



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

Processo nº 37361.001420/2005-37
Recurso nº 145.834 Voluntário
Acórdão nº 2301-00.228 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 05 de maio de 2009
Matéria Terceiros
Recorrente ESSEGE ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
Recorrida DRP/ITAJAÍ/SC

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/1996 a 31/10/2005

PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. FALTA DE CIÊNCIA SOBRE O RESULTADO DE DILIGÊNCIA E DOCUMENTOS JUNTADOS PELO FISCO.

A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação da decisão administrativa por cerceamento do direito de defesa. Com efeito, este entendimento encontra amparo no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

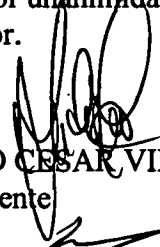
Decisão de Primeira Instância Anulada

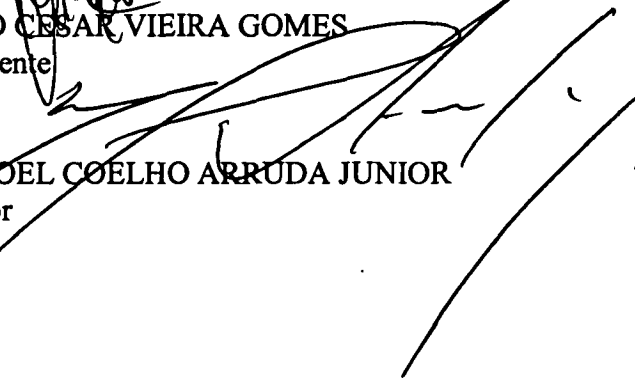
Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no lado direito da página, abaixo do texto 'Decisão de Primeira Instância Anulada'.

Assinatura manuscrita em tinta preta, localizada no canto inferior direito da página.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos, em anular a decisão de primeira instância, nos termos do voto do relator.


JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente


MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR
Relator

Participaram do julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira, Damião Cordeiro de Moraes, Marcelo Oliveira, Edgar Silva Vidal (Suplente), Liége Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior e Julio Cesar Vieira Gomes (Presidente).

Relatório

Trata-se de crédito previdenciário lançado, referente às contribuições sociais devidas à Seguridade Social pela empresa, às destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais de trabalho - GILRAT e as destinadas a outras Entidades e Fundos - Terceiros.

Os fatos geradores estão identificados no Relatório Fiscal (fls. 140/153) e no relatório Discriminativo Analítico de Débito - DAD (fls. 04/60):

a) remuneração paga/creditada a contribuintes individuais - levantamentos AUI e AU2, este declarado em GFIP;

b) diferenças no recolhimento do SAT sobre a remuneração dos segurados empregados constantes em sua Folha de Pagamento, visto que a empresa recolheu sobre o percentual de 2% quando o correto seria 3% - levantamento SAT;

c) salário in natura - alimentação, fornecida a empregados, sendo a empresa não inscrita no PAT ~ Programa de Alimentação ao Trabalhador-levantamentos IN1 e IN2;

d) diferenças no recolhimento de Terceiros, sobre a remuneração dos segurados empregados constantes em sua Folha de Pagamento, devido à compensação efetuada indevidamente nesta rubrica - levantamento TER;

e) valores apurados por aferição indireta com base na área construída e no enquadramento de obras de sua responsabilidade, de acordo com o CUB/SINDUSCON, conforme os ARO - Aviso para Regularização de Obra anexados às fls. 154/183 - levantamentos 676,574,670,979,376,470 e 575 ;

f) retenção de 11% sobre serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, da prestadora Tânia L. Silva - 01 a 05 e 12/2001 -levantamento RET;

g) aferição de 40% sobre Notas Fiscais de Serviço decorrente de responsabilidade solidária com empresa prestadora Rock Pintura Ltda., em 11/1997 -levantamento RES.

Foi juntado o Relatório do Auto de Infração 35.802.282-7, lavrado contra a empresa (fls. 192/209), decorrente da constatação de que apresentou sua contabilidade com informações diversas da realidade, não registrou o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, com omissão de informações verdadeiras - CFL 38.

Regularmente intimada, a empresa apresentou impugnação tempestiva ao lançamento (fls. 210/256), alegando em síntese:

- (i) decadência de parte do lançamento;
- (ii) a contabilidade apresentada utiliza-se de contas apropriadas e atende aos princípios fundamentais; que merece ser considerada para a apuração da mão de obra utilizada nas obras de construção civil, pois reflete a realidade econômico-financeira da Recorrente;
- (iii) que a conversão em área regularizada da remuneração correspondente às contribuições vinculadas às obras não observou a legislação vigente na competência do fato gerador; que deveria ser aplicada a Ordem de Serviço INSS/DAF nº 0.161/1997, cujos cálculos seriam divergentes, conforme planilhas apresentadas;
- (iv) que a Convenção Coletiva de Trabalho do Sindicato dos Trabalhadores na Construção Civil em Balneário Camboriú e Região estabelece que o valor da cesta básica não se incorporará ao salário para fins de recolhimento de encargos sociais; que eram fornecidos os alimentos in natura, o que prescinde de inscrição no PAT;
- (v) que reconhece os pagamentos efetuados aos profissionais liberais autônomos e suas correspondentes contribuições previdenciárias, porém os relativos ao período de 05/1996 a 08/2000 estão abrangidos pela decadência; solicita o desmembramento do débito relativo ao período de 09/2000 a 08/2004, para efetuar parcelamento, conforme o pedido já assinado e protocolado na UARP;
- (vi) que a empresa sempre recolheu o SAT adequadamente nos percentuais de 3% para as obras e de 2% para o setor administrativo; pois a alíquota do SAT deve ser aplicada por estabelecimento - CNPJ e matrículas CEI;
- (vii) que a compensação autorizada judicialmente foi efetuada de acordo com a sentença, ou seja, com as contribuições previdenciárias de mesma espécie incidentes sobre a folha de salário, que envolve a quota patronal, SAT e Terceiros;
- (viii) que o auditor deveria verificar se a Empreiteira de Mão de Obra Rock Pintura Ltda. recolheu as contribuições previdenciárias antes de notificar a impugnante por responsabilidade solidária;
- (ix) que as Notas Fiscais de Serviço relativas a empreiteira de mão de obra Tânia Kleinschmidt da Silva foram pagas integralmente sem a retenção de 11%; que a própria empreiteira recolheu os valores devidos no código de GPS 2631, conforme se poderá consultar no conta corrente daquela empresa no sistema do INSS;
- (x) que não houve a observância da legislação da época do fato gerador, pois a multa aplicada até 11/1999 era de 12%; que não foi aplicada a redução de 50% da multa para as contribuições declaradas em GFIP ou dispensadas da declaração;

Requer a declaração da decadência, a revisão dos cálculos, o desmembramento dos débitos relativos a contribuinte individual do período de 09/2000 a 08/2004, bem como anular ou modificar o lançamento impugnado.

Os autos foram baixados em diligência (fls. 439/440) para que o auditor notificante se manifestasse quanto ao alegado pela empresa sobre as incorreções nas áreas de cálculo consideradas, quanto ao período de duração das obras com relação aos fatos que

justificam a aferição indireta, quanto ao término da obra Atol das Rocas, bem como identificasse cada fato gerador constante do relatório DAD.

O auditor manifestou-se (fl. 442), informando que os novos Laudos Técnicos são divergentes dos apresentados durante a auditoria fiscal, solicitando que a revisão pleiteada fosse primeiramente analisada por profissional da área de engenharia da SRP.

Os autos foram encaminhados à auditora fiscal com formação na área da engenharia civil (fls. 444/450), que analisou toda a documentação apresentada pela empresa e concluiu sobre as áreas que devem ser consideradas para cálculo em cada uma das obras de construção civil impugnadas, detalhando as divergências verificadas.

O auditor fiscal refez os cálculos com a emissão de novos ARO (fls. 451/467) e informa a alteração que deve ser promovida nas bases de cálculo dos levantamentos (fls. 483/485). Confirma a conclusão da obra Atol das Rocas em 11/97 com as explicações pertinentes.

Foi dada ciência à empresa que, dentro do novo prazo, apresentou manifestação às fls. 490/520, na qual: insiste na data de término da obra Edifício Atol das Rocas como sendo 31/01/1996; repete os argumentos expendidos na impugnação inicial; alega que persistem incorreções nas áreas de cálculo das obras relacionadas, porque não foram consideradas as áreas de salão de festa, de churrasqueira e caixa d'água de todas as obras, para fins de redução na apuração do cálculo do ARO; informa que não foi revisado o ARO da obra Residencial Breps Participações, conforme o item 4.5 do Parecer à fl. 450.

Os autos foram novamente baixados em diligência (fls. 555/556) para que o auditor notificante confirmasse a ausência de fatos que justifiquem a aferição indireta da obra / CEI 40.590.00374, período de 01 a 31/08/2005; refizesse os cálculos da obra do Edifício Atol das Rocas, para considerar o seu término em 30/01/1996; e da obra Residencial Breps Participações, conforme o item 4.5 do Parecer à fl. 450. O auditor juntou novos cálculos (fls. 558/560) com as retificações solicitadas para estas duas obras e confirmou a exclusão da obra CEI 40.490.00374O (fls. 562/563).

Reaberto o prazo, a empresa além de repetir alguns dos argumentos iniciais sobre decadência, salário *in natura*, contribuintes individuais e escrita contábil; insurge-se contra a não apropriação de recolhimentos ocorridos no período decadencial para a obra do Edifício Atol das Rocas (11/1993 a 12/1994); não observância da decadência relativa a Terceiros (18/06/1995); que tem por incontroverso o novo cálculo da obra Breps Participações; insiste para que os cálculos sejam refeitos para conversão dos recolhimentos em remuneração conforme a legislação vigente à época; que não foi apropriada a remuneração advinda da cesta básica (salário *in natura*) na obra Enseada dos Corais, Edifício Villagio Dei Mare e Edifício Caminho das Águas; reconhece como devidas as diferenças de SAT e solicita o desmembramento para inclusão em parcelamento, relativamente ao período de 01/2000 a 13/2002; reconhece como devidas as diferenças de Terceiros e igualmente pede o desmembramento, para o período de 02/2003 a 03/2004; reconhece como devidos os valores relativos à retenção de 11% sobre as Notas Fiscais de Serviço de Tânia K. da Silva, do período de 01 a 05 e 12/2001, solicitando sua inclusão no lançamento desmembrado; que o auditor fiscal, no lançamento da responsabilidade solidária, considerou indevidamente as contribuições de Terceiros e não apropriou a remuneração dele decorrente no cálculo da obra do Edifício Enseada dos Corais (fls. 569/622). Junta cópias de documentos (fls. 623/631).

Necessitou-se de novos esclarecimentos do auditor fiscal (fls. 633/634), quanto à exclusão ou aproveitamento dos salários *in natura* no cômputo das remunerações deduzidas da aferição das citadas obras; exclusão do valor de terceiros do levantamento decorrente da solidariedade; confirmar se já houve o seu aproveitamento na respectiva obra; informar sobre os levantamentos e se, para os cálculos das obras, houve obediência ao artigo 450, § único da Instrução Normativa SRP n.03/2005.

O auditor juntou novos cálculos (fls. 636/648), com a inclusão das remunerações decorrentes do salário *in natura*, as quais foram convertidas em área regularizada para as obras Enseada dos Corais e Villagio del Mare, sendo que não restou diferenças apuradas na obra Caminho das Águas; informa que o salário de contribuição lançado decorrente da responsabilidade solidária fora aproveitado no cômputo da obra CEI 20.020.04096/76; retifica o lançamento - "RES" para excluir o valor relativo a Terceiros; (fls.649/653); e que foram apropriados os salários de contribuição das épocas dos fatos geradores, alimentando o sistema de acordo com os artigos 445 ao 448 da IN SRP n". 03/2005.

A empresa apresentou requerimentos de desistência de impugnação relativos às diferenças de Terceiros, período de 02/2003 a 03/2004, diferenças de SAT, período de 01/2000 a 13/2002, retenção de 11%, período de 01 a 05 e 12/2001 e Pedido de Parcelamento (fls. 705/ 712), para que tais contribuições fossem incluídas no Parcelamento da MP 303/2006.

Ato contínuo, foi emitido o despacho decisório às fls. 805/808, uma vez tendo sido constatado, conforme fls. 729/736 do DADR decorrente do desmembramento efetivado, que os valores relativos ao levantamento "AU2" - contribuinte individual, do período de 09/2000 a 08/2004.

Em 31 de janeiro de 2007, foi proferida DN n. 20.421.4/0066/2007 [fls. 835/849] que julgou o lançamento procedente em parte.

Inconformada, a Recorrente interpôs recurso voluntário que reitera os argumentos anteriormente suscitados.

Instado, o Julgador *a quo* apresentou contra-razões.

É o relatório.

6



Voto

Conselheiro MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR, Relator

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo ao exame das questões preliminares suscitadas pelo recorrente.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Compulsando os autos verifico que, antes de proferida a decisão recorrida, foi proferido Despacho Decisório n. 20.421.4/0022/2007 e emitido DADR [805/834], que retificou o crédito lançado, sem contudo, dar ciência a empresa.

Apesar da afirmação pelo Sujeito Ativo de prescindibilidade de cientificação da empresa, entendo que deve a Administração Tributária oferecer oportunidade de resposta [ciência] sobre o resultado da diligência – no caso do Despacho Decisório - que analisou o pedido da ora Recorrente. Irregularidade esta que considero insanável, uma vez que somente no prazo para interposição do recurso voluntário conheceu dos fatos, argumentos, tendo o Sujeito Ativo afirmado [fl. 806]:

[...] 6. Analisando, no entanto, o DAD – Discriminativo Analítico do Débito Desmembrado (fls. 716/764), verifica-se que os valores relativos ao levantamento “AU2” – contribuinte individual, do período de 09/2000 a 08/2004, continuam presentes neste lançamento no sistema SISCOL, embora já sejam objeto do parcelamento ativo de número 603263020, conforme os extratos juntados às fls. 435/438.

7. Sendo assim, e com vistas a regularizar o presente processo e ajustá-lo ao Sistema de Cobrança – SICOB, impõe-se a revisão de ofício do crédito contemplado nesta NFLD, de acordo com o art. 149 do CTN e art. 53 da Lei n. 9.784, procedendo-se a exclusão destes valores, conforme o relatório DADR anexado.

Há vários precedentes deste órgão colegiado neste sentido. Transcrevo a ementa do Acórdão nº 105-15982 (relator Conselheiro Daniel Sahagoff; data da sessão 20/09/2006), *verbis*:

CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA - CONTRIBUINTE NÃO TOMOU CIÊNCIA DO RESULTADO DA DILIGÊNCIA - A ciência ao contribuinte do resultado da diligência é uma exigência jurídico-procedimental, dela não se podendo desvincular, sob pena de anulação do processo, por cerceamento ao seu direito de defesa. Necessidade de retorno dos autos à instância originária para que se dê ciência ao contribuinte do resultado da diligência, concedendo-lhe o prazo regulamentar para, se assim o desejar, apresentar manifestação. Recurso provido.



E a ampla defesa, assegurada constitucionalmente aos contribuintes, deve ser observada no processo administrativo fiscal. A propósito do tema, é salutar a adoção dos ensinamentos de Sandro Luiz Nunes que, em seu trabalho intitulado Processo Administrativo Tributário no Município de Florianópolis, esclarece de forma precisa e cristalina:

A ampla defesa deve ser observada no processo administrativo, sob pena de nulidade deste. Manifesta-se mediante o oferecimento de oportunidade ao sujeito passivo para que este, querendo, possa opor-se a pretensão do fisco, fazendo-se serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretende provar as suas alegações.

De fato, este entendimento também foi plasmado no Decreto nº 70.235/72 que, ao tratar das nulidades, deixa claro no inciso II, do artigo 59, que são nulas as decisões proferidas com a preterição do direito de defesa.

Feitas estas considerações, entendo que a decisão recorrida deve ser anulada, uma vez que prolatada sem que o contribuinte tivesse a oportunidade de se manifestar, regularmente, em relação à informação fiscal carreada aos autos pelo fisco.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação da decisão de primeira instância.

Sala das Sessões, em 05 de maio de 2009

MANOEL COELHO ARRUDA JUNIOR - Relator