



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

Processo nº 18108.002090/2007-15
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2202-005.249 – 2ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2019
Matéria CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente BRICK ENGENHARIA LTDA (ITIBRA ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA)
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/04/2007

NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

Não há ocorrência de nulidade, pois não houve violação aos requisitos do artigo 59 do Decreto 70.235/72.

DECADÊNCIA. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 8.

Dispõe a Súmula Vinculante nº 8 do STF: São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário. O prazo decadencial para o lançamento de contribuições sociais é de 5 anos.

DECADÊNCIA. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. TRIBUTOS LANÇADOS POR HOMOLOGAÇÃO. APLICAÇÃO DO ART. 150, § 4º DO CTN. COMPROVAÇÃO DE PAGAMENTO.

Tratando-se de tributos sujeitos à homologação e comprovada a ocorrência de antecipação de pagamento, aplica-se, quanto à decadência, a regra do art. 150, § 4º do CTN.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS. PRONUNCIAR. CARF. COMPETÊNCIA. NÃO TEM.

Súmula CARF nº 28: "O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais."

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. ATRIBUIR. EM SEDE DE RECURSO. CARF. IMPOSSIBILIDADE.

Em sede de recurso, não há possibilidade de incluir responsável no polo passivo, tendo em vista que não é competência do CARF atribuir responsabilidade solidária, sendo que tal atribuição compete, no âmbito da ação fiscal, a autoridade lançadora.

RECURSO VOLUNTÁRIO. APRESENTAÇÃO TEMPESTIVA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

A apresentação tempestiva do Recurso Voluntário suspende a exigibilidade do crédito tributário nos termos do inciso III, art. 151 do CTN.

JURISPRUDÊNCIAS. PROCESSOS. NÃO TRANSITADOS EM JULGADO. SEM DECISÕES DEFINITIVAS DE MÉRITO. NÃO VINCULAM. JULGAMENTO.

As jurisprudências referentes a processos judiciais, ainda não transitados em julgado, sem decisões definitivas de mérito, não vinculam o julgamento na esfera administrativa.

PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR/PAT. NÃO COMPROVAÇÃO DE ADESÃO AO PAT. INTEGRA O SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO. INCIDÊNCIA DE CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS.

Quando a empresa não comprovar a regularidade de inscrição no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, os pagamentos efetuados a título de alimentação serão considerados parcelas integrantes do salário de contribuição para todos os efeitos.

LANÇAMENTO. DOCUMENTOS. ESCRITURAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO. AFERIÇÃO INDIRETA. ARBITRAMENTO. DIRPJ. LEGALIDADE.

Quando a contribuinte deixar de apresentar ou apresentar com deficiência a sua escrituração contábil e os documentos solicitados, compete a Autoridade Fiscal, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância que considerar devida, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

A Fiscalização dispõe de instrumentos legais para aferir de forma indireta, arbitramento, a base de cálculo para efetuar o lançamento das contribuições devidas. Sendo válido o procedimento lastreado em informações registradas na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica/DIRPJ.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso para reconhecer a decadência do lançamento no que se refere às competências janeiro a setembro de 2002.

(assinado digitalmente)

Ronnie Soares Anderson - Presidente

(assinado digitalmente)

Rorildo Barbosa Correia - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros Marcelo de Sousa Sáteles, Martin da Silva Gesto, Ricardo Chiavegatto de Lima, Ludmila Mara Monteiro de Oliveira, Rorildo Barbosa Correia, Leonam Rocha de Medeiros, Fernanda Melo Leal (suplente convocada) e Ronnie Soares Anderson. Ausente a conselheira Andréa de Moraes Chierogatto.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto contra o acórdão nº 17-23.800 proferido pela 10ª Turma da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em São Paulo II / SP - DRJ/SPOII, a qual julgou procedente o lançamento e manteve o crédito tributário exigido referente às contribuições sociais por meio da NFLD DEBCAD nº 37.080.098-2 de 30/10/2007 (fls. 416/422 e 443/472).

Do Lançamento Tributário

No tocante ao lançamento tributário, o relatório que acompanha a decisão da DRJ/SPO II (fl. 417) mencionou o seguinte:

Trata-se de crédito previdenciário lançado pela fiscalização contra o contribuinte acima identificado, contendo contribuições devidas à Seguridade Social correspondentes à parte segurados, empresa, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e aquelas destinadas as Terceiras Entidades, incidentes sobre pagamentos efetuados aos segurados empregados a título de alimentação do trabalhador, concedidos em desacordo com a Lei 6.321/76 e a Lei 8.212/91, art. 28, parágrafo 9º, "c", conforme consta do Relatório Fiscal às fls 69 a 76.

