pela D. Fiscalização ou foram apresentados de forma deficiente.

Informa o relatório fiscal que: “3 - *Incialmente, em pesquisas aos sistemas institucionais da Receita Federal do Brasil, verificou-se que a empresa, no exercício de 2005, não apresentou Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência — GFIP — e, também, pela Declaração de Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - DCPMF, verificou-se que a empresa efetuou, no exercício de 2005, uma movimentação bancária de R\$ 1.464.680,68, enquanto que, na Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica - DIPJ, foi declarada uma Receita Bruta de R\$ 23.610,00.*”

Narra também que: “10 — *Diante dos fatos, considerando a atividade da empresa, a não apresentação de documentos como contratos de prestação de serviços 'é Notas fiscais emitidas e a inconsistência entre a movimentação bancária e Receita Bruta declarada na4DIPJ, restou à fiscalização arbitrar possíveis fatos geradores omitidos, conforme determina a Lei nº 8.212/91:*”

Devidamente intimado do lançamento o sujeito passivo apresentou sua impugnação alegando, em síntese, que o auto de infração deveria ser anulado, uma vez que (i) o Termo de Notificação fora recebido e assinado por pessoa sem poderes para representar a recorrente; (ii) quebra do sigilo bancário sem autorização judicial; (iii) a não apresentação da GFIP se deve ao fato de que a recorrente não possuir empregados, conforme RAIS negativa apresentada a D. Fiscalização; (iv) no caso da não disponibilização dos contratos de prestação de serviços, alega que a sua não apresentação se deve ao fato de serem documentos protegidos por sigilo empresarial; (v) alguns documentos não foram entregues por conta da concomitância da fiscalização realizada pelo Fisco Municipal; (vi) a D. Fiscalização teria extrapolado os limites de suas atribuições, ao imputar acusação de sonegação sem efetuar queixa-crime embasada em provas incontrovertidas; (vii) desrespeito a Constituição Federal; (viii) parte dos valores transitados na conta corrente da recorrente não lhe pertencia.

A instância *a quo* julgou parcialmente procedente a impugnação apenas para retificar, como base nos documentos juntados, o valor da lançamento para o\$ 20.992,11, uma vez que foram excluídos da base de cálculo do lançamento as quantias que referiam às despesas comprovadas.

Objetivando a reforma da decisão *a quo* o sujeito passivo interpôs Recurso Voluntário a esse Conselho, por meio do qual reitera os argumentos já despendidos anteriormente.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso reúne as condições de admissibilidade e dele conheço.

Basicamente sustenta a recorrente que o trabalho fiscal não foi suficiente para demonstrar a legitimidade da cobrança da contribuição previdenciária do auto de infração por não preencher os requisitos formais e matérias de validade.

Em princípio devemos destacar que quanto ao procedimento da fiscalização e formalização do lançamento não se observou qualquer vício. Foram cumpridos todos os requisitos dos artigos 10 e 11 do Decreto nº 70.235, de 06/03/72, *verbis*:

“Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I – a qualificação do autuado;

II – o local, a data e a hora da lavratura;

III – a descrição do fato;

IV – a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V – a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI – a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

“Art. 11. A notificação de lançamento será expedida pelo órgão que administra o tributo e conterá obrigatoriamente:

I – a qualificação do notificado;

II – o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação;

III – a disposição legal infringida, se for o caso;

IV – a assinatura do chefe do órgão expedidor ou de outro servidor autorizado e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.”

A recorrente foi devidamente intimada de todos os atos processuais, assegurando-lhe a oportunidade de exercício da ampla defesa e do contraditório, nos termos do artigo 23 do mesmo Decreto.

“Art. 23. Far-se-á a intimação:

I – pessoal, pelo autor do procedimento ou por agente do órgão preparador, na repartição ou fora dela, provada com a assinatura do sujeito passivo, seu mandatário ou preposto, ou, no caso de recusa, com declaração escrita de quem o intimar; (Redação dada pela Lei nº 9.535, de 10.12.1997)

II – por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 10.12.1997)

III – por edital, quando resultarem improfícuos os meios referidos nos incisos I e II. (Vide Medida Provisória nº 232, de 2004)”

Verifico, pela análise dos autos, que o lançamento do crédito previdenciário foi realizado com base no sistema de aferição indireta, uma vez que a D. Fiscalização não teve acesso aos documentos fiscais que fornecem elementos para a correta apuração da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

Examinando não só trabalho fiscal, mas também os requisitos formais e matérias do auto de infração, constatei que tanto um como o outro não apresentam vícios que pudessem gerar a nulidade no lançamento.

A necessidade da apuração da contribuição previdenciária por meio do mecanismo da aferição indireta se deve ao fato de que, diante da impossibilidade do acesso total dos documentos fiscais, não foi possível averiguar o correto pagamento dos tributos ora exigidos.

