



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

Processo nº 19515.721303/2011-59
Recurso nº 999.999 Voluntário
Acórdão nº 2301-003.161 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 18 de outubro de 2012
Matéria Contribuição previdenciária
Recorrente Nicholas Capistrano Empreendimentos Imobiliários Ltda.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2006 a 30/09/2009

NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA.

É nula a decisão recorrida quando proferida com preterição do direito de defesa, a teor do artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, I) Por unanimidade de votos: a) em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Marcelo Oliveira - Presidente.

Adriano Gonzales Silvério - Relator.

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Adriano Gonzales Silvério, Bernadete de Oliveira Barros, Damião Cordeiro de Moraes, Mauro José Silva, Leonardo Henrique Pires Lopes.

Relatório

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 18/12/2012 por ADRIANO GONZALES SILVERIO, Assinado digitalmente em 15/01

/2013 por MARCELO OLIVEIRA, Assinado digitalmente em 18/12/2012 por ADRIANO GONZALES SILVERIO

Impresso em 28/01/2013 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Trata-se de lançamento o qual exige contribuições sociais a cargo da empresa e as contribuições previdenciárias relativas a parte dos segurados, destinadas ao custeio Seguridade Social, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a outras Entidades e Fundos (Salário-Educação e INCRA), incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados em obras de construção civil

De acordo com o relatório fiscal as seguintes obras de construção civil foram objeto de apuração de crédito:

1) CEI 70.003.95937/71 EDIFÍCIO RESIDENCIAL MIRZA Av. Presidente Castelo Branco, 12.000 Vila Caiçara Praia Grande/SP. Fundamentos apontados no relatório fiscal: *“23. Diante desses elementos, concluímos que a área residencial regularizada foi de 6.019,64 m², área essa que consta dos documentos mais recentes. Quanto ao início da obra, não há provas de que a obra se iniciou antes de 01/2006, pois todos os documentos indicam datas posteriores e a GPS de 12/2005 foi recolhida apenas em 2010, não servindo de comprovação do início da obra. Para a data de término, consideramos período de apropriação dos custos, que foi setembro/2007. 24. De acordo com o quadro de área do projeto arquitetônico, são passíveis de redução de 50%, nos termos do artigo 357 da Instrução Normativa RFB 971/2009: garagem coberta (subsolo) – 739,49 m²; casa de máquinas – 35,45 m² e caixa d’água superior – 17,30m², totalizando 792,24 m², que ficam reduzidas a 396,12m². Portanto, a área a regularizar é de 5.623,52 m².*

2) CEI 42.490.01213/76 EDIFÍCIO COMERCIAL E RESIDENCIAL PORTAL DE ZEUS Rua Cidade de Santos, 183 Jardim Itália Praia Grande/SP. Fundamentos do relatório fiscal: *“31. Diante desses elementos, adotamos como início de obra o mês de 06/2004, quando começam os recolhimentos em GPS e consta informação em GFIP. Para o término, consideramos 01/2007, último mês dos recolhimentos e dos lançamentos contábeis referentes ao custo da construção. 32. Em relação à metragem, considerando que não foi apresentado o “habite-se” da Prefeitura para a totalidade do empreendimento, o único documento emitido após a conclusão da obra é o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, no qual consta a área 3.283,78 m², que foi considerada para o cálculo das contribuições apuradas neste auto de infração.”*

3) CEI 50.035.92020/79 EDIFÍCIO RESIDENCIAL MADRID Rua Rui Barbosa, 390 Vila Itaipu Praia Grande/SP; *“40. Portanto, para fins de início da obra, tomaremos como referência 01/2007, mês em que foi feito o registro da matrícula CEI e teve início a contabilização dos custos e os recolhimentos previdenciários. (...) 42. Nesta obra, não houve divergência nos documentos quanto à metragem informada. De acordo com o Projeto Arquitetônico, as áreas passíveis de redução de 50% são: garagem coberta (subsolo): 1.058,50m²; garagem coberta (terreno); 249.0269m²; terraços: 338,084m²; Portanto, a área a regularizar é de 6.090,81m².”*