2. Informa a Auditoria Fiscal que o débito foi apurado por aferição indireta, com base nos lançamentos constantes da Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica -DIPJ, obtida no Banco de Dados da Secretaria da Receita Federal. Na verificação da DIPJ 2003/ Ano-Calendário 2002 há lançamentos denominados de Alimentação do Trabalhador que se encontram nas fichas 04 e 05: Custos dos Bens e Serviços Vendidos e Despesas Operacionais, respectivamente. O total obtido: R\$ 294.209,78 foi dividido por 12 meses, resultando no valor aferido de R\$ 24.517,48/mês, aplicado no período de 01/2002 a 12/2002.

Regularmente intimada do lançamento, a contribuinte apresentou impugnação, bem sintetizada pela DRJ (fls. 418/419), alegando que (fls. 359/388):

A técnica implementada pela Auditoria Fiscal para fundamentar o arbitramento da base tributável foi utilizada ao arrepio das disposições legais.

Não foram respeitados os seguintes princípios: liquidez e certeza, reserva legal, prova segura e tipicidade. Infere ainda, que o lançamento é duvidoso eis que não foi comprovado, de forma segura, a ocorrência do fato gerador do tributo, uma vez que não foram realizadas as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza à constituição do crédito tributário.

A falta de apresentação das folhas de pagamento e documentos como: GFIP's e GPS ou mesmo a escrituração contábil e fiscal do período fiscalizado, por si só, não autoriza

o fiscal a utilizar-se da constituição de crédito tributário como instrumento punitivo, transferindo ao contribuinte o ônus da prova.

Na obtenção dos dados de todas as GFIP's e GPS com a utilização do banco de dados Dataprev/CNIS para apuração do presente débito o Auditor Fiscal também deveria ter considerado as informações a respeito das retenções que foram efetuadas da Impugnante e aquelas efetuadas de seus sub-empregados, com vistas a dar mais segurança e certeza para o levantamento, o que evidencia a nulidade do Auto de Infração.

Pleiteia a aplicação do prazo decadencial de 05 anos, a teor das disposições contidas no art. 173 e do §4º do art. 150 do CTN.

Com o advento da Lei 9.711/98 que alterou a sistemática de recolhimento da contribuição social instituindo a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e considerando que sua atividade exclusiva era a prestação de serviços de manutenção de redes telefônicas, mediante o fornecimento de mão de obra, em contratos firmados unicamente com as empresas TELESP S/A, BRASIL TELECOM S/A e TELEMAR S/A, elas são responsáveis por substituição e devem ser incluídas no pólo passivo do presente processo administrativo.

Com referência à Representação Fiscal para Fins Penais, alega que a caracterização do ilícito penal está a depender da procedência do lançamento fiscal eis que se trata de um crime material, de resultado, em que a supressão ou redução do tributo caracterizada, além do que a Autoridade Fiscal está proibida por lei (art. 83 da Lei 9.430/96) de encaminhar a representação ao Ministério Público, razão porque o Inquérito Policial decorrente de tal representação está inquinado pelo vício da ilegalidade. e pede o efeito suspensivo do lançamento.

A impugnação foi julgada improcedente pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento DRJ/SPOII (fls. 416/422).

Da Decisão da Delegacia da Receita Federal de Julgamento

Quando da análise do presente caso, a DRJ/SPOII apreciou o lançamento e proferiu o acórdão: "Acordam os membros da 10ª Turma de Julgamento, por unanimidade de votos, considerar procedente o lançamento, mantendo o crédito tributário exigido, nos termos do voto da relatora." que em síntese, assim relatou (fls. 419/422):

7. A fiscalização constituiu o crédito previdenciário correspondente, conforme determina o art. 37, da Lei nº 8.212/91 e art. 229 do Decreto nº 3.048/99, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, em total consonância com as normas legais, inclusive, em atendimento ao disposto no art. 142 e seu parágrafo 1, do Código Tributário Nacional - CTN.

8.1. A Legislação determina o uso de aferição indireta quando a documentação apresentada não demonstre a realidade, ou seja, os contribuintes têm a obrigação de colaborar com a Fiscalização. Devem apresentar todos os documentos que possui sob pena de ser autuado. Ocorre que o contribuinte desidioso nada apresenta, limitando-se a alegar que a técnica

implementada pela Auditoria Fiscal para fundamentar o arbitramento da base tributável foi utilizada ao arrepio das disposições legais.

9. Considerando que nenhuma prova em contrário foi apresentada, a alegação da empresa serve apenas para reforçar o procedimento fiscal, vez que ela mesma admite não ter apresentado toda a documentação solicitada (fls. 306). Tenta justificar tal falta inferindo que a Auditoria Fiscal, de forma superficial, conduziu o procedimento administrativo destinado à definição do crédito tributário uma vez que suas tomadoras de serviços deveriam também ser objeto de inspeções.

