

CC02/C05
Fls. 91



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
QUINTA CÂMARA

Processo nº 36204.000686/2004-21

Recurso nº 141.655 Voluntário

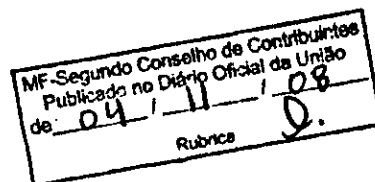
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA CONSTRUÇÃO CIVIL

Acórdão nº 205-00.151

Sessão de 22 de novembro de 2007

Recorrente ODILIO PEREIRA

Recorrida DRP - VITÓRIA/ES



Assunto: Contribuições Sociais Previdenciárias

Período de apuração: 01/09/2002 a 30/09/2002

**Ementa: PREVIDENCIÁRIO - CUSTEIO -
AFERIÇÃO INDIRETA-CONSTRUÇÃO CIVIL
- CERCEAMENTO DE DEFESA. - NULIDADE**

A Notificação Fiscal de Lançamento de Débito deve discriminar os fatos geradores das contribuições previdenciárias de forma clara e precisa, bem como o período a que se referem, sob pena de cerceamento de defesa. Arts. 37 da Lei n. 8.212/91 e 243, do Regulamento da Previdência Social.

No caso de obra de construção civil, as informações constantes da DISO (Declaração e Informação Sobre Obra) servem de base para a emissão do ARO (Aviso de Regularização de Obra).

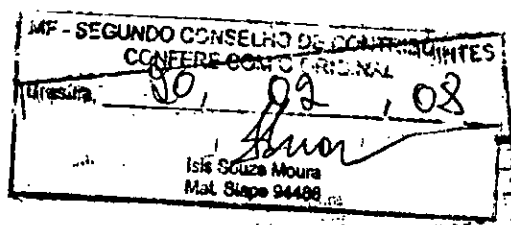
O lançamento do crédito em valor diverso do que o apurado no ARO,, sem emissão de novo documento e ciência do contribuinte, acarreta a nulidade da NFLD.

Processo anulado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

A

Processo n.º 36204.000686/2004-21
Acórdão n.º 205-00.151



CC02/C05
Fls. 92

ACORDAM os Membros da QUINTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES, por maioria de votos em anular o lançamento. Designado o Conselheiro Marco André Ramos Vieira para redigir o voto vencido.

JULIO CESAR VIEIRA GOMES


Presidente

LIEGE LACROIX THOMASI

Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriana Sato e Misael Lima Barreto.

A

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES		
CONFERE COM O ORIGINAL		
Brasília,	20	08 / 08
		
Ise Souza Moura Mat. 81ape 94486		

CC02/C05
Fls. 93

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado em 22/12/2003, contra o contribuinte acima identificado referente às contribuições previdenciárias incidentes sobre a mão de obra empregada em obra de construção civil de sua propriedade, devidamente matriculada no INSS.

A base de cálculo foi aferida mediante arbitramento e de acordo com o relatório fiscal de fls. 15 a 17, a área total da obra é de 456,00m², sendo 280,70m² como acréscimo e 175,30m² como reforma.

Os documentos que serviram de base para o lançamento foram o Aviso para Regularização da Obra (ARO), emitido em 09/2002, a Certidão Detalhada n. 371/93-EDF/AC, fls. 21, Certidão de Tempo de Cadastro 220/2002, fls. 22 e Certidão de Ônus de Registro Geral de Imóveis da Prefeitura Municipal de Vitória, fls. 20.

O recorrente impugnou o débito através da peça de fls. 34 e 35, juntando documentos de fls. 36 a 39, e a DRP – Vitória/ES julgou o débito procedente através de Decisão- Notificação de fls. 43 a 46.