Aponta ainda o relatório fiscal que: *“43. O contribuinte não se encontra em funcionamento no endereço cadastrado no CNPJ. Durante o procedimento fiscal, deixou de atender à fiscalização e de apresentar diversos documentos e esclarecimentos solicitados, o que infringe o disposto no §2º do mesmo artigo 33 acima citado e abre a possibilidade de se lançar de ofício as importâncias que se julgar devidas, conforme §3º do mesmo artigo. 44 Além deste fato, as contradições já destacadas quanto às informações das obras e as diversas irregularidades que detalharemos a seguir determinaram a apuração das bases de cálculo por aferição indireta, com fundamento nos §§ 4º e 6º do artigo 33 da Lei 8.212/91, na redação da pela Lei 11.741/2009. (...) 46. O contribuinte informou que as obras foram realizadas com*

mão-de-obra própria. Mesmo assim foi intimado a apresentar Notas Fiscais e GPS de eventuais empreiteiros, mas nada foi apresentado. Não encontramos prestadores de serviços em GFIP, o número médio de trabalhadores alocados nas obras, por atividade é bastante reduzido, além de estarem ausentes diversas funções essenciais na construção civil, como engenheiros, arquitetos, mestres de obras, supervisores, eletricitas, gesseiros e muitos outros. 47. Feitos o cálculo da mão-de-obra empregada nas obras, proporcional à área construída, com base no Custo Unitário Básico – CUB, calculado pelo Sindicato da Indústria da Construção Civil de São Paulo (Sinduscon-SP), verificamos ser muito discrepante em relação ao valor contabilizado como remuneração. (...) 49. Para o cálculo, foram utilizados os critérios estabelecidos na Instrução Normativa nº RFB 971/2009, tendo por base o Custo Unitário Básico – CUB. 50. Os recolhimentos vinculados às matrículas e que apresentam informação correspondente em GFIP foram deduzidas do valor devido. 51. A demonstração detalhada dos cálculos realizados para apuração das contribuições devidas consta das planilhas AVISO PARA REGULARIZAÇÃO DE OBRA – ARO, que integram o presente Auto de Infração.”

Verifica-se, portanto, que as contribuições foram apuradas mediante o procedimento da aferição indireta.

Diante dessa autuação, o sujeito passivo, regularmente intimado, apresentou impugnação alegando em síntese: i) vícios de nulidade da lavratura do auto de infração, pois não se justifica a aplicação da multa acrescida de 50% em razão da obstrução da fiscalização, por ter atendido a fiscalização e não ter agido de má-fé; (ii) ocorrência de decadência; (iii) nulidade do auto de infração em razão das irregularidades contidas na apuração da base de cálculo; (iv) descabimento da aplicação da multa de ofício.

A 11ª Turma de Julgamento da DRJ em São Paulo/SP julgou a impugnação improcedente, mantendo, assim, o crédito tributário.

Inconformado com a decisão, o Recorrente apresentou recurso voluntário, reiterando os argumentos expedidos na impugnação.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Adriano Gonzales Silvério

O recurso reúne as condições de admissibilidade e dele conheço.

Preliminar – nulidade da decisão recorrida

Sustenta a recorrente que a decisão recorrida é nula “*porquanto inexistentes os fundamentos e razões de decidir no julgado em relação às impugnações ao AI DEBCAD n. 51.000.506-3, multa aplicada por infração à legislação previdenciária*”

Verifica-se dos autos que o citado AI foi lavrado exigindo multa em razão de o sujeito passivo ter deixado de exibir livro ou documento relacionado às contribuições previdenciárias, ou ter apresentado de forma que não atenda os requisitos legais.

Isto, porque segundo consta no Relatório Fiscal a empresa inicialmente atendeu a fiscalização no endereço cadastrado na Receita Federal do Brasil, mas após determinado momento, foi apurado por meio de Termo de Constatação Fiscal que havia alterado o endereço, passando a ser intimada por via editalícia.

