



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

Processo n° 15922.000068/2007-49
Recurso n° 99.999 Voluntário
Acórdão n° 2301-004.209 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de novembro de 2014
Matéria Refiscalização
Recorrente SKAM EMPILHADEIRAS ELÉTRICAS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2000 a 31/01/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

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 relatório e votos que integram o presente julgado.

MARCELO OLIVEIRA - Presidente.

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator.

EDITADO EM: 11/11/2014

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: MARCELO OLIVEIRA (Presidente), ADRIANO GONZALES SILVERIO, DANIEL MELO MENDES BEZERRA, CLEBERSON ALEX FRIESS, NATANAEL VIEIRA DOS SANTOS, MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR.

Relatório

Trata o presente crédito previdenciário, de contribuições devidas a Seguridade Social e não recolhida na data estabelecida em legislação, referente a:

1.1 — diferença da contribuição a cargo do segurado empregado, nos termos do artigo 20 da Lei 8.212/91;

1.2 - contribuição a cargo da empresa, devida sobre o total das remunerações pagas aos segurados contribuintes individuais, Inciso III, artigo 22 da lei 8.212/91;

1.3- contribuição a cargo da empresa, devida sobre o total das remunerações pagas a qualquer título durante o mês aos segurados empregados, Inciso I, artigo 22 da lei 8.212/91;

1.4 - contribuição a cargo da empresa, destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente do risco ambiental do trabalho - RAT, Inciso II, artigo 22 da lei 8.212/91;

1.5- contribuição a cargo da empresa destinada ao Salário Educação, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE, § único e artigo 94 da lei 8.212/91.

1.6- diferença de acréscimos legais, juros e multa, apuradas em virtude de recolhimentos de contribuições previdenciárias fora do prazo legal, artigo 35 da Lei 8.212/91;

1.7 — De acordo com o minucioso e completo Relatório Fiscal a empresa acima identificada foi refiscalizada no período de 01.98 a 07.99 e fiscalizada no período de 01.00 a 01.05.

1.8— A revisão do crédito previdenciário foi solicitada pela Auditoria Regional do • INSS, pelos motivos expostos no PT 35366.001462/2003 — 31 de 10.06.2003 e, consistem essencialmente nas divergências significativas encontradas na base de dados da Previdência Social - CNISA — Massa Salarial de Empregados da RAIS, GFIP, Conta — Corrente, confrontados com os débitos constituídos e constantes dos Sistemas Divida/SICOB / PRODIN E PLENUS .

1.9 — Esclarece que os fatos geradores das contribuições lançadas são as remunerações pagas devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês aos segurados empregados e contribuintes individuais que prestaram serviços a empresa nos

estabelecimentos matriz e filial, verificados na documentação apresentada pela empresa:

folhas de Pagamento, GFIP, Rescisão de contrato de Trabalho, Recibos de Pagamento e demais documentos do Setor de Pessoal, constante do levantamento denominado pela fiscalização como RGF — Remunerações / GFIP / Folha PAGTO , declarados em GFIP , portanto, com redução de multa.

*1.9.1 — Além do fato gerador acima especificado o Auditor relata que da análise da contabilidade dos exercícios de 2000,2001,2002,2003 e 2004 e em confronto com os demais documentos apresentados pela empresa, constatou os seguintes fatos geradores, constante do levantamento denominado CSD — Complementos Salariais Diversos — Auxílio Transporte, Reembolso, Abono Especial, Abono Salarial, pagamentos a autônomos / contribuintes individuais, **não** declarados em **GFIP**, portanto, sem redução de multa.*

1.9 — Prossegue explicitando o levantamento CM0 — PREST. SERV. / Cessão Mão de Obra — que diante do constatado na contabilidade dos anos de 2000 a 2004, verificou que a empresa prestou serviços contínuos a terceiros, assim solicitou á empresa através de TIAD a apresentação dos contratos de prestação de serviços e demais documentos pertinentes prestação de serviços.

1.9.1 — Apesar de regulamente intimada, não apresentou a totalidade dos documentos solicitados. De posse de alguns documentos a fiscalização relata as diversas irregularidades perpetradas pela empresa e listadas no item 3 do Relatório Fiscal, motivação suficiente para a emissão de cinco autos de Infração.

1.10 — Diante do exposto e considerando que a empresa não apresentou a totalidade dos documentos solicitados e das informações incompletas constantes das GFIP'S apresentadas a fiscalização aferiu os valores devidos, utilizando como parâmetro para a apuração da base de cálculo 40%(quarenta por cento) do valor registrado na Contabilidade da Empresa.

1.11 - Observa que os valores efetivamente recolhidos e constantes das Guias recolhidas código 2631(retenção 11%) - conforme Conta Corrente do INSS foram deduzidos dos valores lançados.

1.12— A seguir relaciona os documentos examinados durante a ação fiscal e os documentos que compõem a Notificação informando por ultimo que diante dos indícios de irregularidades, configurando em tese o crime previsto no artigo 168 do Decreto 2.848/40, com a nova redação da Lei 9.983/00, formalizou Representação Fiscal para Fins Penais, para encaminhamento ao Ministério Público Federal.

1.13 — Lista ao final os documentos emitidos durante a ação fiscal — Autos de Infração e Notificações — e informa por

derradeiro que a fiscalização foi atendida pela Assistente de Diretoria , a quem prestou todos os esclarecimentos necessários.

Dentro do prazo regulamentar houve impugnação à autuação através do instrumento de Nº. 37311.007901/2005 - 41, de folhas 344 a que em síntese argumenta o seguinte:

2.1 — Dos Fatos — descreve sumariamente a motivação do lançamento, alertando para o fato de que a lavratura decorreu da refiscalização no período de 01.98 a 07.99 e fiscalização normal para o período de 01.00 a 01.05 , em virtude de irregularidades.

2.1.1- que por ter supostamente se recusado a apresentar a documentação o auditor Fiscal utilizou-se do chamado método de arbitramento, fato que não poderia ter ocorrido, por não estarem presentes os pressupostos que o autorizem.

2.2 - Do Direito — Primeiramente ressalta que a Impugnante jamais se recusou a apresentar qualquer documento e desconhece o motivo que levou a autoridade fiscal a se utilizar da técnica de arbitramento.

2.2.1 — que os todos os documentos fiscais , estavam como ainda estão disposição do Agente Fiscal e agora do Sr. Perito Fiscal. Que o arbitramento é medida extrema e que no presente caso não ocorreu nenhuma das hipóteses que autorizam a aplicação da técnica, posto que a fiscalização limitou-se a lançar sem entretanto preocupar-se em demonstrar a imprestabilidade da escrituração contábil. Transcreve o artigo 148 do CTN.

2.3 — Da Cessão de Mão de Obra — que em sendo este levantamento o que apresenta maior valor deveria o agente fiscal ter tido mais cuidado em utilizar-se do método de arbitramento.

2.3.1 — enfatiza que mesmo sabendo que toda a cessão de mão de obra é uma prestação de serviços, mas nem toda prestação de serviços é cessão de mão de obra, o auditor Fiscal considerou de forma arbitrária a prestação de serviços executada pela impugnante classificando-a como mão de obra tributável.

2.3.2 — continua citando a Lei 9.711/98 e Ordem de Serviço 209/99, item 19, para fundamentar a tese de que os serviços que presta, não podem ser enquadrados como cessão de mão de obra, pelos seguintes motivos:

2.3.2.1- não mantém equipe de no mínimo cinco pessoas à disposição dos seus contratados, raramente suas equipes ultrapassam dois trabalhadores;

2.3.2.2 — que as atividades da Impugnante restringem-se ao simples envio do trabalhador para a execução do serviço de manutenção de máquinas sem subordinação é contratante;

2.3.2.3 — que muitos dos serviços de manutenção prestados consiste no envio da máquina às dependências da Skam, dessa forma não cabendo qualquer retenção;

2.3.2.4 — que o esquema utilizado pela Impugnante consiste basicamente da comunicação entre a contratante e a Skam, solicitando a prestação de serviços de manutenção- contratação do serviço; execução do serviço contrato nas suas dependências ou na contratante sob ordens exclusivas da Skam e, retorno do trabalhador às dependências da Skam ou a devolução da máquina ,objeto da manutenção é empresa contratante.

2.3.3 — conclui afirmando que não havendo prestação de serviços com cessão de mão de obra, não se considera como ocorrido o fato gerador, não há portanto, obrigação alguma, nem a principal ou a acessória a ser exigida. Transcreve os artigos 115 e 116 do CTN para fundamentar os argumentos.

2.3.4 — que o Auditor Fiscal sob o argumento de que a empresa se recusou a mostrar a documentação solicitada, tomou apenas como base o Livro Razão tributando todas e qualquer cessão de mão de obra sem sequer ter examinado a origem das contratações e as correspondentes notas fiscais de serviço.

2.5.1 — No entanto depende de Prova Pericial a comprovação do alegado neste item da defesa.

2.6 — Das Contribuições a Cargo do Empregador- que novamente o Auditor Fiscal utilizou-se do método de arbitramento, no entanto não demonstrou a razão de tal procedimento uma vez que os valores lançados foram apurados em elementos estranhos 6 escrita fiscal da empresa — GPS,RAIS e GFIP — pergunta por que razão a escrituração contábil foi preterida.

2.6.1- que apenas parcialmente foram considerados os valores recolhidos e os incluídos em parcelamento assim, continua sendo necessário, diante da quantidade de documentos a serem examinados a produção de provas através da perícia contábil.

2.7 — Da Realização de Prova Pericial e de Diligência Fiscal — transcreve os incisos XXXIV e LV do artigo 5.º da C.F. para fundamentar o argumento de que entende como ampla defesa o direito de trazer ao processo os elementos essenciais para o esclarecimento da verdade;

2.7.1- Posto isto, entende que lhe é permitido pedir a realização de Prova Pericial amplamente autorizada pela Portaria Ministerial 520/04, uma vez que não se trata de medida protelatória diante do valor do crédito previdenciário e da complexidade da matéria;

2.7.2- requer finalmente o deferimento de Pedido de Perícia indicando para tanto o nome, registro e endereço do profissional habilitado e ainda a indicação de servidor especialmente designado para junto às suas instalações fabris comprovar as características dos serviços prestados que certamente a excluirá do sistema de retenção de verba previdenciária em contraposição apontada pelo auditor fiscal.

2.3.4 — que para a boa solução do impasse é imprescindível a realização de perícia contábil com o correspondente laudo pericial.

2.4 — Dos Terceiros Autônomos — que merece reparo o trabalho do Auditor Fiscal quanto ao levantamento referente aos valores lançados a título de prestação de serviços prestados pelos autônomos / contribuintes individuais, uma vez que no Livro Razão Analítico considerou todo e qualquer lançamento, mas a maioria das contratações diz respeito a pessoas jurídicas e não a pessoas físicas.

2.4.1 — que os documentos fiscais que dão suporte as alegações da Impugnante foram disponibilizadas para a fiscalização — Notas Fiscais de serviços e os CNPJ, mas o Auditor Fiscal não as examinou.

2.4.2 - No entanto depende de Prova Pericial a resolução deste conflito fiscal administrativo.

2.5- Dos Lançamentos Conexos — que as verbas tidas pelo Auditor Fiscal, não podem ser consideradas como base de cálculo da contribuição previdenciária por se tratar "na realidade de despesas meramente efetivadas na execução dos serviços atrás prestados e em nada se afeioam a massa salarial dos segurados, ainda que de forma indireta, que pudesse quiçá autorizar os lançamentos deles decorrentes.

Requeru, ao final, a improcedência do lançamento.

Instado a se manifestar, a Delegacia da Receita Previdenciária em Jundiaí/SP prolatou Decisão-Notificação [fls. 404 e ss] que julgou procedente o lançamento:

DIREITO PREVIDENCIÁRIO E TRIBUTÁRIO - CUSTEIO — AFERIÇÃO INDIRETA — PEDIDO DE PERÍCIA 1 -Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Auditor Fiscal poderá, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício a importância que refutar devida, cabendo a empresa o ônus da prova em contrario. 2- Havendo, portanto, presunção de existência de débito, a fiscalização efetuará o lançamento por arbitramento, utilizando o procedimento de aferição indireta na obtenção do salário de contribuição.3 - Não se justifica a realização de perícia quando a solução da demanda esta contemplada nos autos.

Intimado do *decisum* [15/03/2006 – fls. 417], o Sujeito Passivo interpôs tempestivamente Recurso Voluntário, em 07/04/2006. Registre-se que além dos argumentos já apresentados em impugnação, a Recorrente argüiu também:

- (i) nulidade da DN, haja vista que foram vulnerados pelo *decisum* recorrido os princípios da ampla defesa e do contraditório, a juntada por amostragem dos documentos utilizados pela Fiscalização;

É o relatório.

Voto

Conselheiro Manoel Coelho Arruda Júnior - Relator

Cumprido o requisito de admissibilidade, frente à tempestividade, conheço do recurso e passo ao seu exame.

NULIDADE DA DECISÃO-NOTIFICAÇÃO

O presente lançamento referente às contribuições previdenciárias devidas à Seguridade Social (**débito suplementar**) de acordo com o Código do Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS — 507 (indústrias em geral) e correspondem a:

- a) Contribuições da empresa;
- b) Contribuições dos empregados;
- c) Contribuições para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e, c) Contribuições a Terceiros: SALÁRIO-EDUCAÇÃO, INCRA, SENAI, SESI e SEBRAE.

Em atenção ao informado no relatório, os fatos geradores das contribuições lançadas são as remunerações pagas devidas ou creditadas a qualquer título, durante o mês aos segurados empregados e contribuintes individuais que prestaram serviços a empresa nos estabelecimentos matriz e filial, verificados na documentação apresentada pela empresa.

Infelizmente, a documentação utilizada pela Fiscalização para formalizar o lançamento foi apenas amplamente disponibilizada à ora Recorrente quando da intimação da DN, conforme consignado na r. decisão:

[...] 4 — Diante dos argumentos do contribuinte e para melhor instruir os autos solicitei ao Auditor Fiscal que juntasse ao processo, cópias de documentos que porventura tivesse em seu poder e cedidos pela empresa durante a ação fiscal, referente ao levantamento CM0 — Prestação de Serviços/ Cessão de Mão de Obra.

4.1 — Observo que não abri prazo para a empresa, sobre a juntada desses documentos, porque os mesmos são do seu conhecimento vez que disponibilizados durante a ação fiscal, não se constituindo portanto em fato ou documento novo que necessite da sua manifestação.

4.2 — No entanto extrai cópia das cópias juntadas e as enviei ao contribuinte anexas a esta decisão.

Tal restrição foi objeto de irrisignação da Recorrente [fls. 509-512] que, na oportunidade, suscitou a nulidade:

Pode-se inferir que foi esta a conclusão a que chegou a autoridade administrativa responsável pelo julgamento ao estabelecer a providência de (is 373, muito apropriadamente introduzida pela expressão: "Com a finalidade de instruir os autos do processo administrativo...").

Ou seja, os documentos solicitados eram indispensáveis à instrução do processo e, no entanto, mesmo tendo sido juntada copia de uni c apenas um Contrato (11s 375 a 381) e copias de apenas 22 notas fiscais faturas (lis 382 a 403) e — destaque-se — todas com retenção, mesmo assim o processo foi julgado e mantido o lançamento.

Pergunta-se, então, onde está a coerência, ante os atos acima descritos.

Veja-se também que não foi juntado um só Contrato em que se configuraria a obrigatoriedade da retenção de que se trata c as notas fiscais faturas correspondentes nas quais porventura ficasse provado não ter ocorrido a retenção

Em síntese: a fiscalização arbitra, o setor de contencioso para "instruir o processo..." requer ao autuante a juntada de documentos, este junta apenas alguns — por amostragem - e que provam a inoccorrência da infração — e mesmo assim, o processo é objeto de decisão contraria à ora requerente e à prova dos autos.

Configuradas, pela ofensa aos Princípios da Ampla Defesa c da Verdade Material, a Nulidade da autuação e da decisão de primeira instância. Entretanto, ao recorrente não foi oferecida oportunidade de resposta sobre o resultado da diligência que rebateu as suas alegações com argumentos que lhe eram desconhecidos. Irregularidade esta que considero insanável, uma vez que somente no prazo para interposição do recurso voluntário conheceu dos fatos e esclarecimentos apresentados no relatório de diligência.

De fato, este entendimento também foi plasmado no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que prolatada sem que o contribuinte tivesse a oportunidade de se manifestar em face dos documentos juntados pela Fiscalização.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, Voto pela anulação da decisão de primeira instância.

É como voto.

Processo nº 15922.000068/2007-49
Acórdão n.º **2301-004.209**

S2-C3T1
Fl. 12.951

MANOEL COELHO ARRUDA JÚNIOR - Relator

CÓPIA