Irresignado com a decisão, o notificado interpôs recurso tempestivo, fls. 54 a 57, anexando documentos de fls. 58/59, e argüindo em síntese que:

- tem direito ao cancelamento do débito com base no Certificado de Quitação – CQ – com a chancela do INPS, emitido em 20/10/1976, sob o n 347338, que traz a quitação da obra de 175,30m², fls. 59;

- que a obra é vintenária e sobre a qual ergueu um apêndice de edificação de 280,70 m², na mesma matrícula 07.053-02.927/61;

- que em junho de 1991, concluiu obras afetas a uma ampliação em cima do que passou a ser pavimento térreo e regularizado, conforme o certificado citado e emitido pelo INPS;

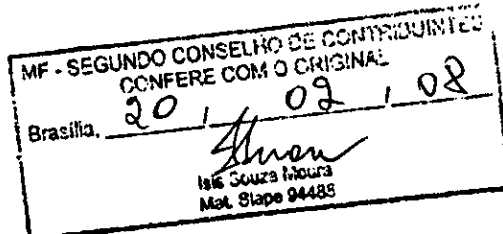
- a antiga construção térrea apenas foi afetada pelos dutos e condutos de energia elétrica, abastecimento de água e esgotos domésticos, não se procedendo a nenhuma reforma no piso inferior, como diz o lançamento;

- que as obras acrescidas foram feitas no piso superior da primitiva construção importando num segundo pavimento concluído em 1991, cuja prova é a Notificação da Prefeitura Municipal de Vitória, de n. 22410, de 28/06/1991, que teve como finalidade instruir : a aceitação de obra requerida pela petição n. 67066/91, documento de fls. 58;

- que chega a se sentir constrangido em ter que insistir na tese da decadência, pois está mais do que claro que se em junho de 1991 a Prefeitura sinalizou que existia um processo visando o fornecimento de aceitação de obra requerida pela petição n 67066/91, é evidente que o ARO- Aviso de Regularização de Obra, datado de 27/09/2002, está tratando de obra decadente.

Requer a reforma da Decisão-Notificação.

A



A DRP- Vitória/ES apresentou suas contra-razões às fls. 64, e a notificação foi apreciada pela 02ª CaJ do CRPS, que através do decisório de fls. 67/68, converteu o julgamento em diligência para que fosse apresentado pelo contribuinte documento original de certidão de quitação emitida pelo INPS em 1976; para que a Autarquia se manifestasse quanto ao adimplemento das obrigações relativas a obra constante da certidão referenciada e que fossem solicitados à Prefeitura Municipal de Vitória esclarecimentos sobre a data da conclusão da obra., visto que o recorrente solicitou sua aceitação desde 1991.

Em resposta a diligência solicitada a fiscalização se manifesta às fls. 73 a 74, e junta documentos de fls.70 a 72, dizendo que confirma os dados informados na Certidão de Tempo de Cadastro fornecida pela Prefeitura Municipal de Vitória, constante das fls. 22 do processo, onde:

- Em 1977 e 1978 a área construída era de 165,05m² ;
- Em 1980, era de 175,30m²;
- No recadastramento imobiliário de 1992 a área existente era de 204,06m², que passou para 213,51m², conforme petição n. 17607/93, solicitada pelo proprietário;
- Em novo recadastramento de 1993, foi lançado o segundo pavimento com área de 213,51m², a partir de 19/07/1993;
- Petição de n 127466/92 solicita aprovação de projeto do imóvel para reforma e pequena licença para construção , trazendo a área do imóvel com 427,02m², sendo pavimento térreo com 213,51m² e pavimento superior com 213,51m², em 24/03/1993;
- Foi protocolada Petição de n 67066/94 solicitando alteração de área de 213,51m² para 228,00m² do primeiro pavimento construído e da área total de 427,02m² para 456,00m², e que tal petição foi requerida em 1994 e não em 1991 como quer o recorrente.

Quanto à questão da adimplência das obrigações previdenciárias referente a obra com 175,30m², a qual deu origem à Certidão de Quitação fornecida ao contribuinte em 20/10/1976, fls. 59, diz que nada há a comentar, visto que as contribuições se recolhidas ou não, já se encontram em decadência . Observa que foi considerada somente a reforma desta metragem ocorrida em período não decadente.

Quanto à data da conclusão da obra, observa que consta do BCI, conforme cadastramento realizado pela Prefeitura em 1992, que o imóvel possuía 204,60m². Em 1993, conforme petição 17607/93, o imóvel passou a ter 213,51m². Em 19/07/1993, a Prefeitura fez o lançamento da unidade 002 (segundo pavimento), com 213,51m², passando a cobrar o IPTU a partir de 01/1994.

Diante dos fatos, afirma que em 07/2003, o imóvel possuía 427,02m² e conforme petição de n. 67066/94, onde o contribuinte solicitou alteração de área passa para área total de 456,00m².

Portanto, a área total construída do imóvel é de 456,00m² e 280,70m², foram cobrados como acréscimo, pois não foi construído em período decadente.

A

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 20, 02, 08 <i>Leil Souza Moura</i> Leil Souza Moura Mat. S/ape 94486

Do resultado da diligência foi dada ciência ao contribuinte que se manifestou às fls. 79/80 para dizer que o Certificado de Quitação não está mais em seu poder, porque foi anexado ao processo principal, porém no verso do certificado de matrícula n. 07-053-02.927/61, emitido em 08/10/1976, cópia às fls. 81, consta a seguinte transcrição:

“O proprietário da obra, sr. Odílio Pereira, à Rua N.S. das Graças, s/n. Bairro de Lourdes, recolheu normalmente suas contribuições do INPS e do FGTS, nada devendo. Em 08/10/1976 as.) pelo INPS Willes Leal Loureiro, Ag. Fiscal n. 27556.”

Que consta, ainda, mais abaixo a seguinte observação. “Emitido nesta C. Quitação n. 347.338 série “A”. Em 20/10/1976 as. ilegível, Ag. Administrativo Mat. 62.102.”

Que, portanto, em relação a esta casa o assunto está liquidado, como admitido no relatório da diligência.

No tocante ao acréscimo, feito no imóvel construído em 1991, objeto da petição n. 67066/91, que a diligência diz ter sido protocolada em 1994, afirma que foi no ano de 1991 e anexa novamente cópia do documento às fls. 82.

Diz que para constatar a veracidade da informação basta verificar que a notificação foi recebida e assinada por sua esposa Nilde Avancini Pereira, no dia 28/06/1991, às 12,15, como está no rodapé. Diz que na escrituração feita em manuscrito, o 1 ficou parecido com 4, mas se comparado com o número 4, escrito mais abaixo, verifica-se que foi um descuido do funcionário, cuja caligrafia não é de fácil leitura.

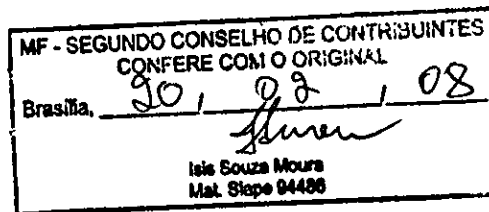
Quanto ao resultado da diligência, diz que deve prevalecer a certidão de tempo de cadastro n. 75/2004, emitida no dia 31/05/2005, cópia às fls.83/84, que deu suporte para o cálculo do valor lançado sobre a parte não abrangida pela decadência documento de fls. 85.

Junta comprovante de recolhimento da importância de R\$ 1.433,15 em 26/10/2005, fls. 86, referente ao lançamento da parte não decadente, mais a CND n 159842005-07001130, emitida em 01/11/2005, e solicita o arquivamento do processo por perda de finalidade, já que comprovou o adimplemento do que devia à Receita Previdenciária.

A Seção do Contencioso Administrativo da DRP de Vitória/ES, diz que foi cumprida a diligência solicitada e que o contribuinte foi devidamente cientificado, se manifestando e juntando documentos, pelo o que devolve o processo para prosseguimento do julgamento.

É o Relatório.

f



Voto Vencido

Conselheiro MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA.

Concordo com o entendimento da Conselheira Relatora de que o relatório fiscal cerceou o direito de defesa ao não indicar a forma de se apurar o quantum devido, após a redução dos valores. Entretanto, não compactuo com o entendimento da Relatora quanto aos efeitos da decisão.

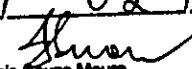
Não resta dúvida, portanto, que há um vício no presente levantamento, o ponto controverso reside na possibilidade de saneamento ou não da falta. Não se pode confundir falta de motivo com a falta de motivação. A falta de motivo do ato administrativo vinculado causa a sua nulidade. No lançamento fiscal o motivo é a ocorrência do fato gerador, esse inexistindo torna improcedente o lançamento, não havendo como ser sanado, pois sem fato gerador não há obrigação tributária. Agora, a motivação é a expressão dos motivos, é a tradução para o papel da realidade encontrada pela fiscalização. A falha na motivação pode ser corrigida, desde que o motivo tenha existido.