Nesse sentido, o fisco entendeu haver embaraço à fiscalização em virtude da não entrega de documentação solicitada, o que levou também à aplicação da multa prevista no § 2º do artigo 44 da Lei nº 9.430/96, isto é, 75% acrescida de metade (37,5%), por ter o sujeito passivo, incorrido nos incisos I e II do citado artigo, cuja redação é a seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para:

I - prestar esclarecimentos;

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei no 8.218, de 29 de agosto de 1991

A r. decisão recorrida, em relação ao AI DEBCAD n. 51.000.506-3 entendeu que o sujeito passivo não o teria contestado, razão pela qual foi mantido, sem maiores fundamentações.

Ocorre que, no meu entender, o sujeito passivo, em sede de impugnação buscou em diversos momentos demonstrar que procurou atender todas as intimações e entregar a documentação solicitada pelo Fisco, veja-se:

“Sendo assim, de acordo com a própria narrativa dos fatos contidas no Relatório Fiscal, é possível constatar, que a Agente fiscal durante boa parte do período fiscalizado foi atendida pelo Contador da empresa, que forneceu os documentos solicitados, bem como respondeu aos Termos de Intimação Fiscal (docs. 04/05).”

Em outra passagem, sustenta que o fato de ter caminhado a fiscalização pela trilha da aferição indireta, a qual pressupõe falta ou irregularidade de escrituração contábil, teria sido, com a aplicação da multa por prevista no artigo 44 § 2º, incisos I e II da Lei nº 9.430/96, ter incorrido em *bis in idem*:

“Primeiramente, é preciso esclarecer que a multa de ofício aplicada nos AROs constantes deste Auto de Infração constitui verdadeiro ‘bis in idem’ ou seja, a Fiscal penalizou a impugnante duplamente pelo mesmo fato, uma vez que a própria AFERIÇÃO INDIRETA já é considerada uma penalidade pela falta ou irregularidade de escrituração contábil.”

Nesse sentido, tenho para mim que o sujeito passivo impugnou especificamente o AI nº 51.000.506-3, pleiteando da instância *a quo* julgamento em relação a esse lançamento, justamente por entender que há uma dupla incidência da multa aplicada naquele Auto com a multa agravada do artigo 44 da Lei nº 9.430/96.

Logo, não poderia a decisão recorrida ter se eximido de analisar o citado AI, em confronto com os argumentos suscitados na impugnação, principalmente no tocante à questão relativa ao bis in idem suscitado, razão pela qual merece ser anulada, para que nova decisão seja proferida, agora cotejando os argumentos levantados pelo sujeito passivo e a legitimidade de ambas as multas aplicadas, quais sejam, aquela do AI 51.000.506-3 e a multa agravada artigo 44 § 2º, incisos I e II, da Lei nº 9.430/96, em homenagem ao artigo 31 do Decreto nº 70.235/72:

Art. 31. A decisão conterá relatório resumido do processo, fundamentos legais, conclusão e ordem de intimação, devendo referir-se, expressamente, a todos os autos de infração e notificações de lançamento objeto do processo, bem como às razões de defesa suscitadas pelo impugnante contra todas as exigências

A ausência de manifestação, explicitamente suscitada em sede de impugnação, implica em violação à ampla defesa e ao contraditório (artigo 5º, inciso LV da Carta Magna), provocando, nessa fase processual, eventual supressão de instância caso se invadissem essas questões de mérito (bis in idem).

Por essas razões que o artigo 50, inciso I, da Lei nº 9.784/99 determina que os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando neguem, limitem ou afetem direitos ou interesses.

Tenho para mim, portanto, que a decisão *a quo* foi proferida com preterição do direito de defesa, incidindo, dessa maneira, na nulidade prevista no artigo 59, inciso II, do Decreto nº 70.235/72, razão pela qual merecer ser anulada.

Pelo exposto, voto no sentido de **CONHECER O RECURSO** para anular a decisão recorrida, a fim de que seja analisado, no mérito, o AI nº 51.000.506-3.

Adriano Gonzales Silvério - Relator