



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

Processo n° 18108.001287/2007-37
Recurso n° 249.883 Voluntário
Acórdão n° **2803-01.394 – 3ª Turma Especial**
Sessão de 12 de março de 2012
Matéria Retenção de 11%
Recorrente Anglo American Brasil Ltda.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/04/1999 a 30/04/2002

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. OBRIGATORIEDADE DE RETENÇÃO.

Consoante art. 31 da lei 8.212/91, a empresa contratante de serviços executados mediante cessão de mão de obra de empreitada de construção civil, inclusive em regime de trabalho temporário, deverá reter 11% (onze por cento) do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e recolher, em nome da empresa cedente da mão de obra, a importância retida.

Insuficiente fundamentação legal nos levantamentos R01 - Penta Pena Transportes Aéreos, R07 - Transportadora Giacchero Ltda, R22 - Metropolitan Transportes, R23 - Sete Táxi Aéreo Ltda e R26 - ASH Assessoria Serviço de Hotelaria Ltda determina a exclusão dos mesmos.

Recurso Voluntário Provido Em Parte - Crédito Tributário Mantido em Parte

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso, nos termos do voto vista vencedor do(a) Conselheiro Oseas Coimbra Junior, para anular os levantamentos R01 - Penta Pena Transportes Aéreos, R07 - Transportadora Giacchero Ltda, R22 - Metropolitan Transportes, R23 - Sete Táxi Aéreo Ltda e R26 - ASH Assessoria Serviço de Hotelaria Ltda. Vencido(a) o(a) Conselheiro(a) Amilcar Barca Teixeira Junior e Gustavo Vettorato. Declaração de voto Conselheiro Eduardo de Oliveira.

(Assinado Digitalmente)

Helton Carlos Praia de Lima - Presidente.

Processo nº 18108.001287/2007-37
Acórdão n.º **2803-01.394**

S2-TE03
Fl. 397

Gustavo Vettorato – Relator

(Assinado Digitalmente)

Oseas Coimbra Junior – Redator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Helton Carlos Praia de Lima (presidente), Gustavo Vettorato (vice-presidente), Eduardo de Oliveira, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Oséas Coimbra Júnior, Amilcar Barca Teixeira Júnior.

Relatório

O presente Recurso Voluntário apresentado (fls. 374-391) busca a revisão total da decisão *a quo* (fls.330-343), que manteve crédito constituído pela NFLD a título de contribuições que deveriam ser retidas e recolhidas em razão de serviços prestados por cessão de mão-de-obra, sob a égide de responsabilidade(art. 31 da Lei n. 8.212/1991), e que reconheceu a decadência dos créditos anteriores à 11/2001 (art.173, I,CTN). A ocorrência dos eventos sobre os quais incidiu a norma de imposição tributária se deu nas competências de 04/1999 a 04/2002, sendo o lançamento cientificado no dia 14.11.2007 (fls.01).

Em seu recurso, a contribuinte alegou a decadência total do crédito lançado por se tratar de tributo sujeito à homologação de pagamento (Sum.8 do STF c/c art. 150,§4, do CTN), de que o lançamento não cumpre os requisitos para sua validade, bem como os serviços estariam inclusos no art.31 da Lei n. 8.212/1991.

O recurso foi considerado tempestivo pela autoridade preparadora, seguindo originalmente para o 2º Conselho de Contribuintes, que teve suas competências transferidas à 2ª Seção de Julgamento do CARF/MF, e, por conseguinte, veio distribuído à presente Turma Especial e relator.

Este é o Relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Gustavo Vettorato

O recurso é tempestivo, conforme supra relatado, dispensado do depósito prévio (Súmula Vinculante 21 do STF), assim deve o mesmo ser conhecido.

Inicialmente, com a devida licença de inversão de análise, antes se verificar a existência ou não de decadência, deve-se verificar se o lançamento objeto da decisão recorrida preenche os requisitos da legalidade impostos pelo art. 142, do CTN, bem como da legislação ordinária, em especial o art. 33 e 37 da Lei n. 8.212/1991 e Decreto n. 70.235/1971.

Observe-se a alegação da Recorrente de que não foi realizada a devida indicação do fundamento legal, em que pese a resposta da decisão recorrida em que o anexo “FLD – Fundamentos Legais do Débito” (fls. 70-72) teria apresentado de forma clara e objetiva os dispositivos legais aplicados no lançamento, é de se entender que a mesma está incorreta em atenção aos documentos juntados na NFLD.

A atenção à esse aspecto formal é interessante por um motivo cabal: o lançamento foi constituído com base em uma presunção realizada em face de uma negativa da Recorrente em fornecer documentos solicitados pela fiscalização. Segundo o Relatório da Notificação Fiscal (fls. 103-106) em face dessa negativa, o fiscal aplicou uma presunção de que a base de cálculo para a retenção de 11% (art. 31, da Lei n. 8.212/1991) seria de 30% (trinta por cento) sobre todas as Notas Fiscais de Serviços, desconsiderando em muitos casos a necessidade de continuidade de tais serviços.

Em momento algum, informou a base legal específica para tal presunção, pois tal aplicação é, em verdade, um arbitramento por aferição indireta. O arbitramento por aferição indireta é instrumento legítimo para a descrição e qualificação do evento sobre o qual incide a norma tributária, desde que obedecido o que dispõe os artigos 142, 148 e 149, do CTN, e o arts. 33, §§ 3º e 6º, da Lei n. 8.212/1991. Inclusive, em decorrência do próprio art. 142, do CTN, os motivos fáticos, inclusive o método de aferição devem estar expressos, bem como o fundamento legal que dá base a utilização de tal instrumento, ordem essa oriunda também no art. 37, da Lei n. 8.212/1991. Tais determinações são necessárias inclusive para que haja o real respeito à garantia de contraditório e ampla defesa e ao devido processo legal (art. 5, LV da CF/1988)

Primeiro, nos autos em momento algum há explicação ou indicação de onde a fiscalização ou qual método obteve para aplicar a presunção da base de cálculo a ser aplicada seria de 30% (trinta por cento) sobre o valor de todas as notas fiscais de prestação de serviço de natureza tão dispere.

Segundo, a mera menção ao artigo 33, da Lei n. 8.212/1991, sem especificar qual é o seu parágrafo fundamentador da aplicação do instrumento de aferição indireta, observando que o mesmo artigo trata uma série de assuntos atinentes ao lançamento, desde a competência até procedimentos específicos. Ou seja, afirmação feita pela decisão recorrida não sanou a afronta aos dispositivos supra mencionados. Ressalta-se, caso tivesse realmente

buscado a devida base legal de tal instrumento, a fiscalização inclusive teria a sua disposição um código fornecido pelo próprio sistema eletrônico da Secretaria da Receita Federal do Brasil para indicar tais dispositivos.

“sendo, o lançamento, o ato através do qual se identifica a ocorrência do fato gerador, determina-se a matéria tributável, calcula-se o montante devido, identifica-se o sujeito passivo e, em sendo o caso, aplica-se a penalidade cabível, nos termos da redação do art. 142 do CTN, certo é que do documento que formaliza o lançamento deve constar referência clara a todos estes elementos, fazendo-se necessário, ainda, a indicação inequívoca e precisa da norma tributária impositiva incidente” (PAUSEN, Leandro. Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 3ª ed., Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001, p. 706).

Revedo posicionamentos anteriores, pelas razões acima, observa-se que a norma individual e concreta em que não demonstra todas as suas facetas, prejudica a sua aplicação e a possibilidade de defesa do contribuinte perante o Fisco (art. 59, I, do Dec. 70.235/1972). A deficitária construção da norma individual e concreta do tributo, algo além da mera formalidade extrínseca do ato de constituição do crédito, afetando o seu âmago. Conforme jurisprudência do Conselho de Contribuintes:

"PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. RECURSO EX OFFICIO — É nulo o Ato Administrativo de Lançamento, formalizado com inegável insuficiência na descrição dos fatos, não permitindo que o sujeito passivo pudesse exercitar, como lhe outorga o ordenamento jurídico, o amplo direito de defesa, notadamente por desconhecer, com a necessária nitidez, o conteúdo do ilícito que lhe está sendo imputado. rata-se, no caso, de nulidade por vício material, na medida em que alta conteúdo ao ato, o que implica inoccorrência da hipótese de incidência." (1ª Câmara do 1º Conselho de Contribuintes, Recurso nº132.213 — Acórdão nº101-94049, Sessão de 06/12/2002, unânime)

Dessa forma, está claro que com meras alegações circunstanciais, como apresentadas pela autoridade fiscal, não se poderia constituir o crédito tributário impugnado contra a Recorrente. a ausência dos fundamentos legais e fáticos para o arbitramento

Em razão deste entendimento, as demais questões restam prejudicadas de análise.

Isso posto, meu voto é para CONHECER O RECURSO VOLUNTÁRIO, CONCEDENDO TOTAL PROVIMENTO, no sentido de reformar a decisão *a quo* e decretar a nulidade do lançamento por vício material.

Sala de Sessões, 12 de março de 2012.

(Assinado digitalmente)

Gustavo Vettorato - Relator

Voto Vencedor

Conselheiro Oséas Coimbra,

Pedi vista dos presentes autos a fim de melhor refletir acerca das provas colacionadas pelo contribuinte.

Segundo DN de fls 339, foi reconhecida a decadências das competências anteriores a 11/2001, inclusive, restando sob análise as competências 12/2001 a 04/2002 e os levantamentos R01 - Penta Pena Transportes Aéreos, R07 - Transportadora Giacchero Ltda, R13 - Siemens Engenharia e Service, R16 - Siemens Engenharia e Service, R22 - Metropolitan Transportes, R23 - Sete Táxi Aéreo Ltda, R26 - ASH Assessoria Serviço de Hotelaria Ltda e R35 - Servflora Serviços Florestais Ltda.

Dos levantamentos referentes a serviços de transportes

Os levantamentos R01 - Penta Pena Transportes Aéreos, R07 - Transportadora Giacchero Ltda, R22 - Metropolitan Transportes e R23 - Sete Táxi Aéreo Ltda., por se referirem a serviços de transportes, tiveram sua base de cálculo considerada como 30% do valor das notas fiscais, conforme relatório fiscal.

Na defesa apresentada, o contribuinte já se insurge sobre a falta de fundamentação legal e, sobre esse tema, na DN de fls 338, assim se manifesta o e. julgador: *O anexo "FLD — Fundamentos Legais do Débito" (fls. 70 a 72) apresenta de forma clara e objetiva os dispositivos legais que fundamentaram o lançamento efetuado, de acordo com a legislação vigente à época de ocorrência dos fatos geradores. Assim, inadmissível a alegação da Impugnante no sentido de que os artigos tidos como infringidos, na verdade, configuram uma singela relação de toda a legislação relativa às contribuições, algumas sem qualquer relação com os fatos apontados na NFLD."*

A base de cálculo diferenciada consta da OS 209, de 20.05.1999, subitem 17.4. A manifestação do contribuinte acerca da falta de fundamentação legal demonstra clara impugnação à ausência da norma citada, o que poderia ter sido sanado em diligência, fato não realizado. A falta de esclarecimentos acerca da base de cálculo do fato gerador imputado, vicia o auto lavrado.

Em razão do exposto, adiro, nessa parte, ao voto do e. Relator, para anular os levantamentos R01 - Penta Pena Transportes Aéreos, R07 - Transportadora Giacchero Ltda, R22 - Metropolitan Transportes e R23 - Sete Táxi Aéreo Ltda, por erro formal.

Complementando, temos que a deficiência na fundamentação legal deve ser considerada como erro formal, também na linha do entendimento do Superior Tribunal de Justiça. Vejamos o que decidido no AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.212.658 – RS, DJe: 18/08/2011

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUTUAÇÃO ORIGINAL INVÁLIDA POR VÍCIO FORMAL (FUNDAMENTAÇÃO LEGAL). LANÇAMENTO COMPLEMENTAR. DECADÊNCIA. DISCUSSÃO ACERCA DO TERMO INICIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. FALTA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.

1. Agravo regimental contra decisão que indeferiu liminarmente os embargos de divergência pelos quais a contribuinte sustenta a existência de dissídio interno acerca da contagem da decadência para o lançamento complementar proveniente da fase de diligências no curso do processo administrativo (art. 18, § 3º, do Decreto 70.235/72).

2. Não há similitude fática e jurídica entre os acórdãos confrontados. A questão de direito apreciada pelo acórdão embargado diz respeito ao termo a quo do prazo decadencial para a realização de lançamento complementar àquele que foi invalidado por vício formal (fundamentação legal equivocada). Já o aresto paradigma aponta para situação diversa, relativa à necessidade de publicação em jornais de grande circulação como pressuposto de validade para a cobrança da contribuição sindical rural, nos termos do art. 605 da CLT.

3. Constata-se, também, das razões de decidir, que os acórdãos em comparação não ostentam teses jurídicas antagônicas a justificar o processamento do presente recurso, pois, enquanto o acórdão embargado trata de decadência quando há vício formal no lançamento original (análise dos planos da existência e da validade do ato administrativo), o aresto paradigma cuida da invalidade de cobrança tributária por vício na notificação do lançamento (análise do plano da eficácia do ato administrativo).

4. Agravo regimental não provido.

Dos demais lançamentos

Do TIAD de fls. 93, temos a pertinente intimação para a apresentação dos Contratos e Notas Fiscais de Prestação de Serviços referentes aos prestadores elencados na Planilha anexa - fls. 94 a 97. Às fls 98 a 102, outro TIAD é emitido, com reiteração do que já solicitado.

Sobre a alegação apresentada na defesa de fls 199, de que o TIAD não foi lavrado pelo Agente Autuante, temos que o Auditor que lavrou o Termo era integrante da ação fiscal conforme MPF de fls 80, não havendo impedimento que este Auditor lavrasse os TIAD e outro lavrasse a notificação.

Estes levantamentos não trazem base de cálculo diferenciada, como no caso dos serviços de transportes, razão pela qual o que consta do relatório FLD é suficiente a embasar o que lançado.

O Relatório fiscal informa que tais lançamentos se referem a prestação de serviços com cessão de mão-de-obra ou empreitada. A não apresentação da documentação requerida impede maiores esclarecimentos acerca dos serviços prestados. Consta do relatório: *“A empresa não apresentou não só as NFS - Notas Fiscais de Serviço, como também deixou de apresentar os contratos de prestação de serviços solicitados, tendo por isso, sido presumida a cessão de mão de obra.”*

Aqui abre-se um parênteses acerca da necessidade de se trazer no relatório fiscal menção ao art. 33 §3º da lei 8.212/91, uma vez que os lançamentos se deram em razão da não apresentação da documentação requerida pela fiscalização. Destaca-se que o artigo foi citado, o parágrafo 3º não, conforme consta do voto do em. Relator.

Art. 33 (...)

§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, out 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.

O §3 traduz atribuição intrínseca à ação de fiscalização tributária – falta de apresentação de documentos gera presunção de ocorrência de fato gerador - se assim não fosse, a mera não apresentação de documentos impediria o Fisco de efetuar o lançamento, nada mais absurdo.

Sobre esse tópico, perfilho-me ao entendimento da Câmara Superior de Recursos Fiscais que, ao julgar o processo 35368.000865/2006-95, em 10 de maio de 2010 assim decidiu:

Ementa:

FALTA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL PARA ARBITRAMENTO DE TRIBUTO. DESCRIÇÃO CLARA E SUFICIENTE DOS FATOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. NULIDADE. IMPOSSIBILIDADE.

A falta de indicação do dispositivo legal para arbitramento de tributo não resulta, por si só, a nulidade do lançamento quando a descrição dos fatos é detalhadamente suficiente para assegurar o exercício do direito de defesa.

Recurso Especial do Procurador Provido

Crédito Tributário Mantido

Entendo que não há prejuízo ao contribuinte em razão da não indicação do parágrafo do art 33, uma vez que a fiscalização demonstrou de forma suficiente suas razões e circunstâncias pertinentes ao lançamento, oferecendo as devidas oportunidades de constestação.

Temos que não fica configurada aferição indireta, pois a base de cálculo é a prevista em legislação – valores constantes em notas fiscais, não havendo que se falar em

detalhamento de método utilizado, pois os valores, repisa-se são os presentes nas notas e detalhados no razão auxiliar – fls 107 e ss.

Houve, **em razão da não apresentação de documentos**, um arbitramento, onde o fisco considerou tais notas como referentes à prestação de serviços sujeitos à retenção, e subsequente aferição direta da exação devida – correto o procedimento.

Na liquidação do crédito arbitrado, o auditor-fiscal pode empregar diferentes procedimentos, dentre os quais o procedimento de aferição indireta da base de cálculo das contribuições devidas.

