



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

Processo n° 15885.000188/2008-11
Recurso n° 155.035 Voluntário
Acórdão n° 2401-00.238 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de maio de 2009
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Recorrente INSTITUIÇÃO TOLEDO DE ENSINO - ITE
Recorrida SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/2002 a 31/01/2004

CUSTEIO - NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO -
DESCARACTERIZAÇÃO DE VÍNCULO PACTUADO - AFERIÇÃO
INDIRETA - AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL. -

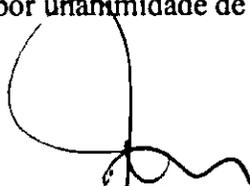
Uma vez que houve aferição indireta pela apresentação deficiente de documentos, deveria constar no relatório fiscal a menção ao dispositivo do art. 33, § 3º da Lei n° 8.212/1991.

Ausência de fundamento legal é causa de nulidade da NFLD.

PROCESSO ANULADO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular, por vício formal, a NFLD.


ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente


ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira (Suplente). Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.



Relatório

A presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados, da empresa, incluindo as destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a destinada aos Terceiros, levantadas sobre os valores pagos de forma dissimulada, a beneficiários não identificados, correspondentes a valores lançados na escrituração da ITE, como sendo pagamento a empresa de consultoria – SMP – Consultoria Empresarial SC Ltda, sendo que mesmo intimada a empresa recusou-se a apresentar os documentos relacionados. O lançamento compreende competências entre o período de 02/2002 a 01/2004.

Os fatos geradores incluídos nesta NFLD foram discriminados por meio do levantamento SMP – REMUNERAÇÃO SMP – CUJA BASE É DELIMITADA PELOS VALORES CONTABILIZADOS COM SENDO RELATIVOS A SMP, VISTO QUE A EMPRESA NÃO APRESENTOU OS ESCLARECIMENTOS E DOCUMENTOS PARA COMPROVAÇÃO DA REGULARIDADE PERANTE A LEGISLAÇÃO PREVIDENCIÁRIA.

Ressalte-se que as contribuições foram lançadas tendo em vista que a empresa perdeu a isenção da quota patronal, conforme decisão proferida através do acórdão nº 1278/2005 da 2ª CaJ.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 15/12/2006, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido em 19/12/2006.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 45 A 64.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência, total do lançamento, fls. 72 A 75.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 86 A 135. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

Não restou comprovado a ocorrência do fato gerador que ensejaria a exigência de contribuições previdenciárias.

Deve a fiscalizar comprovar que os valores lançados nesta NFLD como pagamentos efetuados a favorecidos não conhecidos são decorrentes de contraprestação por serviços prestados.

Não é devida contribuição se não verificado e demonstrado a ocorrência in concreto do fato previsto em lei ensejador da obrigação previdenciária.



O crédito foi apurado, valendo-se a autoridade fiscal do critério da aferição indireta, sendo que nem no relatório fiscal, nem no relatório FLD, descreveu a autoridade fiscal a fundamentação legal que consubstanciaria o critério de apuração com base na aferição indireta.

Precária também a fundamentação legal relacionada ao enquadramento do grau de riscos de acidente de trabalho, para fins de identificação e mensuração da alíquota SAT, o que gera também a nulidade da NFLD.

A prova da ocorrência do fato gerador do tributo está a cargo do Fisco e a circunstância de ele expedir um ato administrativo de exigência tributária, que pressupõe a ocorrência do fato gerador, não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o ônus da prova.

Os termos do RF/NFLD acabam por demonstrar que os valores lançados na presente NFLD poderiam não constituir propriamente verba salarial, na medida em que afirma que parte desses numerários seriam destinados a dirigentes da instituição, não cabendo, portanto sua caracterização como salário de contribuição, mas quando muito caracterização como pró-labore ou lucros distribuídos.

Deveria o sr. Agente, ter agido, assim como os magistrados da Justiça do Trabalho com maior prudência, não se limitando, como o fez, ao exame meramente formal da documentação que lhe foi ofertada.

O procedimento de aferição não obedeceu aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, pois a autoridade fiscal considerou todas as quantias que circulam pelas contas bancárias do contribuinte e, inclusive de terceiros, como verbas remuneratórias.

Ilegítima a cobrança de contribuições sociais devidas à título de SAT.

Inconstitucional a cobrança do INCRA;

Ilegítima a cobrança do SEBRAE.

Da ilegitimidade da cobrança de contribuições destinadas a terceiros.

Inconstitucional a aplicação da taxa SELIC

Incabível a aplicação da multa consignada na presente NFLD, uma vez que não agiu o recorrente com dolo, fraude ou simulação.

Face o exposto, requer o cancelamento da DN combatida além do reconhecimento da improcedência desta NFLD.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este 2º CC sem a apresentação de contra-razões.

É o relatório.



