



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

Processo n° 36266.004093/2006-71
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2401-002.921 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 12 de março de 2013
Matéria REGULARIZAÇÃO DE OBRA - DIFERENÇA DE CONTRIBUIÇÕES
Embargante CONSTRUTORA MARIMBONDO LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/02/1999 a 31/07/2002

EMBARGOS - OMISSÃO - NÃO APRECIÇÃO DE TERMO ADITIVO

Com fulcro no art. 65 e seguintes do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF nº 256 de 22 de junho de 2009, cabem embargos de declaração face a omissão do acórdão.

O acórdão apresenta-se omissivo quando não são apresentados ao colegiado, todas as argumentações trazidas pela recorrente, mesmo em seu tratando de termo aditivo. Os argumentos trazidos aos autos pelo recorrente deveriam ser, no mínimo, submetidos ao colegiado no intuito de que se verifique a pertinência e a oportunidade de sua apreciação.

Nos termos do § 6.º do art. 9.º da Portaria MPS/GM n.º 520/2004 c/c art. 17 do Decreto n.º 70.235/1972, a abrangência da lide é determinada pelas alegações constantes na impugnação, não devendo ser consideradas no recurso as matérias que não tenham sido aventadas na peça de defesa e no caso, presente avençadas, nem mesmo na peça recursal.

Embargos Acolhidos

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, acolher os embargos de declaração para re-ratificar os acórdãos nº 2401-01.882 e nº 2401-02.438, mantendo inalterado o resultado do julgamento.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Igor Araújo Soares, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

Considerando a propositura de embargos com fulcro no art. 65 do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 256 de 22 de junho de 2009, Fazenda Nacional, opõe, tempestivamente, Embargos de Declaração nos seguintes termos:

Com fulcro no art. 65 do Regimento Interno dos Conselhos Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria MF n° 256 de 22 de junho de 2009, a União (Fazenda Nacional), por seu Procurador, opõe Embargos de Declaração contra o Acórdão n° 2401-02.438 de 16 de maio de 2012.

Segundo o embargante, o acórdão embargado deu parcial provimento ao recurso voluntário para reconhecer a insubsistência do lançamento devido à aplicação do termo inicial do prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

De acordo com o voto vencedor, havendo prova do pagamento parcial por parte da empresa prestadora para a única competência mantida pela DRJ (12/1998), o prazo decadencial deve ser contado a partir do fato gerador.

Com a devida vênia, há obscuridade/omissão em relação à competência 01/1999, a qual também foi mantida pela DRJ.

Com efeito, conforme fazem prova os seguintes trechos do voto condutor do acórdão da DRJ, objeto do recurso voluntário, foram mantidas naquela oportunidade as competências 12/1998 e 01/1999.

Destaco, que esse mesmo processo, já foi objeto de embargos por parte da Fazenda Nacional, onde naquela oportunidade os mesmos foram acatados e sido proferido o acórdão 2401-01.882, tendo em vista que havia sido incluída competência que não fora objeto de lançamento, tendo o resultado final do acórdão após os embargos sido proferido no seguinte sentido:

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO DOS EMBARGOS, para rerratificar o acórdão 2401-00.983, passando a rejeitar a preliminar de decadência, sem alteração do resultado do julgamento no mérito.

Contudo para adentrar aos pontos trazidos pelo embargante, transcrevo abaixo o relatório do acórdão proferido, que manteve-se inalterado. Senão vejamos:

O presente NFLD tem por objeto as contribuições sociais destinadas ao custeio da Seguridade Social, parcela a cargo dos segurados da empresa, incluindo as destinadas ao

financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e a destinada aos Terceiros, em virtude da utilização de mão-de-obra assalariada, na edificação de obra de construção civil de responsabilidade do notificado.

Os valores das contribuições foram apurados por meio do Aviso de Regularização de Obra – ARO emitido em 07/2002, contudo referente ao período de 02/1999 a 07/2002, tendo a remuneração sido arbitrada com base na área construída e no padrão da edificação.

Segundo o relatório fiscal a remuneração de trabalhadores que executaram as obras de construção civil para notificada, não foram devidamente registradas em folhas de pagamento, sejam da própria construtora ou de subempreiteiros contratados.

Ainda conforme descrito no relatório fiscal o arbitramento deveu-se ao fato de a contabilidade da notificada não registrar sua real movimentação financeira, conforme preceitua o art. 49 da IN INSS/DC nº 18/2000.