10. No presente caso a Auditoria Fiscal verificou que a empresa efetuou despesas com alimentação de seus empregados sem, no entanto, estar inscrita no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT. A Lei nº 6.321/76. (...).

11. Com referência ao pleito de incluir no pólo passivo as empresas tomadoras de serviços elencadas na impugnação, têm-se que o presente levantamento de débitos não se trata de responsabilidade solidária.

Para melhor entendimento, transcrevo as ementas do acórdão proferido pela DRJ/SPOII (fl. 416):

Assunto: Contribuições Sociais previdenciárias

Período de apuração: 01/01/2002 a 30/04/2007

NFLD DEBCAD nº 37.080.098-2 de 30/10/2007

Fato Gerador - Os valores pagos aos segurados empregados a título de Alimentação em desacordo com o que preceitua a legislação do Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, caracterizam-se como salário de contribuição.

Aferição Indireta - Face recusa ou apresentação deficiente de documentos a fiscalização promoverá o lançamento de ofício por arbitramento, inscrevendo as importâncias que reputar devidas, conforme respaldo no art. 33, § 3º da Lei 8.212/91, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Decadência de Contribuições Previdenciárias. O prazo decadência! para o lançamento de contribuições previdenciárias é de 10 anos, na forma do art. 45 da Lei nº 8.212/91.

Lançamento Procedente

Do Recurso Voluntário

A empresa, devidamente intimada da decisão da DRJ/SPOII (fls. 436/437), em 30/06/2008, conforme Aviso de Recebimento - AR (fl. 440), apresentou, em 15/07/2008, recurso voluntário (fls. 443/472).

Em sede de recurso voluntário, a recorrente se insurgiu contra a decisão da DRJ/SPOII, questionando preliminarmente sobre: a) dos procedimentos utilizados para fundamentar o arbitramento b) dos procedimentos incorretos utilizados para efeito do apuração do "Auto de Infração com Lançamento Complementar"; apresentando as seguintes alegações:

Dos Procedimentos Incorretos Utilizados Para Fundamentar o Arbitramento e o Lançamento Complementar

Que a técnica implementada pela Auditoria Fiscal para fundamentar o arbitramento da base tributável foi utilizada ao arrepio das disposições legais e que o auto de infração deve ser pautado pelos princípios da legalidade e segurança jurídicas, porque, salvo nas hipóteses em que a legislação expressamente autoriza o emprego da presunção, a acusação de falta de recolhimento de parte das contribuições previdenciárias, há que se fundar em provas concretas e hábeis, de modo a caracterizar com inarredável certeza a ocorrência da Infração

Que os fatos apresentados para embasar a presunção dos valores das contribuições não recolhidas se tornaram improcedentes por absoluta falta de requisitos técnicos no que tange a sua apuração e fundamentação de direito para utilização como prova que pudesse transmitir à AFRFB a certeza necessária quanto à efetiva ocorrência da omissão de recolhimento das contribuições previdenciárias, requisito indispensável para a configuração da efetiva existência do fato gerador do tributo e por consequência possibilitar o lançamento complementar do crédito tributário.

Que não foram respeitados os seguintes princípios: liquidez e certeza, reserva legal, prova segura e tipicidade e ainda que o lançamento é duvidoso, pois não foi comprovado, de forma segura, a ocorrência do fato gerador do tributo, uma vez que não foram realizadas as inspeções necessárias à obtenção dos elementos de convicção e certeza à constituição do crédito tributário.

Que a falta de apresentação das folhas de pagamento e documentos como: GFIP's e GPS ou mesmo a escrituração contábil e fiscal do período fiscalizado, por si só, não autoriza o fiscal a utilizar-se da constituição de crédito tributário como instrumento punitivo, transferindo ao contribuinte o ônus da prova.

Que não se está discutindo o fato do Ilmo. AFRFB ter aplicado o arbitramento dos valores, uma vez que não lhe foram apresentados as folhas de pagamento, documentos e livros fiscais e contábeis solicitados, mas sim a forma superficial utilizada na condução do procedimento administrativo destinado à definição da do crédito tributário.

Que o arbitramento feito de ofício é o recurso da fiscalização previdenciária da Receita Federal do Brasil, quando se vê impossibilitada de aceitar ou de apurar o valor da contribuição devida pelo contribuinte. Por isso, o Conselho de Contribuintes tem reiteradamente decidido que essa modalidade de tributação é excepcional e deve ser aplicada somente quando esgotadas de fato as possibilidades de apuração do tributo.

Que no caso da retenção de 11% a ser efetuada pelo tomador do serviço, o fato gerador da obrigação previdenciária principal é a prestação do serviço, ou seja, não importa se houve ou não emissão de nota fiscal, recibo ou fatura, o que prevalece para a Previdência Social é exclusivamente a prestação do serviço. E que o valor retido desta forma será compensado pela empresa contratada, referente ao mesmo estabelecimento ou obra de

construção civil da empresa que sofreu a retenção, quando do recolhimento das contribuições previdenciárias devidas sobre a folha de pagamento dos seus trabalhadores.

