



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

Processo nº 37336.001308/2006-94
Recurso nº 158.529 Voluntário
Acórdão nº 2401-01.499 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 1 de dezembro de 2010
Matéria CONTRIBUIÇÕES PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS
Recorrente VÍNCULO ENGENHARIA LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/03/1998 a 31/01/2006

ARBITRAMENTO DO TRIBUTO. FALTA DE DESCRIÇÃO DOS FATOS QUE LEVARAM A ADOÇÃO DO PROCEDIMENTO. CERCEAMENTO AO DIREITO DE DEFESA DO CONTRIBUINTE. NULIDADE.

É nulo, por cerceamento ao direito de defesa do contribuinte, o lançamento fiscal cujo relatório não aponta com clareza e precisão os pressupostos fáticos que ensejaram a adoção do arbitramento do tributo devido.

RECURSO VOLUNTÁRIO PROVIDO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do colegiado da segunda seção de julgamento, por maioria de votos: I) declarar a decadência até a competência 11/2000. Vencidos os conselheiros Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira, que votaram por declarar a decadência até a competência 03/2001; e II) declarar a nulidade da NFLD por vício material. Vencida a conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, que votou por declarar a nulidade por vício formal.

ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO - Relator

Participaram, do presente julgamento, o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Cleuza Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de

Assinado digitalmente em 08/12/2010 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO

RE

Autenticado digitalmente em 08/12/2010 por KLEBER FERREIRA DE ARAUJO

Emitido em 13/12/2010 pelo Ministério da Fazenda

Relatório

Trata o presente processo administrativo fiscal da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, DEBCAD nº 35.909.353-1, posteriormente cadastrada na RFB sob o número de processo constante no cabeçalho. A notificação, lavrada em nome da contribuinte já qualificada nos autos, traz em seu bojo contribuições destinadas a outras entidades e fundos (terceiros) e acréscimos legais sobre guias previdenciárias recolhidas em atraso.

O crédito em questão reporta-se às competências de 03/1998 a 01/2006 e assume o montante, consolidado em 20/03/2006, de R\$ 188.512,61 (vinte cento e oitenta e oito mil, quinhentos e doze reais e sessenta e um centavos).

De acordo com o relato do fisco, fls. 197/354, os fatos geradores de contribuições previdenciárias foram as remunerações pagas aos segurados que laboraram nas dezesseis obras de construção civil listadas na tabela constante a fl. 189.

Continuando, a auditoria afirma que não há solidariedade em relação ao crédito lançado na NFLD sob enfoque e que as contribuições que comportam a solidariedade foram contempladas em NFLD's específicas, cujos relatórios fiscais foram todos colacionados aos presentes autos.

A remuneração foi aferida, afirma a auditoria, com base no valor previsto no contrato e no Custo Unitário Básico da Construção - CUB.

A empresa notificada apresentou impugnação, fls. 358/387, a qual não foi acatada pelo órgão de primeira instância, que julgou, fls. 404/414, procedente o crédito.

Inconformada a contribuinte apresentou recurso voluntário, fls. 417/446, alegando em síntese que:

a) a NFLD é nula, posto que não consta nos autos a fundamentação legal para aplicação do arbitramento e nem para justificar o vínculo de solidariedade;

b) é ilegal o abandono da escrituração contábil da empresa, nem mesmo se verificando se o crédito efetivamente existe;

c) em homenagem ao princípio da verdade material dever-se-ia ter feito verificação junta à empresa contratada, além de que o julgador deve exaustivamente verificar se o fato gerador ocorreu;

d) há dúvidas quanto a certeza e liquidez do crédito tributário sob enfoque;

e) no caso em tela não há elementos que autorizem o arbitramento dos tributos, posto que já foram verificados na contabilidade do devedor direto a regularidade fiscal da obra em questão;

f) por não estarem presentes na notificação os elementos caracterizadores da cessão de mão-de-obra , o lançamento padece de vício formal;

g) é patente a decadência do crédito lançado, posto que inconstitucional o art. 45 da Lei n.º 8.212/1991;

h) o fisco tem o dever de demonstrar a ocorrência do fato tributável, não podendo efetua lançamento com base em meras presunções.

Por fim, pede o provimento do recurso e, conseqüente, reforma da decisão da DRJ.

O julgamento no CARF foi convertido em diligência, 450/454, para que a Autoridade Notificante informasse qual a data de encerramento da obras aferidas pela área construída, de modo que se pudesse verificar precisamente o possível transcurso do prazo decadencial e juntasse relatórios de NFLD correlatas que não haviam sido acostados inicialmente.

Em sua resposta, fls. 457/459, o Agente do Fisco cometeu o lapso de juntar aos autos informação fiscal relativa à outro processo (35166.000518/2006-39).

A empresa foi cientificada da manifestação da Auditoria, mas permaneceu inerte.

É o relatório.

Voto

Conselheiro KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO, Relator

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Embora não tenha sido cumprida a diligência fiscal na forma determinada por essa Turma de Julgamento, efetuei uma leitura mais detida dos autos e localizei vício no processo que, no meu sentir, é suficiente para resolver a lide sem necessidade de prolongar a duração de um feito que já se arrasta desde o ano de 2006.

