



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

Processo nº 37139.000060/2005-90
Recurso nº 249092
Resolução nº **2803-00.005 – 3ª Turma Especial**
Data 08 de julho de 2010
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente CAPIMAR EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM
FLORIANÓPOLIS/SC - Agência da Previdência Social em Tijuca/SC.

RESOLUÇÃO

RESOLVEM os membros da **3ª Turma Especial** da Segunda Seção de Julgamento por maioria de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do(a) relator(a). Vencidos os Conselheiros Oseas Coimbra Júnior e Gustavo Vettorato que votam pela negativa do provimento.

HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Presidente e Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Vera Kempers de Moraes Abreu (suplente), Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (presidente).

RELATÓRIO

O presente processo refere-se a pedido de restituição de contribuições previdenciárias correspondentes à retenção 11% sobre valor bruto das notas fiscais de serviços sofrida pela empresa CAPIMAR EMPREITEIRA DE MÃO DE OBRA LTDA, CNPJ nº 01.429.305/0001-86, período: 02 a 04/2002, (fls. 1/2), pedido em 19/06/2002.

A SRP – FLORIANÓPOLIS/SC, Agência da Previdência Social – APS em Tijucas/SC, (fls. 100/102), indeferiu o pedido, em 14/12/2004, por falta de comprovação das despesas e receitas contabilizadas nos livros Diário e Razão. Em razão da falta de documentos

para análise do pedido apurou o valor das contribuições previdenciárias por aferição indireta, utilizando para o valor do salário de contribuição o mínimo de 40% sobre as notas fiscais, conforme procedimento contido na Instrução Normativa – IN nº 70 de 10/05/2002, e alterações. Concluiu que por este procedimento não haveria valores a restituir.

O contribuinte tomou ciência em 04/01/2005 (fls. 102), apresentando recurso (fls. 103/105), em 31/01/2005, acompanhado de anexos, como seguintes argumentos:

a) que prestou serviços nos meses de fevereiro a abril de 2002 tendo emitido e registrado as notas fiscais de nº 311 a 317, em anexo, com a correspondente retenção das contribuições previdenciárias para posterior compensação;

b) o procedimento utilizado na retenção previdenciária das notas fiscais está de acordo com a legislação. Não há que se comprovar faturamento, receita, despesas ou registros, uma vez que, por si só as notas comprovam o faturamento, que exige um registro e que demonstram os valores retidos e os valores devidos e/ou recolhidos;

c) que anexou todos os comprovantes de faturamento, retenção e recolhimento, mas, mesmo assim, teve seu pedido indeferido;

d) foram relacionados alguns documentos complementares que não foram solicitados pelo recorrido, já que os anexados a exordial comprovam plenamente o direito da recorrente;

e) o despacho foi omissivo quanto ao enquadramento e embasamento legal, ato impeditivo de contestação, uma vez que não se tem conhecimento se a exigência é mera solicitação do agente ou por imposição da Lei;

f) por fim, espera que seu pedido seja processado, analisado e decidido pelo deferimento.

A Unidade da SRP – FLORIANÓPOLIS/SC, Seção de Orientação da Arrecadação (fls. 113), encaminhou os autos a 4 CAJ/CRPS para julgamento, em razão de não ter havido inclusão de fatos novos que pudessem modificar a decisão inicial do pedido.

É o relatório.

VOTO

Conselheiro HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA, Relator

O recurso foi interposto tempestivamente (fls. 113), pressuposto superado, passo ao exame das questões.

Conforme decisão da SRP – FLORIANÓPOLIS/SC (fls. 100) o pedido foi indeferido por não constar informação da existência de contabilidade regular (Diário e Razão) e do contribuinte não prestar informações contábeis de seu faturamento. Que ao confrontar as GFIP e as notas fiscais do período pleiteado, verificou que o salário de contribuição declarado na GFIP corresponde a 13,33% das notas fiscais. Então, aplicando o percentual mínimo de 40% sobre as notas fiscais para encontrar o valor das contribuições previdenciárias por aferição

indireta, conforme Instrução Normativa nº 70, de 10/05/2002, concluiu que não havia valor a ser restituído.

À Secretaria da Receita Federal do Brasil – RFB compete fiscalizar os procedimentos dos contribuintes relativos aos recolhimentos das contribuições previdenciárias, sendo prerrogativa o exame da contabilidade, ficando o contribuinte obrigado a exibir todos os documentos e livros e prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados. No caso de descumprimento a RFB pode inscrever de ofício a importância que reputar devida, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário. É o que estabelecem o art. 33 da Lei nº 8.212/91 e art. 233 do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto nº 3.048/99:

Art. 33. Ao Instituto Nacional do Seguro Social – INSS compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas a, b e c do parágrafo único do art. 11, bem como as contribuições incidentes a título de substituição; e à Secretaria da Receita Federal – SRF compete arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais previstas nas alíneas d e e do parágrafo único do art. 11, cabendo a ambos os órgãos, na esfera de sua competência, promover a respectiva cobrança e aplicar as sanções previstas legalmente. (Redação dada pela Lei nº 10 256, de 2001)

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal-DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (...)