Que da mesma forma como se obteve os dados do Conta Corrente - SAFIS e de todas as GFIP's e GPS utilizadas no banco de dados Dataprev/CNIS, também detém informações a respeito das retenções que foram efetuadas da Impugnante, bem como daquelas retenções por esta efetuada de seus sub-empregados. Assim, a auditoria fiscal deveria levar em consideração e conseqüentemente reduzir dos montantes apurados, os valores "retidos da", bem como "retidos pela" impugnante, com vistas a dar um pouco mais de segurança e certeza para o embasamento do Auto de Infração, destituindo-o das características nítidas de superficialidade que o trabalho apresenta.

Da Nulidade

Que ficou claramente evidenciada a nulidade do Auto de Infração uma vez que para sua lavratura não foram observadas as disposições contidas na legislação tributária. (fl. 451).

Da Decadência

Pleiteia a aplicação do prazo decadencial de 05 anos, a teor das disposições contidas no art. 173 e do §4º do art. 150 do CTN. "Do raciocínio acima exposto e encampado por abalizada doutrina e jurisprudência mais excelente, pode-se concluir que o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, em sede de contribuições sociais, permanece o de cinco anos, a teor das disposições do artigo 173 e do § 4º do art. 150 do CTN."

Acrescenta ainda que "sendo inconstitucional, deve prevalecer a regra do Código Tributário Nacional (Lei nº 5.172/66), que é de 05 (cinco) anos, conforme estatuído no art. 173."

Da Responsabilidade Solidária

Alegou ainda sobre a ocorrência de responsabilidade solidária, afirmando que com o advento da Lei 9.711/98 que alterou a sistemática de recolhimento da contribuição social instituindo a retenção de 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços e considerando que sua atividade exclusiva era a prestação de serviços de manutenção de redes telefônicas, mediante o fornecimento de mão de obra, em contratos firmados unicamente com as empresas TELESP S/A, BRASIL TELECOM S/A e TELEMAR S/A, elas são responsáveis por substituição e devem ser incluídas no pólo passivo do presente processo administrativo.

Da Representação Fiscal Para Fins Penais

Que em relação à Representação Fiscal para Fins Penais caracterização do ilícito penal está a depender da procedência do lançamento se trata de um crime material, de resultado, em que a supressão ou redução do tributo deve ser caracterizada, além do que a Autoridade Fiscal está proibida por lei (art. 83 da Lei nº 9.430/96) de encaminhar a representação ao Ministério Público, razão porque o Inquérito Policial decorrente de tal representação está inquinado pelo vício da ilegalidade.

Do Pedido

Ao final, a Recorrente requer:

- a) a atribuição de efeito suspensivo á presente impugnação;
- b) o reconhecimento de que Ilmo. Auditor Fiscal não esgotou as possibilidades para identificar a base tributável sujeita à imposição do arbitramento do valor das contribuições previdenciárias objeto da autuação, condição essencial para o lançamento do crédito tributário.
- c) que seja declarada a nulidade e o respectivo cancelamento do auto de infração e imposição de multa, tendo em vista o enorme número de irregularidades nele apresentado afronta aos princípios administrativos bem como não representa com segurança e liquidez o valor do crédito tributário nele contido.
- d) a inclusão das empresas Telesp Telecomunicações de São Paulo S/A., Telemar Norte Leste S/A e Brasil Telecom S/A. no pólo passivo do presente processo administrativo, tendo em vista sua indiscutível responsabilidade solidária em relação aos eventuais débitos tributários que vierem a ser lançados.
- e) o reconhecimento da decadência do lançamento referentes às contribuições previdenciárias anteriores à 31 de outubro de 2002.
- f) a suspensão da emissão da Representação Fiscal para fins penais enquanto não complementado o Processo Administrativo Fiscal para fins penais, uma vez não caracterizada a ocorrência de qualquer infração.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rorildo Barbosa Correia - Relator

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, portanto, dele tomo conhecimento.

Preliminar de Nulidade

A recorrente afirmou que "fica claramente evidenciada a nulidade do Auto de Infração uma vez que para sua lavratura, fica claramente demonstrado que não foram observadas as disposições contidas na legislação tributária." (fl. 451).

Neste caso, ao analisar o pedido de nulidade, verificou-se que os motivos alegados pela Impugnante se referem também à questão de mérito, por isso, os argumentos aqui apresentados serão devidamente apreciados no decorrer do voto, quando da análise do mérito.

Todavia, nota-se que a empresa cogitou a ocorrência de nulidade, por isso, fez-se necessário compulsar os elementos contidos nos autos para verificar se houve alguns dos motivos que pudessem ensejar nulidade.