Considerando que a contabilidade não espelhava a realidade da movimentação financeira, o crédito foi apurado nos termos do art 33, § 6º e 4º da Lei 8.212/91. O montante dos salários pagos pela execução das obras desta construtora aqui avaliados por meio do ARO, foi obtida como determina a IN INSS/DC nº 18/2000 e a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 161/1997, procedendo-se ainda a dedução do recolhido pela empresa conforme descrito nas normas.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 07/08/2002, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido em 12/08/2002.

Inconformado com a NFLD, a notificada apresentou defesa, conforme fls. 232 a 246.

O processo foi baixado em diligência, tendo o auditor emitido informação fiscal às fls. 312 a 315.

Tendo considerado intempestiva a defesa, a autoridade previdenciária emitiu competente Termo de Revelia, fls. 319 a 320.

Apesar de não cientificado dos termos da diligência, a empresa tendo solicitado vistas ao processo acabou por ter conhecimento dos termos da informação, tendo encaminhado aditivo a defesa às fls. 325 a 344.

Tendo pairado dúvidas acerca da data da impugnação o processo foi encaminhado para procuradoria para manifestação fls. 346.

O processo foi novamente submetido a auditora analista para avaliação dos argumentos apontados pelo recorrente, tendo a mesma se manifestado às fls. 351 a 364.

Devidamente cientificado dos termos da análise o recorrente manifestou-se às fls. 371, solicitando a reavaliação da

tempestividade e apresentando os documentos para comprovar a data da efetiva interposição do recurso.

A procuradoria novamente manifestou-se no sentido de que fosse declarada a tempestividade do recurso e procedesse o INSS a apreciação dos argumentos apontados pelo recorrente.

Foi exarada a Decisão-Notificação - DN que confirmou a procedência do lançamento, fls. 438 a 452, sendo que o principal argumento rebatido pela autoridade julgadora é no sentido de que apesar de alegar ser sua contabilidade regular, razão porque incabível o arbitramento da base de cálculo, não fez o recorrente qualquer prova do alegado.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso, conforme fls. 455 a 471, onde, em síntese a recorrente alegou o seguinte:

Em momento algum apresentou recurso meramente protelatório conforme dito pela autoridade julgadora de 1ª instância, pelo contrário em primeiro lugar entendeu o recorrente ser necessário provar tratar-se de recurso tempestivo.

NO que concerne a desconsideração da contabilidade o recorrente tanto na impugnação, como na complementação fez extenso arrazoado, Sobre a desconsideração, tendo concluído que poucos fatos não ligados diretamente a empresa, não tem o poder de desconsiderar a contabilidade.

Restou demonstrado que os relatórios fiscais encontram-se falhos apresentando diversas afirmações sem lastro fático.

As razões apresentados foram apreciadas de forma superficial, ou mesmo não foram apresentadas, o que fere o princípio da motivação. A doutrina brasileira é unânime ao entender que a motivação é essencial para dar validade aos atos administrativos.

Conforme discutido nos itens 6.6.3 do relatório e seguintes não tem a empresa admitir que mesmo que a contabilidade seja desconsiderada não autoriza o arbitramento, sem critérios jurídicos e econômicos. Ora, tratando-se de casas populares com contrato firmado com banco estatal, no caso CEF, este deve ser o custo da obra real a ser considerado e não custo avaliado como quer fazer crer a autoridade julgadora.

Estamos diante, de um custo real, contratado e faturado, em contraponto com o custo pesquisado pelo sindicato, no caso o SINDUSCON.

Mesmo diante da verificação da contabilidade até 12/2001, procedeu a fiscalização a desconsideração da contabilidade até 07/2002, tendo o débito sido lançado por arbitramento.

Admitindo-se apenas com o objetivo de argumentar que a contabilidade até 12/2001, apresente problemas, não há como aceitar que o arbitramento realizado perdure até o ano de

07/2002, visto tratar-se de outro exercício de apuração e ela certamente será diferente da contabilidade dos anos anteriores.

Esse comportamento do fisco fere o princípio da igualdade tributária, e a consequência inevitável é que a empresa não terá preços competitivos para exercer a concorrência, o que significa sua extinção.