A aferição indireta ou ficta ocorre quando, para se alcançar um valor de base de cálculo, utiliza-se elementos relacionados circunstancialmente ao fato gerador considerado, cuja análise deverá trazer um valor aproximado ao do fato gerador efetivamente ocorrido, exemplo:

- honorários pagos a advogados sem comprovação de valores - utilização da tabela da OAB;

- obra de construção civil sem regular contabilização – utiliza-se o CUB ou percentuais sobre as notas fiscais dos serviços prestados (quando fiscalizada a prestadora), etc.

Continuando, em relação às empresas R13 - Siemens Engenharia e Service, R16 - Siemens Engenharia e Service, R26 - ASH Assessoria Serviço de Hotelaria Ltda e R35 - Servflora Serviços Florestais Ltda, nenhuma nota fiscal ou contrato foi apresentado.

Nos TIAD's acostados, há expressa determinação de apresentação dos documentos referentes às empresas listadas, a empresa - ASH Assessoria Serviço de Hotelaria Ltda não consta das relações, e os lançamentos contábeis apresentados não demonstram serviço sujeito a retenção de 11%, razão pela qual também deverá ser excluída da presente NFLD.

No recurso há expressa impugnação aos levantamentos R07, R01, R11, R22, R13 e R17. Considero também impugnado o levantamento R16 que se refere a mesma empresa – SIEMENS, trazida no levantamento R13.

Nesse ponto, alega o contribuinte que *“essa constatação não se comprova apenas nos registros acima citados, mas também nos demais registros em que a descrição do lançamento informa, por exemplo, que a operação realizada se trata de locação de equipamento, como no Registro R13 e não da contratação prestação de serviço, propriamente dita, e muito menos de cessão de mão-de-obra.”*

A descrição do lançamento, de acordo com o razão auxiliar – fls 132 e ss, não traz essa informação, que consta apenas de cópias da tela do sistema informatizado da própria empresa – fls 264 e ss, sendo assim imprestáveis para o fim a que se propõe. A recorrente não anexou, novamente, contratos ou notas fiscais a demonstrar o alegado.

Assim sendo, temos que, em relação aos levantamentos R13 - Siemens Engenharia e Service, R16 - Siemens Engenharia e Service e R35 - Servflora Serviços Florestais Ltda o contribuinte não trouxe elementos que afastassem o que alegado pela

fiscalização.

Processo nº 18108.001287/2007-37
Acórdão n.º 2803-01.394

S2-TE03
Fl. 405

CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço do presente recurso e dou parcial provimento para anular os levantamentos R01 - Penta Pena Transportes Aéreos, R07 - Transportadora Giacchero Ltda, R22 - Metropolitan Transportes, R23 - Sete Táxi Aéreo Ltda e R26 - ASH Assessoria Serviço de Hotelaria Ltda.

Sala de Sessões, 12 de março de 2012.

(Assinado digitalmente)

Conselheiro Oséas Coimbra

Declaração de Voto

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

Pedi vista dos autos, exclusivamente, em razão, da controvérsia sobre realização ou não da aferição indireta – arbitramento, para melhor poder estudar o caso.

O órgão fiscal tem a prerrogativa de lançar a importância que entender devida quando o contribuinte ou o sujeito fiscalizado se recusar a fornecer ou fornecer de forma deficiente documentos e esclarecimentos ou caso estes documentos não mereçam fé, artigo 33 e seus incisos da Lei 8.212/91 c/c o artigo 148 da lei 5.172/66.

Pelos relatos dos I. Conselheiros que me precederam foi o que ocorreu, pois segundo verifiquei a empresa não forneceu os documentos necessários para que se pudessem diferenciar onde houve e onde não houve cessão de mão de obra, observe-se o trecho abaixo transcrito retirado do voto-vista do N. Conselheiro Oséas Coimbra Júnior.

“A empresa não apresentou não só as NFS - Notas Fiscais de Serviço, como também deixou de apresentar os contratos de prestação de serviços solicitados, tendo por isso, sido presumida a cessão de mão de obra.”

Desta forma, não tendo a fiscalização como mensurar quais os serviços ocorram com cessão de mão de obra e quais não, em razão da inércia da recorrente, o fisco apenas usou de sua atribuição legal, nos termos do artigo 33 da Lei 8.212/91 c/c o artigo 142 da Lei 5.172/66 e presumiu a ocorrência do fato gerador em todas as notas.