Decreto nº 3.048/99

Art.233. Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social e a Secretaria da Receita Federal podem, sem prejuízo da penalidade cabível nas esferas de sua competência, lançar de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa, ao empregador doméstico ou ao segurado o ônus da prova em contrário

Parágrafo único. Considera-se deficiente o documento ou informação apresentada que não preencha as formalidades legais, bem como aquele que contenha informação diversa da realidade, ou, ainda, que omita informação verdadeira.



Nota-se que os artigos acima mencionados referem-se à possibilidade de lançamento pela autoridade fiscal. Assim, se durante a análise da documentação for constatada omissão, irregularidade, sonegação ou deficiência na informação prestada, não cabe o mero apontamento pela autoridade fiscal de que o valor da mão-de-obra não cobre 40% da nota fiscal. Nesse caso, a fiscalização deveria ter lançado o crédito respectivo, conforme dispõe os art. 31 da Lei nº 8.212/91 e art. 233 do RPS.

Dessa maneira, constatando que houve ausência de recolhimento e falta de documentação fiscal para aferir o correto valor do tributo, o órgão fiscalizador pode lavrar a notificação fiscal, materializando tal constatação, informando o critério da aferição, que certamente será um valor estimado e que variará conforme a atividade econômica do contribuinte.

A análise de possíveis distorções pode e deve ser realizada pela autoridade fiscal, contudo tal análise deve ser devidamente fundamentada, possibilitando um procedimento fiscal que confira a ampla defesa e o contraditório. Caso a fiscalização entenda não possuir todos os documentos necessários para análise do pedido de restituição deve apurar os fatos em ação fiscal, na qual tenha acesso à toda documentação necessária, se for o caso efetue o lançamento, possibilitando o procedimento adequado e idôneo para a defesa do contribuinte.

É sabido que a Administração Pública, no correto exercício de suas atribuições, deve buscar a realidade dos fatos, além das informações trazidas aos autos pelas partes. É dever do administrador trazer ao processo todas as provas que entender imprescindíveis à sua livre convicção, desde que a sua produção se dê em conformidade com a lei, por força do que dispõe o art. 5, inciso LVI, da Constituição Federal de 1988.

Na análise do “princípio da razoabilidade” a administração, ao exercer seu poder discricionário, terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal das pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida (Mello, 1996, p. 63-4). A Lei nº 9.784/99, veda, como critério de atuação da administração nos processos administrativos, “...a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público” (art. 2º, inciso IV).

Quanto ao “princípio da verdade material” a administração tem o direito e o dever de carrear para o expediente todos os dados, informações e documentos a respeito da matéria tratada, sem estar jungida aos aspectos considerados pelos sujeitos (Medauar, 1993, p. 121, *apud* Néder e López, 2002, p. 63). Assim, está em permanente tensão com o “princípio da preclusão” e toca ao julgador ponderá-los adequadamente.

A regra é que as provas devem ser apresentadas juntamente com a impugnação ou com a manifestação de inconformidade, no devido prazo legal, conforme artigo 15 do Decreto nº 70.235, de 1972. No § 4º do artigo 16, a disposição foi repetida, mitigando a regra preclusiva nas circunstâncias elencadas nas alíneas de "a" a "c", como segue:

Art. 16. A impugnação mencionará

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que: (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) refira-se a fato ou a direito superveniente; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Revela-se, pois, irrelevante que a documentação comprobatória dos fatos tenha sido acostada aos autos no prazo ou não. A própria Câmara Superior de Recursos Fiscais tem acolhido esse entendimento:

"PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA BUSCA DA VERDADE MATERIAL E DA OFICIALIDADE SOBRE O RIGOR FORMAL. O objetivo do processo administrativo fiscal é a constatação da ocorrência (ou não) do fato gerador da obrigação tributária. Tendo a Administração ciência de que o ato administrativo de lançamento não seguiu os ditames da legalidade, ainda que através de documento juntado tardiamente, deve o Fisco, de ofício, rever o ato." (ACÓRDÃO CSRF/03-04.382, Relator: Nilton Luiz Bartoli, DOU 26.12.2006)

De outro modo, a aferição indireta utilizada não pode servir como argumento para indeferir o pedido de restituição.