Não é outra a lição do mais abalizado administrativista brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello. De acordo com esse doutrinador, na obra Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros, pág. 385, *verbis*: “em se tratando de atos vinculados, o que mais importa é haver ocorrido o motivo perante o qual o comportamento era obrigatório, passando para segundo plano a questão da motivação. Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato.”

Na mesma obra, página 451, o autor afirma que “a convalidação, ou seja, o refazimento de modo válido e com efeitos retroativos do que fora produzido de modo inválido, em nada se incompatibiliza com interesses públicos. Isto é: em nada ofende a índole do Direito Administrativo. Pelo contrário”. Na lição de Celso Antônio, página 453: “A Administração não pode convalidar um ato viciado se este já foi impugnado, administrativa ou judicialmente. Se pudesse fazê-lo, seria inútil a arguição do vício, pois a extinção dos efeitos ilegítimos dependeria da vontade da Administração, e não do dever de obediência à ordem jurídica. Há entretanto, uma exceção. É o caso da “motivação” de ato vinculado expendida tardiamente, após a impugnação do ato. A demonstração, conquanto serôdia, de que os motivos preexistiam e a lei exigia que, perante eles, o ato fosse praticado com o exato conteúdo com que o foi é razão bastante para sua convalidação.”

De acordo com o previsto no art. 59 do Decreto n.º 70.235/1972, há apenas dois casos de nulidades: os atos e termos lavrados por pessoa incompetente; e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

Conforme disposto no art. 60 do referido Decreto, as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das acima referidas não importarão em nulidade e serão

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 20, 02, 08  Iria Souza Moura Mat. Stape 94486
--

sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Destaca-se que mesmo nos casos de preterição do direito de defesa, não deve ser anulada a NFLD ou o auto de infração, mas sim a decisão ou o despacho. Prova desse entendimento é que se não houver a cientificação do sujeito passivo, não há dúvida que há um cerceamento ao direito de defesa, mas pergunta-se: há que ser anulada a NFLD? Entendo que não, assim como a maior parte, se não a totalidade dos demais Conselheiros. Não se pode olvidar que a cientificação é parte necessária ao aperfeiçoamento do lançamento fiscal, e portanto é intrínseco ao ato, mas o vício dessa cientificação não é causa de nulidade do procedimento fiscal.

Não se pode esquecer que o lançamento depois de notificado ao sujeito passivo não se torna perfeito e acabado. Esse lançamento pode ser alterado em função da impugnação do sujeito passivo, por recurso de ofício ou por iniciativa de ofício, conforme previsão no art. 145 do CTN. O processo administrativo fiscal tem justamente a função de constituir definitivamente o crédito, assegurando-lhe a certeza e a liquidez. Caso não adotemos essa característica inerente ao processo administrativo, transformaríamos nossas decisões na cômoda anulação da NFLD ou do auto de infração, nos furtando à análise de mérito, para procurarmos meras irregularidades formais na constituição do crédito.

O apego demasiado à formalidade por este Colegiado vai de encontro aos princípios do Direito Administrativo da economia processual e da eficiência. Se é reconhecido que a fiscalização pode efetuar novo lançamento fiscal, após a anulação por vício formal, para quê gastar tanto esforço e tempo, se podemos aproveitar todas as provas que já foram colacionadas, prosseguindo o feito nesses mesmos autos?

Não há dúvida que a presente irregularidade trata-se de ato anulável e não nulo. Uma vez que são anuláveis os atos que a lei assim os declare, bem como os que podem ser re praticados sem vício, conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, página 457 da sua obra, Curso de Direito Administrativo, 22ª edição, Ed. Malheiros.

Outra prova inconteste de que a falha é sanável é que o vício poderia ser convalidado se não houvesse a impugnação do sujeito passivo, ou se esse, a par de identificar a falha, fizesse o recolhimento das contribuições. Caso o vício fosse insanável, nem mesmo o pagamento realizado pelo contribuinte afastaria a nulidade do lançamento fiscal.