Então, após compulsar os autos, percebeu-se que a Notificação de Lançamento de Débito - NFLD e seus anexos cumprem a exigência legal de descrever de modo claro e preciso os motivos fáticos e jurídicos que justificaram o lançamento. Pois, consta nos documentos a discriminação dos fatos geradores das contribuições devidas e os períodos a que se referem, além dos acréscimos moratórios e da multa aplicada (fls. 02/55), bem como no Relatório Fiscal contém informações sobre a base de cálculo e a exposição dos fundamentos jurídicos da autuação (fls. 71/78).

No mesmo sentido, nota-se que o procedimento fiscal adotado foi realizado observando as normas legais pertinentes à matéria e respeitando o direito da contribuinte, como: a) a empresa foi devidamente intimada (fls. 56/69); b) o crédito tributário foi lançado por meio de Notificação de Lançamento, acompanhado de anexos explicativos (fls. 02/69); c) apresentação da fundamentação legal do crédito (fls. 02, 50/53 e 74/75); d) informações para o exercício da defesa (fls. 03/05) e e) ciência da contribuinte (fls. 440 e 443). Ou seja, houve, por parte da Autoridade Fiscal, a apresentação das informações necessárias para propiciar à contribuinte uma análise adequada do crédito, como também exercer o direito à ampla defesa e ao contraditório, como de fato está exercendo no recurso voluntário, como foi na impugnação.

Do mesmo modo, a Notificação Fiscal de Lançamento de Débito e o Relatório Fiscal permitiram à Recorrente compreender exatamente como foi apurada a base de cálculo para efetuar o lançamento com a discriminação dos fatos geradores, das contribuições devidas, dos períodos a que se referem, além dos acréscimos moratórios e da multa aplicada.

Por fim, entendo que a empresa pode até contestar a interpretação dada aos fatos pela Fiscalização, mas é inegável que a NFLD cumpriu os requisitos previstos no art. 10 do Decreto nº 70.235 de 06/03/1972, permitindo à Recorrente o exercício pleno do seu direito à ampla defesa e ao contraditório bem como não houve violação de algum dos requisitos elencados no artigo 59 do mesmo Decreto.

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterà 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. 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 conseqüência.

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

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta. (Incluído pela Lei nº 8.748, de 1993)

Com base no exposto, rejeito a preliminar de nulidade arguída pela empresa, bem como entendo que inexistiu ofensa ao direito à defesa da Recorrente.

Da Decadência

O Supremo Tribunal Federal aprovou a Súmula Vinculante nº 8, de 12 de junho de 2008, publicada no Diário Oficial da União de 20 de junho de 2008, declarando inconstitucionais os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 2008, *in verbis*:

São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Por força do artigo 146, III, b, da Constituição Federal de 1988, cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre prescrição e decadência tributária.

Destarte, aplicam-se às contribuições sociais as regras de decadência e prescrição da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966, Código Tributário Nacional (CTN), recepcionado pela Constituição Federal com força de lei complementar.

Assim, o prazo decadencial para o lançamento de ofício de contribuições sociais é de 5 anos, na forma dos arts. 150, §4º, e 173, inciso I, do CTN.

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

(...)

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Neste aspecto, considerando o fato de que a contribuição previdenciária é um tributo sujeito a lançamento por homologação e, por consequência, nos termos do art. 150, § 4º do CTN, caso exista pagamento parcial, o crédito é definitivamente extinto cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador.

Por outro lado, naquelas competências em que não há o pagamento parcial, o prazo decadencial somente se inicia no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que a contribuição poderia ser lançada. Neste contexto, cabe observar que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou neste sentido, conforme o teor da súmula nº 99:

Súmula nº 99 – *Para fins de aplicação da regra decadencial prevista no art. 150, § 4º, do CTN, para as contribuições previdenciárias, caracteriza pagamento antecipado o recolhimento, ainda que parcial, do valor considerado como devido pelo contribuinte na competência do fato gerador a que se referir a autuação, mesmo que não tenha sido incluída, na base de cálculo deste recolhimento, parcela relativa a rubrica especificamente exigida no auto de infração.*

No presente caso, em consulta ao Relatório de Documentos Apresentados - RDA (fls. 38 e 44) verificou-se a existência de pagamentos parciais de contribuições nas competências 01 a 09 de 2002.

Desse modo, devido ao transcurso do prazo superior cinco anos contado da ocorrência do fato gerador até a data da ciência do débito em 31/10/2007, os créditos consignados nas competências janeiro a setembro de 2002 (Códigos de pagamento 2100) foram alcançados pela decadência, consoante o art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

Da Suspensão da Exigibilidade do Crédito

Quando a empresa contestou o Acórdão da Decisão proferida pela Delegacia da Receita Federal de Julgamento, conforme recurso voluntário (fls. 443/472), ocorreu a suspensão da exigência do crédito tributário nos termos do inciso III, do art. 151, da Lei nº 5.172/66 (CTN). Assim, com a suspensão da exigibilidade do crédito, ora em análise, entendo que foi contemplado o pedido da empresa, enquanto perdurar o recurso administrativo.