Vou direito à questão relativa ao cabimento da aplicação da aferição indireta da base de cálculo. Sobre esse ponto verifico em todos os relatórios fiscais das NFLD conexas a seguinte afirmação da Auditoria:

Os valores lançados neste crédito foram obtidos por arbitramento, devido ao fato da empresa sob ação fiscal não manter escrituração contábil regular. Além do mais, o contribuinte não elabora de maneira satisfatória as folhas de pagamento e Guias de Recolhimento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço e Informação à Previdência Social — GFIP específicas 11 para as obras de construção civil, conforme determina a legislação em vigor.

A partir desse ponto do relato, o Fisco centra-se na citação da legislação que permite a apuração do crédito tributário por arbitramento e na metodologia adotada para obter a base tributável por aferição indireta.

A empresa no ser recurso contrapõe-se ao arbitramento afirmando:

Ressalte-se que o lançamento por arbitramento, nos casos autorizados pela Lei (art. 33, §§ 3º 4º e 6º, da Lei nº 8 212/91 - inclusive para efeito da responsabilidade solidária - art. 31, §§ 3º e 4º do mesmo dispositivo legal), ocorre na falta de elementos disponíveis para a verificação, podendo a empresa dispor de documentos que contraprovem o indicativo. O mesmo só será utilizado para lançar de ofício o montante devido, depois de esgotados os meios para a composição do salário de contribuição com base na documentação apresentada pela empresa.

No caso em tela, não há elementos autorizadores de tal modalidade de lançamento. Neste diapasão e ainda com base em um dos princípios que sustenta o processo administrativo fiscal que é o da verdade material; se já foram verificados, de forma direta, os elementos obtidos junto à contabilidade do originariamente sujeito passivo (contribuinte, art 121, I, CTN), não há porque manter o lançamento arbitrado.

Ademais não se pode perder de vista o estabelecido no Inciso I, do Art. 125, CTN, segundo o qual o pagamento efetuado por um dos obrigados aproveita aos demais

Assim, o contribuinte principal ao ser submetido a uma fiscalização com análise total da sua contabilidade adimpliu com suas obrigações previdenciárias, portanto, o crédito lançado em nome do responsável solidário carece de certeza (an' debeatur) e liquidez (quantum debeatur), não podendo prosperar.

Sobre esse tema, é cediço que o arbitramento da base de cálculo de tributos em geral é previsto no Código Tributário Nacional, art. 148¹, tendo cabimento quando as informações prestadas pelo sujeito passivo não mereçam fé. Também a legislação previdenciária tem fundamentação específica para aferição indireta das contribuições, é esta a previsão dos §§ 3.º e 4.º do art. 33 da Lei n.º 8.212/1991², os quais trazem a possibilidade de arbitramento das contribuições, quando haja recusa, sonegação ou apresentação deficiente de informações por parte do sujeito passivo.

Nessa análise não se pode perder de vista que o procedimento de aferição indireta é um instituto jurídico de exceção, excepcional, incomum, por isso, a lei condicionou a sua aplicação à presença de anormalidade. Tal procedimento deve ser pautado pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Dessa forma, o fisco precisa apresentar relação lógica entre os fatos e as conclusões, para não enveredar pelo excesso de exação fiscal por arbítrio e abuso de discricionariedade.

Somente é admissível o citado procedimento quando o fisco se vê diante de situação intransponível, ou seja, não tenha como se valer de outros meios para recompor o momento da ocorrência do fato gerador e obter os dados necessários ao cálculo do valor correspondente ao crédito tributário.

Na situação sob enfoque, verifico que os relatos do fisco, embora mencionem superficialmente a existência de falhas na documentação apresentada pela empresa, não demonstrou a contento quais as anormalidades que supostamente o levaram a adotar o procedimento de arbitramento das contribuições.

¹ Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

² 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.

(...)

§ 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.

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

(...)

Não se demonstrou com precisão quais as falhas contábeis e as omissões/incorrekções nas folhas de salários que justificassem a aferição indireta da base tributável.

Nesse sentido, entendo que ocorreu afronta ao que dispunha o art.661 da IN n. 03/2005, vigente à época da lavratura:

Art. 661. O relatório fiscal objetiva a exposição clara e precisa dos fatos geradores da obrigação previdenciária, de forma a permitir o contraditório e a ampla defesa do sujeito passivo, a propiciar a adequada análise do crédito e a ensejar ao crédito o atributo de certeza e liquidez para garantia da futura execução fiscal.

Pois vejo que as breves palavras lançadas pela Autoridade Notificante acerca dos fatos que autorizariam a adoção do arbitramento foram insuficientes a propiciar aos contribuintes o exercício do contraditório e da ampla defesa, ferindo, assim, garantias constitucionais das mais relevantes.

Essa anomalia, ao atingir elemento essencial do ato administrativo de lançamento, qual seja a necessária motivação, caracteriza-se como vício material.

De todo o exposto, voto pelo provimento do recurso, ao declarar nula, por vício material, a NFLD.

Sala das Sessões, em 1 de dezembro de 2010

KLEBER FERREIRA DE ARAÚJO



MINISTÉRIO DA FAZENDA
-CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
QUARTA CÂMARA - SEGUNDA SEÇÃO

Processo nº: 37336.001308/2006-94

Recurso nº: 158.529

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, credenciado junto à Quarta Câmara da Segunda Seção, a tomar ciência do Acórdão nº 2401-01.499

Brasília, 15 de Dezembro de 2010


MARIA MADALENA SILVA
Chefe da Secretaria da Quarta Câmara

Ciente, com a observação abaixo:

☐ Apenas com Ciência

☐ Com Recurso Especial

☐ Com Embargos de Declaração

Data da ciência: -----/-----/-----

Procurador (a) da Fazenda Nacional