



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

Processo n° 35948.002904/2003-15
Recurso n° 142.008 Voluntário
Acórdão n° 2301-00.075 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2009
Matéria Salário Indireto: Aferição.
Recorrente DELARA BRASIL LTDA.
Recorrida DRP/CURITIBA/PR

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1999 a 31/07/2001

AFERIÇÃO INDIRETA.

Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante aferição indireta.

NULIDADE. AFERIÇÃO.

Os critérios para aferição devem possuir relação com o fato gerador e o *quantum* devido, sob pena de nulidade.

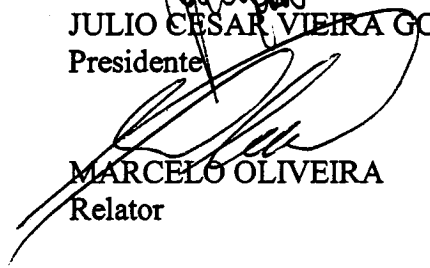
Processo Anulado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por maioria de votos, em anular o auto de infração/lançamento. Vencido o Conselheiro Marco André Ramos Vieira.



JULIO CESAR VIEIRA GOMES
Presidente



MARCELO OLIVEIRA
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). Esteve presente o advogado Sal Alexander Sandrini Ferreira, OAB/RJ nº 140427.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário apresentado contra Decisão da Delegacia da Secretaria da Receita Previdenciária (DRP), Curitiba / PR, Decisão-Notificação (DN) 0388/2003, fls. 0175 a 0194, que julgou procedente o lançamento, efetuado pela Notificação Fiscal de Lançamento de Débito (NFLD), por descumprimento de obrigação tributária legal principal, fl. 001.

Segundo a fiscalização, de acordo com o Relatório Fiscal (RF), fls. 027 a 032, o lançamento refere-se a contribuições destinadas à Seguridade Social, incidentes sobre a remuneração paga aos segurados empregados, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa, a contribuição para o financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (GILRAT) e as contribuições devidas aos Terceiros.

Ainda segundo o RF, o fato gerador do lançamento consiste no pagamento de comissões aos segurados empregados.

A base de cálculo foi obtida por aferição, pois a fiscalização verificou - por reclamações e decisões da Justiça do Trabalho, por documentos na empresa que ocorriam pagamentos de comissões a segurados empregados e que esses valores não eram lançados na conta contábil "Salário e Ordenados".

A pesar de solicitado, a recorrente não apresentou os documentos referentes a esses pagamentos.

A aferição utilizou para aferição como parâmetro os valores lançados mensalmente na conta intitulada "Despesas Extraordinárias".

Os motivos que ensejaram o lançamento estão descritos no RF e nos demais anexos da NFLD.

Em 06/03/2002 foi dada ciência à recorrente do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), fl. 020, e em 03/07/2002 do Termo de Intimação para Apresentação de Documentos (TIAD), fls. 022.

Em 23/12/2002 foi dada ciência à recorrente do lançamento, fls. 001.

Contra o lançamento, a recorrente apresentou impugnação, fls. 0112 a 0141, acompanhada de anexos.

A DRP analisou o lançamento e a impugnação, julgando procedente o lançamento.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso voluntário, fls. 0203 a 0232, acompanhado de anexos.

No recurso, a recorrente alega, em síntese, que:

Com base em irrisória amostragem (duas reclamações trabalhistas) a fiscalização concluiu que a recorrente pagava comissões a todos seus segurados;

A fiscalização não poderia ter escolhido conta denominada Despesas Extraordinárias como base de incidência de contribuições;

O Fisco não pode transferir aos contribuintes o ônus da prova;

Em respeito à verdade material, devido à falta de informações sobre o pagamento de comissões, o lançamento deve ser declarado nulo;

Pela IN 70/2002, a fiscalização deve buscar parâmetros relacionados ao fato gerador;

O arbitramento deve manter relação com um fato concreto;

Não houve provas de que as comissões eram pagas;

O valor arbitrado é totalmente desproporcional, em relação ao faturamento, o número de empregados;

A taxa SELIC é inaplicável;

A multa deve ser mantida como no lançamento, sem alteração;

Isto posto, solicita que seja julgado improcedente o lançamento.

Posteriormente, a DRP emitiu contra-razões, fls. 0246 a 0265X, onde, em síntese, mantém a decisão proferida, enviando o processo ao Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS).

A Quarta Câmara de Julgamento, do CRPS, converteu o julgamento em diligência, fls. 0287 a 0298, para que a fiscalização esclarecesse, em síntese, as seguintes dúvidas:

Qual o motivo para a utilização da conta despesas extraordinárias (DE) como base de incidência, se havia outros documentos que poderiam melhor aferir o Salário de Contribuição (SC)?;

Na conta DE não era possível verificar quais valores referiam-se a comissões?;

Quantas reclamações em que se pleiteavam comissões foram encontradas?;

Quais os períodos e qual a modalidade de segurados reclamantes?;

Qual o desfecho das ações?;

Qual o número de empregados da recorrente, por setor?;

Era possível verificar a divergência entre a folha de salários e a relação bancária da folha?;

Há que se justificar o lançamento com base no Art. 60, da IN 70/2002.