A melhor caracterização da falha encontrada pela fiscalização pode ser realizada por meio de relatório fiscal complementar; afinal é para isso que servem as diligências fiscais. Atenta-se que não é este Colegiado que irá convalidar o ato de lançamento, mesmo porque não possui competência para isso. A convalidação será realizada pelo próprio órgão que efetuou o lançamento fiscal.

Não pode persistir o entendimento de que em qualquer hipótese que se verifique uma irregularidade, que enseje a complementação do relatório fiscal, esta não possa ser realizada. Tal impedimento descumpriria a lei, no caso o Decreto nº 70.235/1972, uma vez que nenhuma diligência poderia ser mais realizada, pois toda a diligência colaciona novas informações que não constavam no relatório inicial.

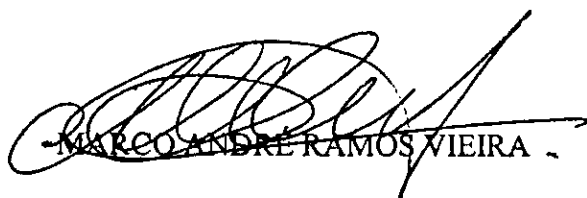


MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 20 / 02 / 08
Lisete
Lisete Souza Moura
Mat. Slape 94486

Por todo o exposto a Decisão-Notificação deve ser anulada por não ter considerado a omissão do relatório fiscal. Os autos devem retornar ao Auditor-Fiscal notificante para que proceda à correta instrução processual nos termos do presente voto.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007.


MARCO ANDRÉ RAMOS VIEIRA

Voto Vencedor

Conselheira LIEGE LACROIX THOMASI, Relatora.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, em vista da tempestividade, conforme informação às fls. 63, e da dispensa do depósito recursal por ser o contribuinte pessoa física, passo a examinar o recurso.

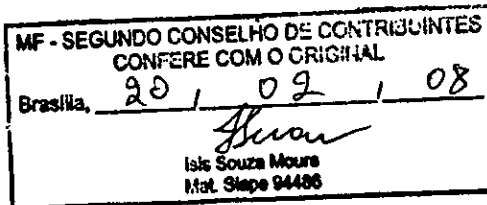
Pelos dados constantes do processo, trata-se de obra de construção civil, não regularizada perante a Previdência Social, com parte efetuada em período decadente, cujo ARO de fls. 23, foi emitido em 09/2002 sendo que os valores apurados no mesmo não correspondem aos valores lançados na NFLD de 22/12/2003.

O relatório fiscal, fls. 15 a17, diz que até a data do lançamento o contribuinte não tinha comprovado recolhimento das contribuições previdenciárias e por este motivo os cálculos do ARO foram refeitos a fim de serem excluídos os períodos decadentes.

Ocorre que este procedimento não está de acordo com o que consta na Instrução Normativa INSS/DC N. 69 de 10/05/2002, vigente à época do lançamento, que no seu artigo 87, abaixo transcrito diz:

Art. 87. A partir das informações prestadas na DISO, após conferência de todos os dados ali transcritos, à vista dos documentos apresentados, será expedido pelo INSS Aviso para Regularização de Obra (ARO), em duas vias, destinado a informar ao responsável pela obra o valor a ser recolhido.





§ 1º A primeira via do ARO deverá ser assinada pelo declarante e juntada à DISO na APS ou na UAA.

§ 2º Caso o declarante se recuse a assinar, o servidor anotará no ARO a observação "compareceu nesta APS ou UAA no dia ___/___/___ às ___:___h e recusou-se a assinar", indicando o dia e a hora em que o sujeito passivo tomou ciência do ARO.

§ 3º A segunda via do ARO ficará com o declarante para fins de recolhimento.

§ 4º O ARO será emitido até o último dia útil do mês da apresentação da DISO e o valor da contribuição nele informado deverá ser recolhido até o dia 2 (dois) do mês subsequente, prorrogando-se o prazo de recolhimento para o primeiro dia útil seguinte, se no dia dois não houver expediente bancário.