Da Responsabilidade Solidária

No tocante ao pedido da contribuinte, em sede de recurso, para incluir no polo passivo as empresas tomadoras de serviços, não procede, tendo em vista que não é competência do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF atribuir

responsabilidade solidária, sendo que tal atribuição, no âmbito da ação fiscal, se for o caso, caberia a Autoridade lançadora.

Da Representação Fiscal Para Fins Penais

A Recorrente, pelas suas razões, pleiteia a suspensão da emissão da Representação Fiscal para Fins Penais. Contudo, cabe esclarecer não compete ao CARF se pronunciar sobre controvérsias referentes a citada representação, no caso, o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais já se manifestou uniforme e reiteradamente tendo, inclusive, emitido Súmula de observância obrigatória, a seguir transcrita:

Súmula CARF nº 28: O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Da Jurisprudência

Em relação a jurisprudência apresentada pela empresa, cabe esclarecer que os efeitos das decisões judiciais, conforme art. 503 do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015), somente obrigam as partes envolvidas, uma vez que a sentença judicial tem força de lei nos limites das questões expressamente decididas.

Além disso, cabe ao conselheiro do CARF o dever de observância obrigatória de decisões definitivas proferidas pelo STF e STJ, após o trânsito em julgado do recurso afetado para julgamento como representativo da controvérsia.

Isto posto, entendo que a jurisprudência apresentada nos autos pela Recorrente não vincula este julgamento na esfera administrativa.

Mérito

Quanto ao mérito, passo a apreciá-lo na sequência:

Do Lançamento por Aferição Indireta

A Recorrente contestou o lançamento argumentando que a técnica implementada pela Auditoria Fiscal para fundamentar o arbitramento da base tributável foi utilizada ao arrepio das disposições legais, que o auto de infração deve ser pautado pelos princípios da legalidade e segurança jurídicas, que não foram respeitados os princípios da liquidez e certeza, reserva legal, prova segura e tipicidade e ainda que o lançamento é duvidoso.

Argumentou também que a falta de apresentação das folhas de pagamento, documentos ou mesmo a escrituração contábil e fiscal do período fiscalizado, por si só, não autoriza o fiscal a utilizar-se da constituição de crédito tributário como instrumento punitivo, transferindo ao contribuinte o ônus da prova.

De plano, observa-se que os argumentos apresentados pela recorrente na sua essência, além de não merecer acolhida, carece de fundamentação legal para se sustentar. Pois a empresa foi intimada diversas vezes para apresentar seus documentos fiscais, previdenciários bem como sua escrituração contábil (livros diário e razão e demais documentos) e não os apresentou (fls. 60/68), descumprindo os comandos legais previstos no art. 195 da Lei nº 5.172

de 25 de outubro de 1966 (CTN) e no art. 32, III, da Lei nº 8.212 de 24 de julho de 1991, os quais determinam que a empresa está obrigada a prestar todas as informações cadastrais, financeiras e contábeis na forma da lei, bem como os esclarecimentos necessários à Fiscalização.

Por este motivo, o Auditor-Fiscal aplicou a multa por descumprimento de obrigação acessória por meio do Auto de Infração DEBCAD nº 37.130.095-9, exigido em processo próprio, nos termos do § 2º, art. 33, da Lei nº 8.212/91 (fl. 75, item 3.1.2).

Assim, ao deixar de atender a Fiscalização, recusando a fornecer as informações, os documentos solicitados e a sua escrituração contábil, a contribuinte praticamente inviabilizou a identificação e a individualização dos elementos sujeitos à verificação do fato gerador das contribuições sociais. Por isso, não restou outra alternativa à auditoria fiscal, senão constituir os créditos tributários por aferição indireta, nos termos do § 3, artigo 33 da Lei nº 8.212/91.

Contudo, cabe esclarecer que o lançamento de ofício, por meio da aferição indireta, com fundamento no § 3, artigo 33 da Lei nº 8.212/91, é um procedimento excepcional que se aplica quando o sujeito passivo deixa de apresentar os documentos necessários à fiscalização bem como a sua escrituração contábil, impedindo a apuração regular das contribuições devidas.

Neste sentido, observa-se que o lançamento por aferição indireta (arbitramento) é um procedimento com presunção *juris tantum*, sujeito a prova em contrário. Todavia, como pode ser observado nos autos, a Recorrente não apresentou as provas para contestar o lançamento, ficando os seus argumentos desprovidos de qualquer elemento probatório.