A fiscalização respondeu aos questionamentos, fls. 0390 a 0394, alterando a forma de aferição e restringindo o campo de atuação dos segurados.

Assim, a fiscalização emitiu parecer para a correção dos valores lançados.

A DRP, a fim de respeitar os direitos à ampla defesa e ao contraditório, enviou a diligência à recorrente, fl. 0410.

A recorrente apresentou recurso complementar, fls. 0418 a 0437, argumentando, em síntese, que:

A retificação do lançamento é nula;

Sem responder aos questionamentos da CAJ, a fiscalização mudou por completo os fundamentos da aferição, e, portanto, do lançamento;

A diligência efetuada não obedeceu ao Regimento interno do CRPS, pois o mesmo afirma, Art. 54, que as diligências serão para melhor instrução do processo, saneamento de vício sanável, cumprimento de normas administrativas ou legislações pertinentes à espécie, devendo preferencialmente ser adotada a diligência prévia, sem que haja prejudgamento;

A diligência não pode e não lhe é permitido alterara os fundamentos do lançamento;

Os novos fundamentos apresentados, também, não esclareceram o lançamento;

Isto posto, o “novo lançamento” deve ser anulado, assim como o “lançamento original”, pois com a mudança de critérios no “novo lançamento” ficou claro o reconhecimento por parte da fiscalização sobre sua nulidade.

A DRP apresentou suas contra-razões, fls. 0439 a 0453, opinando, em síntese, pela manutenção da decisão.

A CAJ anulou o lançamento, pelo recebimento dos autos pela recorrente após o prazo de vigência do MPF, fls. 0457 a 0464.

A DRP apresentou Pedido de Revisão (PR) ao acórdão, fls. 0458 a 0476.

A recorrente apresentou suas Contra Razões, fls. 0480 a 0486.

A CAJ manteve a decisão, fls. 0491 a 0496.

A DRP apresentou novo PR, fls. 0503 a 0523.

A recorrente apresentou suas Contra Razões, fls. 0531 a 0535.

A Presidência da Quinta Câmara, do Segundo Conselho de Contribuintes, acolheu o PR.

É o relatório.

Voto

Conselheiro MARCELO OLIVEIRA, Relator

De acordo com o previsto no art. 60 da Portaria MPS n ° 88/2004, que aprovou o Regimento Interno do CRPS, a admissibilidade de revisão é medida extraordinária.

A revisão é admitida nos casos de os Acórdãos do CRPS divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do Ministério da Previdência Social, aprovados pelo Ministro da pasta, bem como do Advogado-Geral da União, ou quando violarem literal disposição de lei ou decreto, ou após a decisão houver a obtenção de documento novo de existência ignorada, ou for constatado vício insanável, nestas palavras:

Art. 60. As Câmaras de Julgamento e Juntas de Recursos do CRPS poderão rever, enquanto não ocorrida a prescrição administrativa, de ofício ou a pedido, suas decisões quando:

I – violarem literal disposição de lei ou decreto;

II – divergirem de pareceres da Consultoria Jurídica do MPS aprovados pelo Ministro, bem como do Advogado-Geral da União, na forma da Lei Complementar n° 73, de 10 de fevereiro de 1993;

III - depois da decisão, a parte obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de assegurar pronunciamento favorável;

IV – for constatado vício insanável.

§ 1º Considera-se vício insanável, entre outros:

I – o voto de conselheiro impedido ou incompetente, bem como condenado, por sentença judicial transitada em julgado, por crime de prevaricação, concussão ou corrupção passiva, diretamente relacionado à matéria submetida ao julgamento do colegiado;

II – a fundamentação baseada em prova obtida por meios ilícitos ou cuja falsidade tenha sido apurada em processo judicial;

III – o julgamento de matéria diversa da contida nos autos;

IV – a fundamentação de voto decisivo ou de acórdão incompatível com sua conclusão.

§ 2º Na hipótese de revisão de ofício, o conselheiro deverá reduzir a termo as razões de seu convencimento e determinar a notificação das partes do processo, com cópia do termo lavrado, para que se manifestem no prazo comum de 30 (trinta) dias, antes de submeter o seu entendimento à apreciação da instância julgadora.

§ 3º O pedido de revisão de acórdão será apresentado pelo interessado no INSS, que, após proceder sua regular instrução,

no prazo de trinta dias, fará a remessa à Câmara ou Junta, conforme o caso.

§ 4º Apresentado o pedido de revisão pelo próprio INSS, a parte contrária será notificada pelo Instituto para, no prazo de 30 (trinta) dias, oferecer contra-razões

§ 5º A revisão terá andamento prioritário nos órgãos do CRPS.

§ 6º Ao pedido de revisão aplica-se o disposto nos arts. 27, § 4º, e 28 deste Regimento Interno.

§ 7º Não será processado o pedido de revisão de decisão do CRPS, proferida em única ou última instância, visando à recuperação de prazo recursal ou à mera rediscussão de matéria já apreciada pelo órgão julgador.

§ 8º Caberá pedido de revisão apenas quando a matéria não comportar recurso à instância superior.

§ 9º O não conhecimento do pedido de revisão de acórdão não impede os órgãos julgadores do CRPS de rever de ofício o ato ilegal, desde que não decorrido o prazo prescricional.

§ 10 É defeso às partes renovar pedido de revisão de acórdão com base nos mesmos fundamentos de pedido anteriormente formulado.

§ 11 Nos processos de benefício, o pedido de revisão feito pelo INSS só poderá ser encaminhado após o cumprimento da decisão de alçada ou de última instância, ressalvado o disposto no art. 57, § 2º, deste Regimento.

O acórdão sob revisão fundamentou o não conhecimento do recurso devido sua intempestividade.

Como bem analisado pela presidência deste conselho, não há, na legislação vigente, previsão de nulidade devido a ciência posterior do MPF.

Desta forma, é procedente o pedido de revisão, e, uma vez reconhecendo o vício do acórdão anterior (juízo rescindente), deve ser apreciada toda a questão devolvida a este Colegiado por meio do recurso interposto pelo notificado (juízo rescisório), incluindo as matérias cujo conhecimento deva ser realizado de ofício.

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

DAS QUESTÕES PRELIMINARES

Preliminarmente, a questão de importância que deve ser analisada.

O lançamento foi efetuado, originalmente, utilizando a conta contábil Despesas Extraordinárias (DE) como base para a aferição.

Após a impugnação da recorrente, da decisão de primeira instância, do recurso impetrado e da conversão do julgamento em diligência pela CAJ, a fiscalização alterou os fundamentos da realização da aferição.

A conta DE foi desprezada integralmente e foram utilizados outros critérios.

O lançamento tributário, sem dúvida alguma, é um dos atos praticados pelo Estado que devem possuir o máximo de formalismo e correção na sua confecção.

A exigência de ofício tributos pelo Estado deve possuir o máximo de certeza em sua constituição.

Sabemos que essa certeza fica prejudicada no caso do lançamento arbitrado, permitido pela legislação e corretamente aplicado pela fiscalização, devido à falta de apresentação de documentos por parte da recorrente.

Mas mesmo o lançamento arbitrado deve seguir parâmetros razoáveis, que mantenham relação com o fato gerador do tributo e com o *quantum* a ser exigido

A alteração dos fundamentos para a aferição, após os questionamentos da CAJ, por parte da fiscalização, demonstra, de forma clara, que nem os responsáveis pelo lançamento arbitrado conseguiram fundamentar a exigência.

O Processo Administrativo Fiscal (PAF) deve, como determina a legislação, ser formal, possuir fases.

Todos esses procedimentos buscam respeitar o Estado Democrático de Direito, onde as exigências tributárias devem decorrer e ser mantidas pela intenção do legislador, representante do povo, e não às custas de argumento sobre o interesse coletivo.

A própria legislação que trata do assunto não permite alterações.

Decreto 70.235/1972:

Portanto, restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, pois foi lhe imputado lançamento sem a descrição clara e precisa de seu fato gerador, prejudicando seu direito de defesa.

Lei 8.212/1991:

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.

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

...

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

Claro está, pelo mandamento legal acima, que a nulidade no lançamento prejudica os atos posteriores, inclusive por ferir os direitos à ampla defesa e ao contraditório.

Assim, o lançamento deve ser anulado, pois restou prejudicado o direito de defesa da recorrente, já que lhe imputado lançamento sem a descrição clara e precisa de seu fato gerador, prejudicando seu direito de defesa.

Lei 8.212/1991:

*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.*

Sobre nulidade, a legislação determina motivos e atos a serem praticados em caso de decretação de nulidade.

Decreto 70.235/1972:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

*II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com **preterição do direito de defesa**.*

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. As irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Portanto, por ser autoridade julgadora competente para a decretação da nulidade, por estar claro que a aferição foi elaborada preterindo o direito de defesa da recorrente, decido pela nulidade do processo.

Em respeito ao § 2º, do Art. 59, do Decreto 70.235/1972, ressalto que a Receita Federal do Brasil deve verificar, com urgência, a ocorrência ou não do fato gerador, que não foi comprovado no presente lançamento, e tomar as devidas providências.

Por todo o exposto, acato a preliminar ora examinada, restando prejudicado o exame de mérito.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto,

Voto pela anulação do lançamento.

Sala das Sessões, em 03 de março de 2009



MARCELO OLIVEIRA - Relator