CONCLUSÃO:

Ante o exposto, considerando tudo que dos autos consta, CONVERTO O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, para que a Unidade da Receita Federal de Florianópolis/SC analise toda a documentação acostada aos autos pelo contribuinte, caso entenda não possuir todos os elementos necessários deve apurar os fatos em ação fiscal, na qual tenha acesso à toda documentação necessária e, se for o caso efetuar o lançamento, concluindo pelo deferimento ou não do pedido de restituição com a respectiva fundamentação, possibilitando o procedimento adequado e idôneo para a defesa do contribuinte. O resultado deve ser comunicado ao contribuinte e reaberto prazo para sua manifestação.

É o voto.

Sala das Sessões, em 08 de julho de 2010.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA – Relator



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

Processo nº 35018.000116/2006-38
Recurso nº 249.661 Voluntário
Acórdão nº 2803-00.005 – 3ª Turma Especial
Sessão de 22 de março de 2010
Matéria DECADÊNCIA
Recorrente CEREALISTA CASTRO LTDA
Recorrida SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA EM SALVADOR / BA

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/12/1996 a 30/11/1998

PRAZO DECADENCIAL. CINCO ANOS. TERMO A QUO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO ANTECIPADO SOBRE AS RUBRICAS LANÇADAS. ART. 173, INCISO I, DO CTN.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991.

Não tendo havido pagamento antecipado sobre as rubricas lançadas pela fiscalização, há que se observar o disposto no art. 173, inciso I do CTN.

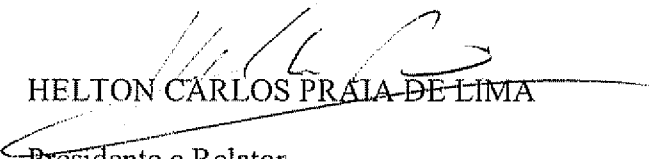
Encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial todos os fatos geradores apurados pela fiscalização.

Recurso Voluntário Provido

Crédito Tributário Exonerado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Turma Especial da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do relatório e votos que integram o presente julgado.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA

Presidente e Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Eduardo e Oliveira, Oseas Coimbra Júnior, Carolina Siqueira Monteiro de Andrade, Eduardo Augusto Marcondes de Freitas, Gustavo Vettorato e Helton Carlos Praia de Lima (Presidente).

Relatório

A presente NFLD foi lavrada em função da ausência de recolhimento de contribuições previdenciárias patronal correspondente a 20% da remuneração paga ou creditada a qualquer título aos segurados contribuintes individuais que lhe prestem serviço, conforme relatório fiscal às fls. 34 a 37, e relatório DAD – Discriminativo Analítico de Débito (fls. 04), período de 12/1996 a 11/1998, efetuado em 12 de junho de 2006, fl. 01; sendo a ciência em 16 de junho de 2006 (fls. 65).

Não conformado com a notificação, foi apresentada defesa pelo recorrente, fls. 78 a 88.

A Decisão-Notificação confirmou a procedência do lançamento, fls. 107 a 113.

O recorrente interpôs recurso na forma das fls. 125 a 138. Em síntese alega:

a) em preliminar, aduz decisão liminar em Mandado de Segurança sob nº. 2007.34.00.028619-5 da 22ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, onde obteve êxito para desobrigá-lo da exigência do depósito recursal de 30% da exação fiscal. Assevera, ainda, que é de 5 (cinco) anos o direito de lançar em relação ao período alvo da fiscalização. Este prazo decadencial é assente na doutrina e jurisprudência tributária, bem como, de conformidade com o art. 150, § 4º, do CTN;

b) deve ser anulada a decisão de primeira instância diante a negativa de dilação de prazo para entrega de toda documentação pertinente, o que levou a fiscalização a autuar sem apreciação de diversos documentos imprescindíveis à elucidação dos fatos;

c) inexistente qualquer débito relativo à empresa, pois os valores devidos sempre foram recolhidos;

d) solicita diligência fiscal para análise dos documentos que estão à disposição da fiscalização;

e) por fim, requer que seja conhecido e provido o recurso interposto.

Os autos foram encaminhados ao 2º. Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda para julgamento - DF (fls. 142).

É o relatório.

Voto

Conselheiro HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA., Relator

O recurso foi interposto tempestivamente, fl. 142. Pressuposto superado, passo para o exame das questões preliminares ao mérito.