§ 5º Caso as contribuições não sejam recolhidas no prazo previsto no § 4º deste artigo, sofrerão acréscimos legais, na forma da legislação vigente.(grifei)

§ 6º Não sendo efetuado o recolhimento ou parcelamento espontâneos das contribuições contidas no ARO, será lavrada Notificação Fiscal para Lançamento de Débito (NFLD).(grifei)

No caso em questão, a DISO de fls. 18/19 não confere com as informações constante do ARO de fls. 23, e cujos dados são diversos daqueles levantados na Notificação Fiscal.

O salário de contribuição apurado no ARO era de R\$ 22.072,72, enquanto na notificação consta como salário de contribuição o valor de R\$ 18.540,48.

O contribuinte não foi cientificado antes da emissão da NFLD, de que o valor a ser lançado era diverso daquele que constava do ARO emitido em 27/09/2002, e do qual teve ciência em 30/09/2002, fls. 23, bem como, não ficou esclarecida qual a área decadente, qual a área remanescente em período não decadente e o que, efetivamente, lhe estava sendo cobrado, configurando-se o cerceamento de defesa e acarretando a nulidade lançamento, por afrontar o artigo 37 da Lei n. 8.212/91 e o artigo 243, do Regulamento da Previdência Social.

Lei n 8212/91

Art. 37. Constatado o atraso total ou parcial no recolhimento de contribuições tratadas nesta Lei, ou em caso de falta de pagamento de benefício reembolsado, a fiscalização lavrará notificação de débito, com discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, conforme dispuser o regulamento.(grifei)

Regulamento da Previdência Social

Art. 243. Constatada a falta de recolhimento de qualquer contribuição ou outra importância devida nos termos deste Regulamento, a fiscalização lavrará, de imediato, notificação fiscal de lançamento com

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 20 / 02 / 08 <i>Isis</i> Isis Souza Moura Mat. Sape 94486
--

discriminação clara e precisa dos fatos geradores, das contribuições devidas e dos períodos a que se referem, de acordo com as normas estabelecidas pelos órgãos competentes. (grifei)

Um dos princípios que sustenta o processo administrativo fiscal é o da verdade material e, por este princípio, o processo fiscal tem por finalidade garantir a legalidade da apuração do crédito. Portanto, a conduta da autoridade fiscal, em prol da verdade material, deve proceder no sentido de verificar se a hipótese abstratamente prevista na norma de direito material, efetivamente ocorreu. Nesse sentido, o relatório fiscal deve evidenciar a ocorrência do fato gerador e o período a que se refere, sob pena de cerceamento de defesa e conseqüente anulação do lançamento.

Da análise de todo o processo e dos documentos juntados não é possível vislumbrar qual a área existente na obra, qual área decadente e qual a área remanescente passível da incidência contributiva previdenciária. Os documentos que deviam sustentar o crédito lançado (DISO e ARO), não são coincidentes, e a NFLD traz valor diverso do apurado no ARO.

Por derradeiro, mesmo que nula a notificação, é de se registrar que o recorrente ao se manifestar sobre o resultado da diligência solicitada pela 02ª Caj, junta às fls.85 a 87, novo ARO emitido em 07/10/2005, guia de recolhimento quitada e Certidão Negativa de Débito emitida em 01/11/2005, para o imóvel sito na Rua Nossa Senhora das Graças, 110, lote 8, quadra 04, Bairro de Lourdes – Vitória/ES, endereço idêntico ao do MPF, do Relatório Fiscal da Infração e da DISO, com área construída de obra nova de 427,02m²

A DRP-Vitória/ES retornou o processo para este órgão colegiado sem analisar os novos documentos anexados pelo contribuinte, que, num primeiro momento, apesar da identidade de endereço, podem não corresponder ao crédito lançado; haja vista que a matrícula da obra é diversa, assim como a área utilizada para o cálculo, o início da obra e o valor a regularizar. Porém, era imprescindível que os elementos juntados pelo contribuinte, que diz comprovarem a quitação do débito previdenciário, fossem examinados pela fiscalização responsável pelo lançamento.

Por todo o exposto e por tudo mais que dos autos consta, voto por CONHECER DO RECURSO, para no mérito ANULAR A NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO, devendo ser providenciado um lançamento substitutivo, se for o caso e a Receita Federal do Brasil assim entender.

Sala das Sessões, em 22 de novembro de 2007


LIEGE LACROIX THOMASI