Além disso, entendo que caberia à contribuinte, caso não concordasse com o procedimento adotado pela fiscalização, apresentar junto com os motivos de fato e de direito que fundamentaram sua pretensão, os documentos que respaldassem suas afirmações, a fim de comprovar o seu pleito, conforme disciplina os dispositivos legais pertinentes à matéria, os artigos 15 e 16 do Decreto nº 70.235/72.

Assim, sem apresentar os documentos e os elementos probatórios, o lançamento não pode ser modificado, pois, a modificação do crédito lançado se processa mediante comprovação inequívoca, por meio de documentos hábeis e idôneos, de que o lançamento não foi realizado corretamente.

Nesta mesma linha de pensamento, cabe citar o Acórdão nº 2202-004.572, proferido pela 2ª Turma Ordinária da 2ª Câmara do CARF, em 03 de julho de 2018, no qual se decidiu como correto a aplicação do arbitramento (aferição indireta) quando o contribuinte recusar ou apresentar elementos deficientes para verificação do fato gerador do tributo:

AFERIÇÃO INDIRETA. PRERROGATIVA LEGAL DA AUDITORIA FISCAL.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Fisco pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

Diante do exposto, rejeita-se os argumentos da contribuinte de que o lançamento foi realizado ao arrepio das disposições legais, que não foi pautado pelos princípios da legalidade, segurança jurídicas, que não foram respeitados os princípios da liquidez e certeza, reserva legal, prova segura e tipicidade e que o lançamento é duvidoso.

Da Regularidade dos Procedimentos Para o Lançamento por Aferição Indireta

Neste caso, em relação à técnica para realizar a aferição indireta, entendo que compete a Autoridade Fiscal estabelecer procedimentos capazes de verificar a ocorrência dos fatos geradores dentro da realidade da empresa, sem contudo se tornar uma presunção absoluta, cabendo prova ao contrário.

Assim, para efeito de apurar a contribuição devida, decorrente da verba paga a título de alimentação em desacordo com as normas em vigor sobre o PAT, a Fiscalização utilizou os elementos informativos registrados na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica - DIRPJ (exercício 2003) da Recorrente em relação a despesa com a alimentação do trabalhador.

Do mesmo modo, cabe registrar que as informações colhidas pela Fiscalização, para embasar o lançamento das contribuições devidas pela empresa, tiveram como base os elementos de provas registrados na Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica da Recorrente, os quais se constituem em meio probatório consistente e que foram apresentadas de forma circunstanciada no Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 71/73):

1 - A presente Notificação Fiscal de Levantamento de Débito - NFLD contem as contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à parte de segurados, à parte da empresa, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho para as competências a partir de 07/97, às destinadas a Entidades/Fundos -Terceiros sobre o Salário Contribuição - Fato Gerador REFEIÇÕES e PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO AO TRABALHADOR - SEM APRESENTAÇÃO DA INSCRIÇÃO / FILIAÇÃO NO PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR.

Observa-se que a empresa fiscalizada não forneceu a sua Filiação / Inscrição no PAT - PROGRAMA DE ALIMENTAÇÃO AO TRABALHADOR, um dos motivos para a emissão do Auto de Infração DEBCAD Nº. 37.130.095-9.

2 - As contribuições devidas, incluídas na presente Notificação, foram apuradas por Aferição Indireta, com base nos lançamentos da:

2.1 - DIPJ 2003 - Ano Calendário 2002:

3 - A relação de Lançamentos AIR - Alimentação Declaração Imposto de Renda Pessoa Jurídica, com base na DIPJ 2003 - Ano Calendário 2002, obtida no Banco de Dados da Secretaria da Receita Federal:

3.1 - FICHA 04 A- CUSTO DOS BENS E SERVIÇOS VENDIDOS - Custo dos Produtos de Fabricação Própria Vendidos, pagina 3:

07 - ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR: RS 229.506,68

3.2 - FICHA 05 A- DESPESAS OPERACIONAIS - ATIVIDADES EM GERAL, pagina 4 :

10 - ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR: R\$ 64.703,10

*TOTAL ALIMENTAÇÃO DO TRABALHADOR: R\$ 294.209,78
dividido por 12 meses = 24.517,48*

Valor Aferido 01/2002 a 12/2002: RS 24.517,48

4- Para os anos 2003 até 04/2007, utilizamos o Valor Aferido 01/2002 a 12/2002, com base nos valores contidos DIPJ 2003- Ano Calendário 2002:

Valor Aferido para o período 01/2003 a 04/2007: R\$ 24.517,48

Diante do exposto, consideram-se corretos os procedimentos e as técnicas utilizados pela Fiscalização com o objetivo de apurar o quantum devido, por meio de aferição indireta.

Dessa forma, rejeita-se o argumento da contribuinte de que a técnica implementada pela Auditoria Fiscal foi utilizada ao arrepio das disposições legais e que não foram esgotadas as possibilidades para identificar a base tributável.

Da Exigência da Contribuição / Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT

A Fiscalização solicitou e a empresa não apresentou nenhum documento comprobatório da sua participação no Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, por este motivo, considerou os valores pagos a título de alimentação como parcela integrante do salário de contribuição.

Todavia, para usufruir da isenção prevista na alínea “c” do § 9º do art. 28 da Lei nº 8.212/1991 a empresa necessitaria cumprir rigorosamente os requisitos previstos no diploma legal, observando as diretrizes dos programas de alimentação aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Do mesmo modo, o cumprimento dos requisitos do PAT pressupõe a regular inscrição da empresa no referido programa, nos termos do art. 2º da Portaria MTE nº 3/2002. Pois a inscrição no PAT, trata-se de medida necessária que impõe à pessoa jurídica o cumprimento dos requisitos do programa e possibilita a fiscalização de sua regular execução pelo Ministério do Trabalho e Emprego.

Contudo, a empresa, devidamente intimada, não apresentou os documentos necessários para verificar a possível regularidade de inscrição no programa PAT do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE.

Após a recusa da empresa em apresentar os documentos solicitados, o Auditor-Fiscal, por meio da aferição indireta (arbitramento), lançou a contribuição decorrente

dos pagamentos efetuados a título de alimentação do trabalhador que foram incorporados ao salário de contribuição para todos os efeitos, conforme consta no Relatório Fiscal (fl. 73):

6 - A empresa não apresentou nenhuma documentação relativa de sua adesão/ filiação /inscrição ao Programa de Alimentação do Trabalhador - PAT, mesmo após solicitação nos Termos de Intimação para Apresentação de Documentos — TIAD, datados em 06/07/2007, em 27/08/2007 , um dos motivos do Auto de Infração DEBCAD N. 37.130.095-9.

8 - O fornecimento de alimentação e gêneros alimentícios ao empregado, em princípio, seria salário-utilidade. Porém, com a criação dos incentivos a Programas de Alimentação aos Trabalhadores, subsidiados pelo governo, hoje, só constituirá parcela integrante da remuneração, se o fornecimento dessa utilidade não estiver em conformidade com as normas em vigor sobre o PAT.

Em sua defesa, a contribuinte não apresentou nenhum elemento capaz de modificar o lançamento, pelo contrário, apenas reforçou os motivos da exigência, quando reconheceu que não apresentou a documentação solicitada (fl. 450):

Deixamos muito claro que a impugnante não está discutindo o fato do Ilmo. AFRFB ter aplicado o arbitramento dos valores, uma vez que não lhe foram apresentados as folhas de pagamento, documentos e livros fiscais e contábeis solicitados, mas sim a forma superficial utilizada na condução do procedimento administrativo destinado à definição da do crédito tributário.

Em vista do exposto, considera-se correto o efetivo lançamento das contribuições decorrentes das verbas pagas a título de alimentação do trabalhador, uma vez que a contribuinte deixou de apresentar documentos e outros elementos probatórios, não comprovando a sua regularidade de inscrição PAT e, assim, não restou outra alternativa à Autoridade Fiscal, senão exigir o tributo nos termos do § 3º, do art. 33, Lei nº 8.212/91.

Dos Créditos Considerados no Lançamento

A recorrente questionou que da mesma forma como se utilizou informações dos bancos de dados da RFB (conta-corrente, SAFIS, GFIP e GPS), deveria levar em consideração os valores retidos para reduzir o montante apurado.

Assim, no tocante a esse questionamento, entendo que não merece ser acolhido, uma vez que a contribuinte alegou de forma genérica, não apontando qual foi o recolhimento que deixou de ser considerado.

Além do mais, compulsando os autos, nota-se que, diferente das alegações da contribuinte, o Auditor-Fiscal levou em consideração, no que diz respeito a recolhimento, as informações colhidas na ação fiscal, como pode ser verificado no Relatório da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (fls. 71/78), bem como no RL - Relatório de Lançamentos, nos quais estão registradas as base de cálculo apuradas e o valor da contribuição lançada (fls. 27/32). Do mesmo modo, observa-se que a fiscalização verificou também os recolhimentos

Processo nº 18108.002090/2007-15
Acórdão n.º **2202-005.249**

S2-C2T2
Fl. 505

efetuados pela empresa, conforme consta no RDA - Relatório de Documentos Apresentados (fls. 33/49).

À vista disso, rejeita-se o argumento de que as guias recolhidas e os valores declarados pela contribuinte não foram levados em consideração na ação fiscal.

Decisão

Diante do exposto, voto por dar provimento parcial ao recurso, reconhecendo a decadência dos créditos lançados nas competências janeiro a setembro de 2002.

(assinado digitalmente)

Rorildo Barbosa Correia