Voto

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 171. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS PRELIMINARES AO MÉRITO

Em primeiro lugar cumpre-nos destacar se o procedimento fiscal atendeu todas as determinações legais, avaliando, pois os argumentos de cerceamento de defesa. Destaca-se como passos necessários a realização do procedimento:

- *autorização por meio da emissão do Mandato de Procedimento Fiscal – MPF- F e complementares, com a competente designação do auditor fiscal responsável pelo cumprimento do procedimento.*
- *intimação para a apresentação dos documentos conforme Termos de Intimação para Apresentação de Documentos – TIAD, intimando o contribuinte para que apresentasse todos os documentos capazes de comprovar o cumprimento da legislação previdenciária;*
- *autuação dentro do prazo autorizado pelo referido mandato, com a apresentação ao contribuinte dos fatos geradores e fundamentação legal que constituíram a lavratura da NFLD ora contestada, com as informações necessárias para que o atuado pudesse efetuar as impugnações que considerasse pertinentes.*

Todavia, em sendo devidas contribuições sobre os valores pagos de forma dissimulada, a beneficiários não identificados, correspondentes a valores lançados na escrituração do ITE, como sendo pagamento a empresa de consultoria – SMP – Consultoria Empresarial SC Ltda, sendo que mesmo intimada a empresa recusou-se a apresentar os documentos relacionados, competiria a autoridade fiscal, indicar e explicar os fundamentos jurídicos que embasaram o lançamento.

No caso, a indicação e descrição das contribuições apuradas devem ser descritas ao recorrente possibilitando o pleno exercício da ampla defesa. Ao contrário do que descreveu a autoridade de primeira instância, entendo que a utilização de lançamentos contábeis em nome de pessoas jurídicas, onde nem mesmo é possível a identificação dos beneficiários é modalidade de aferição indireta.

De pronto entendo deva ser avaliado outros pressupostos indispensáveis a apreciação do mérito, além dos apresentados pelo recorrente

Não tendo a recorrente apresentado a documentação específica relacionado a prestação de serviços da empresa SMP, a autoridade previdenciária passa a ter a prerrogativa de lançar a importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário, por força do artigo 33, § 3º da Lei n.º 8.212/1991. Assim a legislação previdenciária possibilita a autoridade fiscal mecanismos para lavrar a Notificação, o que no presente caso, foi realizado com base no valor da nota fiscal lançada na contabilidade.

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "a", "b" e "c" do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas "d" e "e" do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação alterada pela Lei nº 10.256/01)

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS e o Departamento da Receita Federal - DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (Atualmente Secretaria da Receita Federal, conforme o caput deste artigo e Lei nº 8.490/92)

Como os valores objeto desta NFLD foram apurados sobre a notas fiscais registradas na contabilidade, tendo sido estabelecido, independente dos beneficiados com o pagamento, que o montante do pagamento constituiria base de cálculo de contribuição previdenciária, deveria ter sido indicado o artigo do arbitramento.

Merece destaque por fim, o tipo de nulidade a ser aplicável. Pode-se identificar que a nulidade é aplicável por não ter o auditor fiscal discriminado de forma clara e precisa, os fatos geradores e fundamentação legal.

Dessa forma, entendo que a falta da descrição pormenorizada levaria a anulação da NFLD por vício formal, por se tratar do não preenchimento de todas as formalidades necessárias a validação do ato administrativo, conforme destaque abaixo.

Em uma concepção a respeito da forma do ato administrativo é incluída não somente a exteriorização do ato, mas também as formalidades que devem ser observadas durante o processo de formação da vontade da Administração, e até os requisitos concernentes à publicidade do ato. Nesse sentido é a lição de Maria Sylvia di Pietro, na obra Manual de Direito Administrativo, 18ª edição, Ed. Atlas, página 200.

Na lição expressa de Maria Sylvia di Pietro, na obra já citada, página 202, in verbis: “Integra o conceito de forma a motivação do ato administrativo, ou seja, a exposição dos fatos e dos direitos que serviram de fundamento para a prática do ato; a sua ausência impede a verificação da legitimidade do ato.”

Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A motivação é a exposição de motivos, ou seja, é a demonstração, por escrito, de que os pressupostos de fato realmente existiram. A motivação diz respeito às formalidades do ato. O motivo, por seu turno, antecede a prática do ato, correspondendo aos fatos, às circunstâncias, que levam a Administração a praticar o ato. São os pressupostos de fato e de direito da prática do ato. Na lição de Maria Sylvania di Pietro, pressuposto de direito é o dispositivo legal em que se baseia o ato; pressuposto de fato, corresponde ao conjunto de circunstâncias, de acontecimentos, de situações que levam a Administração a praticar o ato. A ausência de motivo ou a indicação de motivo falso invalidam o ato administrativo.

No lançamento fiscal o motivo é a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária. Agora, a motivação é a expressão dos motivos, é a tradução para o papel da realidade encontrada pela fiscalização. A falha na motivação pode ser corrigida, desde que o motivo tenha existido.

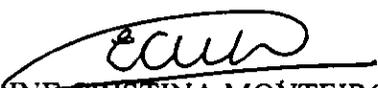
Logo, se há falha na motivação, o vício é formal, se houver falha no pressuposto de fato ou de direito, o vício é material. Como exemplo nas contribuições previdenciárias: se houve lançamento enquadrando o segurado como empregado, mas com as provas contidas nos autos é possível afirmar que se trata de contribuinte individual, há falha no pressupostos de fato e de direito. Agora, se houve lançamento como empregado, mas o relatório fiscal falhou na caracterização; entendo que haveria falha na motivação; devendo o lançamento ser anulado por vício formal. A autoridade julgadora deverá analisar a observância dos requisitos formais do lançamento, previstos no art. 37 da Lei n.º 8.212.

Pelo exposto, voto por conhecer do recurso e resolvo anular a NFLD em questão.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto voto por ANULAR a NFLD, por vício formal, pela falta de fundamentação legal do arbitramento.

Sala das Sessões, em 8 de maio de 2009


ELAINE CRISTINA MONTEIRO E SILVA VIEIRA - Relatora