No entanto, isto não significa aferição-indireta/arbitramento, pois estas dizem respeito ao método e técnica de apuração da base de cálculo, o que no presente caso não foi necessário, uma vez que se usou os valores constantes das próprias notas fiscais, como determina a Lei 8.212/91 em seu artigo 31, caput, ou seja, a base de cálculo teve apuração direta.

No intuito de elucidar a questão trago a colação a lição abaixo transcrita.

“O grande alcance da fiscalização tributária é figura essencial ao exercício da própria atividade tributária como um todo. Se a fiscalização não fosse dotada desse poder de examinar as atividades dos sujeitos passivos, a tributação perderia seu caráter compulsório.

A eventual recusa do sujeito passivo em exhibir seus livros e papéis às autoridades fazendárias não inibe a atividade do lançamento tributário. Nesse caso, caberá o lançamento de ofício por arbitramento, conforme estatui o art. 148 do CTN, aplicável sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado.

Nessas circunstâncias a autoridade fiscal presumirá haver ocorrido o fato gerador do tributo e conseqüentemente arbitrar, de forma unilateral, o valor da base de cálculo para efeitos, de constituição do crédito tributário correspondente.”¹

*PENAL E PROCESSUAL PENAL. SONEGAÇÃO FISCAL. ART. 1º DA LEI 8.137/90. CRIME MATERIAL - CONSUMAÇÃO - CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO. APLICAÇÃO DO 366 DO CPP - CABÍVEL AOS FATOS SOB SUA VIGÊNCIA - PRELIMINAR DEFERIDA - PROCESSO E PRAZO PRESCRICIONAL SUSPENSO EM RELAÇÃO À OMISSÃO OCORRIDA NO ANO-CALENDÁRIO DE 1997. MATERIALIDADE - PRESUNÇÃO TRIBUTÁRIA - INSUFICIÊNCIA - NECESSIDADE DE EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DA SONEGAÇÃO. AUTORIA E DOLO CARACTERIZADOS. DOSIMETRIA BEM APLICADA. APELO DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDO. APELO DA DEFESA IMPROVIDO. 1. O delito previsto no artigo 1º da Lei nº 8.137/90, crime material, se consuma com a constituição do débito pelo Fisco. Precedentes. 2. - É possível a aplicação parcial do disposto no art. 366 do CPP, em relação aos fatos praticados na sua vigência, mesmo na hipótese de existir outros anteriores a mesma (CPP: artigo 2º). 3 - De outro tanto, em relação ao ano-calendário de 1994, não restou demonstrada a efetiva constituição dos fatos geradores, para fins de provas no âmbito penal, tendo em vista que foram presumidos. 4 - **Como é sabido, a presunção é válida na seara tributária, mas, mesmo que o contribuinte não impugne a ação fiscal, aceitando seus termos, não é aceitável que, sem prova contundente, a mesma sirva de substrato para um decreto condenatório.** 5. A autoria e o dolo também caracterizados. 6. Dosimetria bem aplicada. 7. Apelo da acusação parcialmente provido. Apelo da defesa desprovido. (ACR 200161810037949, JUIZ CONVOCADO ROBERTO JEUKEN, TRF3 - SEGUNDA TURMA, DJF3 CJI DATA:10/06/2010 PÁGINA: 114.) (grifos meus)*

Destarte, em verdade o que ocorreu no presente caso e que foi acima esclarecido foi a presunção da ocorrência do fato gerador - cessão de mão de obra em todos os serviços prestados ante a recusa da empresa em apresentar documentos que pudessem identificá-los.

Logo, a indicação do inciso da aferição indireta tornou-se irrelevante, pois esta não ocorreu, agindo o fisco nos exatos termos do artigo 33, caput da lei 8.212/91 c/c o artigo 142, caput da Lei 5.172/66.

Assim sendo, acompanho a divergência inaugurada pelo I. Conselheiro que me antecedeu, mas no que tange aos lançamentos mantidos, o faço por outros motivos, os quais estão supramencionados e esclarecidos.

Sala de Sessões, 12 de março de 2012.

Processo nº 18108.001287/2007-37
Acórdão n.º **2803-01.394**

S2-TE03
Fl. 408

(Assinado digitalmente)

Conselheiro Eduardo de Oliveira.

CÓPIA