Nos termos da IN nº 70, só poderá ser aferido indiretamente a base de cálculo de contribuição referente a período no qual ocorreu qualquer hipótese prevista nos incisos I a II e IV.

Arbitrar em período diverso do que aquele em que se constataram irregularidades constitui o típico excesso de exação, que é repellido veementemente pelo legislador.

Se for considerado válido o arbitramento realizado, torna-se possível em todas as obras futuras, o arbitramento da base de cálculo de contribuições, o que afetará a livre concorrência.

Nenhuma nota fiscal específica de despesa fictícia foi lançada na contabilidade, sendo que somente na visão do auditor fiscal, que diante de problemas nas empresas fornecedoras, entendeu por presunção que os materiais não teriam sido fornecidos.

Reafirmando a tese, é aceita por mera argumentação, que até 2001, a contabilidade registrou despesas fictícias, com o presente lançamento, essas despesas concretamente foram transformadas em salários, e com isso o fisco já fez o acerto. Portanto, a partir de 2002 vida nova!

Cada matrícula apresenta uma peculiaridade, devendo ser apreciada de maneira cuidadosa, visto que algumas encontram-se encerradas, outras apresentam recolhimento.

Não existe em todo o lançamento e seus relatórios, bem como no procedimento administrativo a indicação, nomeação, referência a qualquer documento que diga respeito à remuneração de empregados não lançada.

Tanto na impugnação, quanto no aditivo restou provado que as obras foram arbitradas tendo por base áreas não construídas, que obras regularizadas foram cobradas e que obras diferentes foram vinculadas a uma só matrícula.

A autenticação de documentos só será exigida, quando houver dúvida da autenticidade do documento, e até esse momento nada foi levantado quanto aos habite-se anexados ao procedimento, e que qualquer dúvida deve ser dada oportunidade a recorrente para manifestar-se.

Diante de todo o exposto a improcedência da NFLD há de ser decretada, mas se assim não entender apenas para argumentar, o AI deve ser tornado nulo, por todos os vícios.

NO item 3.2.3.10 foi conhecido o argumento quanto ao MPF, sendo que as razões não foram contraditas, o que fere o princípio do contraditório e da ampla defesa.

Nos meses de 01 e 02/2002 o auditor praticou atos sem estar devidamente amparado.

O MPF cujo vencimento deu-se em 28/03/2002 foi extinto, sem a emissão de novo, o que torna todo o procedimento nulo.

Assim, restam maculadas as solicitações de documentos, depoimentos prestados por terceiros, bem como o resultado da ação fiscal.

Protesta pela apresentação de todos os meios de prova, e requer que o débito seja tornado improcedente.

A unidade da SRP apresentou contra-razões destacando não existirem fatos novos a serem apreciados.

O recurso foi considerado deserto, tendo o recorrente obtido liminar para dar provimento a análise do pleito, fls. 544 a 553.

É o relatório.

É o relatório.

Voto**PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:**

Sendo os embargos interpostos tempestivamente passo a apreciá-lo.

DA APRECIACÃO DOS EMBARGOS

Analisando os embargos opostos agora pelo contribuinte, entendo que o acórdão prolatado não padece de qualquer vício seja, omissão, obscuridade ou mesmo contradição, tendo em vista que procedeu esse colegiado ao julgamento, tendo por base os documentos pertinentes ao processo, e conforme trazido pelo próprio recorrente em seu embargo o termo aditivo, por ele peticionado em 22/08/2007 não fora colacionado aos autos, razão pela qual o julgamento deu-se com os documentos e argumentos constantes dos autos.

Todavia, vislumbro na jurisprudência dos tribunais, que excepcionalmente, os embargos podem ser acatados. Segundo o entendimento jurisprudencial do STJ, o fato novo, que pode influenciar no resultado da lide, pode ser alegado ainda em sede de embargos de declaração. Precedentes: REsp 1.071.891/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.11.2010; REsp 734.598/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 1.7.2005; REsp 434.797/MS, 4ª Quarta, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 10.2.2003.

Entendo, que os documentos trazidos aos autos pelo recorrente devem ser, no mínimo submetidos ao colegiado no intuito de que se verifique a pertinência e a oportunidade de sua apreciação.

No caso, às fls. 608 a 612, anexou o recorrente cópia do termo aditivo, onde descreve existirem provas contundentes que as informações constantes dos relatórios fiscais encontram-se equivocadas, razão porque deve ser revisto o lançamento.

Contudo, em que pese toda a argumentação trazida aos autos em seu termo aditivo, entendo que o momento em que as mesmas foram apresentadas constantes nos autos devem ser sempre que entender o julgador que os mesmos se prestem na busca da verdade material, é claro levando em considerando os prazos para a sua apresentação.

Os respectivos argumentos quanto a situação das empresas com as quais a recorrente manteve contratos deu-se em 22/08/2007, ou seja, quase dois anos depois de proferida a decisão de primeira instância (29/06/2005), tendo, face mudança de endereço sido cientificada ao recorrente apenas em 23/03/2006.

Em 17/04/2006, protocolou o recorrente perante a previdência social seu recurso, cujos argumentos foram devidamente analisados no acórdão 2401-00.983 e 2401-01.882. Assim, apenas em meados de 2007, apresentou o recorrente o termo aditivo, razão porque entendo o mesmo não deva ser conhecido face a ocorrência de preclusão do direito do recorrente.

Nos termos do § 6.º do art. 9.º da Portaria MPS/GM n.º 520/2004 c/c art. 17 do Decreto n.º 70.235/1972, a abrangência da lide é determinada pelas alegações constantes na impugnação, não devendo ser consideradas no recurso as matérias que não tenham sido aventadas na peça de defesa.

AFASTAR ALEGAÇÃO ACERCA DA BUSCA DA VERDADEMATERIAL

Embora, entenda pela preclusão do direito do recorrente face a inovação dos argumentos trazidos após a apresentação do recurso, apenas para afastar qualquer alegação de inobservância da busca da verdade material, apreciei novamente o relatório fiscal e o próprio contrato, sendo que não vislumbro a nulidade pretendida.

Ao contrário do que entende o recorrente não entendo que o lançamento com base no CUB possa ser realizado apenas no caso de desclassificação da contabilidade por falsidade de informações. Ao identificar a autoridade fiscal que a cobertura das obras não se dava dentro dos patamares previstos na legislação procedeu ao cálculo da mão de obra empregada

Ademais, entendo que os argumentos trazidos nos termos aditivos não se prestam a desconstituir lançamentos, baseados em documentos. Alega o recorrente por exemplo na empresa Márcio Daniel que elaborou erroneamente seu livro caixa, prestando declaração a respeito e acerca do reconhecimento da emissão de NF. A mera declaração não serve como prova documental para desconstituição do lançamento.

Cite-se que o lançamento com base no CUB não foge a realidade da construção civil, utilizando parâmetros de mão de obra, estipulados em consonância a normas do próprio SINDUSCON.

Quanto as empresas que funcionam em forma de sucessão DAISY LÚCIA MARTINS OU MARTINS COMÉRCIO E REPRESENTAÇÕES, destaco que não compete a autoridade fiscal diligenciar em relação a cada empresa prestadora de serviços, mas identificar na prestação de serviços, de acordo com os parâmetros descritos na norma previdenciária E na contabilidade da construtora como ocorreu a prestação de serviços e a contabilização da mesma. Identificou a autoridade fiscal, diversos pontos que o levaram a proceder o lançamento por arbitramento com base no CUB,

A autoridade fiscal avalia as informações coletadas nas empresas, confrontando ditas informações com aquelas constantes nos sistemas da Receita.

Da mesma forma, entendo que o mero contrato apresentado não afasta, quando realizado o arbitramento, o valor do metro quadrado previsto pelo Sinduscon, até porque em relação ao padrão da obra, no caso de casas populares, identifica-se o tipo de obra 41 – Conjunto habitacional Alvenaria, descrevendo o padrão como baixo, o que por consequência determina uma padrão baixo. (fls. 75, 78, 80, 83, 89, dentre outros).

Assim, entendo que as informações prestadas, não alterariam o julgado, posto que as informações trazidas pela autoridade fiscal, fundamentam o arbitramento realizado.

Isto posto, acolho os embargos, no sentido de tomar conhecimento do termo aditivo apresentado pelo recorrente, contudo, sem apreciar as razões ali descritas, considerando a preclusão do direito do recorrente de apresenta-las.

CONCLUSÃO

Voto pelo CONHECIMENTO DOS EMBARGOS, para ratificar os acórdãos 2401-01.882 e 2401-02.438 , mantendo inalterado o resultado do julgamento.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira