

**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA**

Processo nº 15979.000297/2007-16
Recurso nº 148.346 Voluntário
Matéria RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA - CONSTRUÇÃO CIVIL; AFERIÇÃO INDIRETA
Acórdão nº 206-01.349
Sessão de 07 de outubro de 2008
Recorrente VALDINEI LUIZ GUIMARÃES SILVA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA -SRP

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/08/1999 a 31/10/2004

PREVIDENCIÁRIO. NFLD. FALTA DE CIÊNCIA DE ATOS DO FISCO APÓS A IMPUGNAÇÃO. NULIDADE DAS ETAPAS PROCESSUAIS POSTERIORES.

A falta de ciência do contribuinte de manifestações do fisco apresentadas após o oferecimento da impugnação, inquina de nulidade todos os atos subseqüentes, por contrariar a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa.

Processo Anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por maioria de votos em declarar a nulidade da Decisão de Primeira Instância. Vencido(a)s o(a)s Conselheiro(a)s Elaine Cristina Monteiro, e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros e Ana Maria Bandeira, que votaram por não declarar a nulidade.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente



ELIAS SAMPAIO FREIRE

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Viera, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.



Relatório

O lançamento

Trata o presente processo administrativo fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD nº 35.558.917-6, lavrada em nome da pessoa física já qualificada nos autos, na qual são exigidas as contribuições dos segurados empregados e as seguintes contribuições patronais: para a Seguridade Social, para financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (RAT) e aquelas destinadas outras entidades e fundos. O crédito em questão reporta-se à competência 06/2004 e assume o montante, consolidado em 29/10/2004, de R\$ 95.932,26 (noventa e cinco mil e novecentos e trinta e dois reais e vinte e seis centavos).

De acordo com o relatório de trabalho da auditoria, fls. 16/21, o lançamento em questão deu-se por arbitramento e a apuração das contribuições devidas foi efetuada por aferição indireta, nos termos do art. 148 do Código Tributário Nacional – CTN e art. 33 da Lei nº 8.212, combinado com as diversas disposições regulamentares. Quanto aos critérios de apuração do crédito, segundo a auditora, foram utilizados aqueles previstos na Instrução Normativa – IN – INSS/DC nº 100, de 18/12/2003.

Na seqüência, o relato fiscal esclarece que os dados utilizados no levantamento da NFLD foram obtidos da Declaração e Informações sobre Obra – DISO prestada pelo representante legal da empresa ARTEC, na qual declarou ser essa a responsável pela obra. Todavia, constatou-se *a posteriori* que a referida empresa não estava habilitada legalmente para figurar como responsável pela obra e que a mesma sequer participou da execução da edificação. Em adição a seu arrazoado, a fiscalização enumera várias evidências que ratificam sua conclusão de que a obra de propriedade do notificado não poderia ter sido matricula e regularizada pela empresa ARTEC.

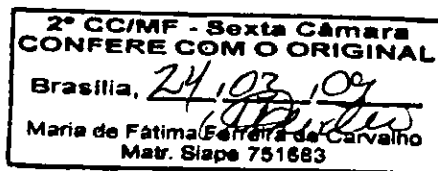
Assevera a agente do fisco que os fatos geradores de contribuição previdenciária são as remunerações pagas aos trabalhadores que laboraram na execução da obra, as quais, no caso em tela, foram obtidas por aferição indireta, conforme art. 447 da IN nº 100/2003, haja vista tratar-se de proprietário pessoa física.

O relatório indica também que a obra foi executada no período de 16/18/1999 a 08/01/2002, conforme documentos expedidos pela Prefeitura Municipal de Praia Grande (SP).

A auditora notificante afirma que a omissão do proprietário em regularizar a obra deu ensejo à emissão de ofício do Aviso para Regularização da Obra – ARO, no qual foram calculadas as contribuições devidas, considerando-se as características da edificação, essas apresentadas no relatório.

Depois, a auditoria traz a lume considerações sobre o método de aferição indireta do salário-de-contribuição pelo Custo Unitário Básico – CUB, faz menção ao aproveitamento de guias de recolhimento apresentadas durante a ação fiscal e cita os documentos considerados no procedimento de apuração do débito.

Por fim, são enumerados os anexos que compõem a NFLD.



A impugnação

Cientificado por via postal, mediante aviso de recebimento, o notificado apresentou impugnação, fls. 29/42, na qual alega inicialmente a falta de legitimidade para figurar no pólo passivo da relação jurídico-tributária em questão. Afirma que firmou, para execução da obra, contrato de empreitada global com a empresa ARTEC – PROJETOS E CONSTRUÇÕES LTDA (CNPJ: 51.067.650/0001-95), a qual é a única responsável pela NFLD.

Advoga, também, que a multa aplicada às contribuições lançadas não deve prevalecer, devendo ser reduzida a patamar justo, dado o seu caráter confiscatório. Apresenta textos doutrinários e jurisprudenciais para fortalecer a sua tese.

Assevera que a taxa de juros SELIC, criada pela Lei nº 8.951/1995, não poderia ser utilizada para fins tributários, posto que não veiculada por lei complementar. Também a aplicação dos juros ao débito em questão representa capitalização composta, o que não é admitido no direito pátrio.

A impugnante afirma, ainda, que há decisão judicial emitida no bojo do Agravo de Instrumento nº 2004.01.00.025177-1/DF, pela qual o Tribunal Regional Federal – TRF da 1.ª Região concedeu tutela antecipada à ARTEC, suspendendo a exigibilidade do presente crédito, bem como determinando a emissão de Certidão de Regularidade Fiscal Previdenciária. Assim, resta claro que não pode haver a execução judicial da dívida sob discussão.

Por fim, requer que a NFLD seja julgada improcedente e que o órgão tributário abstenha-se de executar a dívida fiscal ou mesmo de incluir seu nome no cadastro de inadimplentes.

Foram juntados, além dos documentos de praxe, os atos constitutivos da empresa ARTEC e instrumento de contrato de prestação de serviço entre essa e o defendente, para execução de obra de construção civil.

A diligência fiscal

Em razão dos argumentos defensórios apresentados, a Seção de Contencioso Administrativo da extinta Delegacia da Receita Previdenciária em Santos determinou a realização de diligência fiscal, fl. 66, para que a auditora notificante pudesse se pronunciar sobre os elementos apresentados com a peça de defesa.

Em cumprimento a diligência requerida, a auditoria apresentou extenso arrazoado, fls. 103/111, no qual tece, em síntese, os seguintes comentários:

- a) Toda a documentação relativa à obra em questão está em nome do notificado;
- b) O contrato apresentado não apresenta qualquer registro e o endereço ali constante diverge do endereço da obra sob cuidado;
- c) O período de execução da obra é incompatível com o prazo para conclusão da edificação fixado no contrato;



d) A empresa ARTEC não comprovou, para o período da obra, o seu registro no Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura – CREA, assim, não sendo empresa construtora não poderia ser responsável perante a Fazenda por obra de construção civil. Afirma que a empresa somente obteve o registro no órgão em 29/07/2004;

e) A alegada regularidade fiscal da empresa ARTEC é irrelevante para solução da lide, haja vista que não era da mesma a responsabilidade pelo a obra em questão;

Para concluir, a auditoria assevera a obra sob testilha é de responsabilidade do notificado e que a não há como acatar a alegação da responsabilidade da ARTEC, assim o crédito deve ser mantido na integralidade, devendo ser direcionado unicamente contra o Sr. VALDINEI LUIZ GUIMARÃES.

A decisão de primeira instância

O órgão de julgamento monocrático emitiu a Decisão- Notificação – DN nº 21.433.4/0258/2006, de 12/12/2006, declarando o crédito fiscal procedente, ver fls. 113/120.

O recurso

Inconformado com a decisão *a quo*, o sujeito passivo apresentou recurso ao Segundo Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, fls. 125/138, alegando inicialmente que sua peça foi apresentada no prazo legal e que deixou de efetuar o depósito recursal prévio em razão de ser contribuinte pessoa física.

Depois, alega perda do direito da Fazenda de constituir o presente crédito, tendo-se em conta a fluência do prazo decadencial fixado no CTN.

O recorrente repete o argumento de ilegitimidade para figurar no pólo passivo da NFLD, haja vista que a obra foi contratada pela modalidade empreitada total com a empresa ARTEC, cabendo a essa responder pelas obrigações previdenciárias.

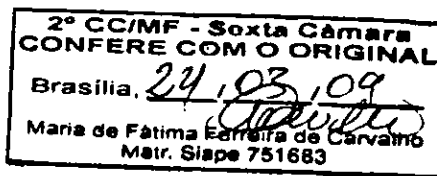
Pede que, em razão do advento da Lei n.º 11.457, de 18/03/2007, o seu recurso seja encaminhado ao Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Insurge-se contra a imposição da multa moratória e dos juros SELIC sobre as contribuições lançadas.

Alega que, se houve a matrícula de obra para empresa ARTEC relativa à mesma edificação, inclusive com confissão de dívida já parcelada, é juridicamente incabível a afirmação na decisão *a quo* de que a decisão judicial mencionada na impugnação não guarda correlação com o presente crédito.

Assim, requer a reforma da decisão de primeiro grau.

É o relatório.



Voto

Conselheiro ELIAS SAMPAIO FREIRE, Relator

A competência para o julgamento de recursos relativos à matéria de custeio previdenciário, por determinação do art. 29 da Lei nº 11.457, de 16/03/2007, passou a ser desse Conselho de Contribuintes.

O recurso foi apresentado no prazo legal, conforme data da ciência da DN em 28/04/2007, fl. 122, e data de protocolização da peça recursal em 22/05/2007, fl. 124. A exigência do depósito recursal prévio não é aplicável, por se tratar de contribuinte pessoa física.

A análise da marcha processual experimentada pelo crédito tributário sob cuidado evidencia a ocorrência de falha que, embora sanável, não pode ser desconsiderada por esse colegiado. Vejamos.

Conforme relatado, o órgão de julgamento de primeira instância, antes de prolatar sua decisão, determinou que o processo fosse devolvido à fiscalização, a fim de que a mesma emitisse pronunciamento sobre os elementos apresentados pela impugnação. A agente do fisco, em extenso arrazoado, pugnou pela manutenção da exigência, obtendo concordância do julgador monocrático, que decidiu pela procedência da NFLD.

Ocorre que, após o pronunciamento fiscal, ao sujeito passivo não foi possibilitado o contraditório, posto que não tomou ciência do resultado da diligência fiscal perpetrada, para que pudesse fazer o seu contraponto antes da emissão da decisão *a quo*.

Tenho que reconhecer que a irregularidade apontada contraria norma de observância obrigatória contida no art. 5º, LV, da Carta Magna, a qual garante aos litigantes, em processo administrativo ou judicial, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Nesse sentido, a decisão original não pode subsistir, posto que negligenciou a oportunidade da recorrente de se contrapor a fato trazido aos autos pelo fisco após a impugnação, atropelando garantia processual de ordem pública, pelo que deve ser declarada nula.

É esse o entendimento expresso no Decreto nº 70.235, de 06/03/1972, que, ao tratar das nulidades no processo administrativo fiscal, prescreve:

"Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

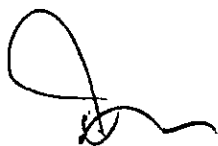
(...)” (grifos não originais).

Dúvida não há, então, de que uma decisão proferida sem que seja ofertada ao administrado a faculdade de se pronunciar acerca de manifestação do fisco deve ser nulificada, devolvendo-se o processo à primeira instância para que a recorrente, querendo, exerça seu direito ao contraditório.

Portanto, a nulidade da DN merece ser decretada para que seja oferecida oportunidade à recorrente de se manifestar a respeito do resultado da diligência fiscal, antes de qualquer decisão da Receita Federal do Brasil a respeito da NFLD sob enfoque.

Voto, assim, por **CONHECER DO RECURSO e ANULAR A DECISÃO-NOTIFICAÇÃO**, para que o contribuinte seja intimada a se manifestar em relação à referida diligência fiscal.

Sala das Sessões, em 07 de outubro de 2008



ELIAS SAMPAIO FREIRE