A esse respeito, cabe salientar que, nesse caso, o Fisco está autorizado a adotar tal procedimento com o fim específico de determinar a base de cálculo das contribuições previdenciárias devidas e não recolhidas, conforme dispõem os artigos 596 e 597 da Instrução Normativa Nº 3/2005, vigentes à época dos fatos:

“Art. 596. Aferição indireta é o procedimento de que dispõe a RFB para apuração indireta da base de cálculo das contribuições sociais.

Art. 597. A aferição indireta será utilizada, se:

I - no exame da escrituração contábil ou de qualquer outro documento do sujeito passivo, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, da receita, ou do faturamento e do lucro;

II - a empresa, o empregador doméstico, ou o segurado recusar-se a apresentar qualquer documento, ou sonegar informação, ou apresentá-los deficientemente;

III - faltar prova regular e formalizada do montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil;

IV - as informações prestadas ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo não merecerem fé em face de outras informações, ou outros documentos de que disponha a fiscalização, como por exemplo:

- a) omissão de receita ou de faturamento verificada por intermédio de subsídio à fiscalização;*
- b) dados coletados na Justiça do Trabalho, Delegacia Regional do Trabalho, Secretaria da Receita Federal ou junto a outros órgãos, em confronto com a escrituração contábil, livro de registro de empregados ou outros elementos em poder do sujeito passivo;*
- c) constatação da impossibilidade de execução do serviço contratado, tendo em vista o número de segurados constantes em GFIP ou folha de pagamento específicas, mediante confronto desses documentos com as respectivas notas fiscais, faturas, recibos ou contratos.*

§1º Considera-se deficiente o documento apresentado ou a informação prestada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele documento que contenha informação diversa da realidade ou, ainda, que omita informação verdadeira.

§2º Para o fim do inciso III do caput, considera-se prova regular e formalizada a escrituração contábil em livro Diário e Razão, conforme previsto no §13 do art. 225 do RPS e no inciso IV do art. 60 desta IN.”

Nesse sentido, é importante salientar que a apuração das contribuições previdenciárias ora questionadas se pautou em documentos fiscais fornecidos ao Fisco, quer seja por meio de intimação ou pelo fornecimento de declarações fiscais que são entregues periodicamente em decorrência do cumprimento de obrigações acessórias, o que afasta, completamente, qualquer alegação de quebra de sigilo bancário e comercial.

Outro ponto que merece ser considerado diz respeito à nulidade da intimação da notificação de lançamento. Nesse ponto, cabe apenas ressaltar que, embora não tenha sido expressamente consignado na procuração poderes para o recebimento de notificação de lançamento, fato é que, da análise da procuração outorgando ao subscritor do Termo de Intimação outros poderes de representação, é suficiente para afastar essa suposta nulidade.

Ora, se a jurisprudência deste Egrégio Tribunal firmou entendimento no sentido de que a simples comprovação do recebimento de carta intimação é suficiente para considerar o contribuinte notificado, o que dizer quando a realização da intimação se efetiva através de representante com poderes para representar a empresa em diversos assuntos.

“Súmula CARF nº 9: É válida a ciência da notificação por via postal realizada no domicílio fiscal eleito pelo contribuinte, confirmada com a assinatura do recebedor da correspondência, ainda que este não seja o representante legal do destinatário”, o que dizer quando se estar diante de representante da recorrente.”

Por fim, ante a ausência de patente ausência de fundamentos de fatos modificativos, extintivos e impeditivos no recurso voluntário, que pudessem rechaçar o lançamento tributário, mantenho, tal como proferida, a r. decisão nos seus termos.

Multa

Segundo as novas disposições legais, a multa de mora que antes respeitava a gradação prevista na redação original do artigo 35, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passou a ser prevista no *caput* desse mesmo artigo, mas agora limitada a 20% (vinte por cento), uma vez que submetida às disposições do artigo 61 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996.

Incabível a comparação da multa prevista no artigo 35-A da Lei nº 8.212/91, já que este dispositivo veicula multa de ofício, a qual não existia na legislação previdenciária à época do lançamento e, de acordo com o 106 do Código Tributário Nacional deve ser verificado o fato punido.

Ora se o fato “atraso” aqui apurado era punido com multa moratória, consequentemente, com a alteração da ordem jurídica, só pode lhe ser aplicada, se for o caso, a novel multa moratória, prevista no *caput* do artigo 35 *caput* acima citado.

Em princípio houve beneficiamento da situação do contribuinte, motivo pelo qual incide na espécie a retroatividade benigna prevista na alínea “c”, do inciso II, do artigo 106, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional, devendo ser a multa lançada na presente autuação calculada nos termos do artigo 35 *caput* da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009, se mais benéfica ao contribuinte.

Ante o exposto, VOTO no sentido de **CONHECER** o recurso voluntário e, no mérito, **DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO** para determinar, se mais benéfica ao contribuinte, que a multa seja calculada nos termos do artigo 35 *caput* da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei nº 11.941, de 27 de maio de 2009.

Adriano Gonzales Silvério - Relator