A preliminar relativa a decisão liminar em Mandado de Segurança sob nº. 2007.34.00.028619-5 da 22ª. Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, foi atendida a decisão judicial e acatado o recurso. A exigência de depósito prévio, no valor mínimo de 30% da exigência fiscal, como condição para seguimento do recurso voluntário, foi declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal - STF por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1976/2007 e Súmula Vinculante do STF nº 21, DOU de 10/11/2009.

Quanto à questão preliminar relativa à fluência do prazo decadencial, a mesma deve ser reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal, conforme entendimento sumulado, Súmula Vinculante de nº 8, no julgamento proferido em 12 de junho de 2008, reconheceu a inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212 de 1991, nestas palavras:

Súmula Vinculante nº 8 "São inconstitucionais os 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".

Conforme previsto no art. 103-A da Constituição Federal a Súmula de nº 8 vincula toda a Administração Pública, devendo este Colegiado aplicá-la.

Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

Uma vez não sendo mais possível a aplicação do art. 45 da Lei nº 8.212/1991, há que serem observadas as regras previstas no CTN.

As contribuições previdenciárias são tributos lançados por homologação, assim devem, em regra, observar o disposto no art. 150, § 4º, do CTN. Havendo, então o pagamento antecipado, observar-se-á a extinção prevista no art. 156, inciso VII, do CTN. Entretanto, se não houver o pagamento antecipado não se aplica o disposto no art. 156, inciso VII do CTN, devendo assim ser observado o disposto no art. 173, inciso I do CTN; havendo a necessidade de lançamento de ofício substitutivo, conforme previsto no art. 149, inciso V do CTN. Nesta hipótese, caso não haja o lançamento, o crédito tributário será extinto em função do previsto no art. 156, inciso V do CTN. Caso tenha ocorrido dolo, fraude ou simulação não será observado o disposto no art. 150, § 4º, do CTN, sendo aplicado necessariamente o disposto no art. 173, inciso I, independentemente de ter havido o pagamento antecipado.

No presente caso, o lançamento foi efetuado em 12 de junho de 2006, fl. 01; sendo a ciência em 16 de junho de 2006 (fls. 65). Como não houve pagamento antecipado sobre os valores lançados, conforme Relatório Fiscal e relatório de Discriminativo Analítico de Débito – DAD (fls. 04); assim, aplica-se a regra prevista no art. 173, inciso I, do CTN.



Neste sentido é o entendimento da 1ª. Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais em Acórdão n° 9101, sessão de 04 de novembro de 2009, referente ao Recurso Especial n° 140.076, cuja ementa transcrevo:

DECADÊNCIA DO DIREITO DO FISCO LANÇAR TRIBUTOSUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO. Restando configurado que o sujeito passivo não efetuou recolhimentos, o prazo decadencial do direito do Fisco constituir o crédito tributário deve observar a regra do art. 173, inciso I, do CTN. Precedentes no STJ, nos termos do RESP nº 973.733 – SC, submetido ao regime do art. 543 – C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

Pelo exposto, encontram-se atingidos pela fluência do prazo decadencial todos os fatos geradores apurados pela fiscalização no período de 12/1996 a 11/1998. Para a competência mais recente do lançamento: novembro/1998, o cumprimento da obrigação deveria se dar em dezembro/1998, assim, o termo inicial do prazo decadencial é 1 de janeiro de 1999, não sendo devida a cobrança a partir de 1 de janeiro de 2004. A ciência do lançamento pelo recorrente se deu em 16 de junho de 2006 (fls. 65).

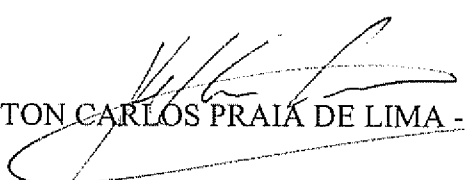
O recorrente não apresentou documentos comprobatórios que justificassem suas argumentações. Indefiro o pedido de diligência fiscal em razão do não cumprimento dos requisitos necessários pelo requerente, conforme art. 16, § 1º, do Decreto 70.235/72.

CONCLUSÃO:

Pelo exposto, voto por CONHECER do recurso do notificado para CONCEDER-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Sala das Sessões, em 22 de março de 2010.


HELTON CARLOS PRAIA DE LIMA - Relator



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
SEGUNDA SEÇÃO

TERMO DE INTIMAÇÃO

Em cumprimento ao disposto no parágrafo 3º do artigo 81 do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, aprovado pela Portaria Ministerial nº 256, de 22 de junho de 2009, intime-se o(a) Senhor(a) Procurador(a) Representante da Fazenda Nacional, a tomar ciência do Acórdão nº 2803-00.005.

Brasília 22 de junho de 2010

Patricia de Almeida Proença e Silva
Chefe da Secretaria da Terceira Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Sem Recurso

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional