



MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SEXTA CÂMARA

Processo nº 12045.000529/2007-71
Recurso nº 149.477 Voluntário
Matéria AFERIÇÃO INDIRETA
Acórdão nº 206-01.821
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente CONSTRUSANTOS ENGENHARIA LTDA.
Recorrida SRP - SANTOS/SP

CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 27.05.09	CC02/C06
Maria de Fátima Pereira de Carvalho Mat. Sinpe 751683	Fls. 285

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2004

AFERIÇÃO INDIRETA/ARBITRAMENTO.
APLICABILIDADE.

Aplicável a apuração do crédito previdenciário por aferição indireta/arbitramento na hipótese de deficiência ou ausência de quaisquer documentos ou informações solicitados pela fiscalização, que lançará o débito que imputar devido, invertendo-se o ônus da prova ao contribuinte, com esteio no artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91.

Com fulcro no artigo 33, § 6º, da Lei nº 8.212/91, constatando a fiscalização que a escrituração contábil da empresa não representa a movimentação real de remuneração dos segurados, do faturamento e do lucro, aplicar-se-á a aferição indireta para apuração das contribuições devidas, incumbindo à empresa o ônus da prova em contrário.

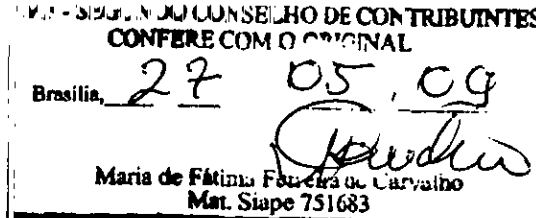
NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.

Tendo o fiscal autuante demonstrado de forma clara e precisa os fatos que suportaram o lançamento, oportunizando ao contribuinte o direito de defesa e do contraditório, bem como em observância aos pressupostos formais e materiais do ato administrativo, nos termos da legislação de regência, especialmente artigo 142 do CTN, não há que se falar em nulidade do lançamento.

NORMAS PROCEDIMENTAIS. TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO - TIAF. INEXIGIBILIDADE.

Com o advento da Instrução Normativa nº 100, publicada em 24/12/2003, a qual revogou a IN nº 70/2002, tornou-se desnecessária a emissão do Termo de Início de Fiscalização, não

4



estando referido termo incluído no rol dos documentos necessários à instrução e validade do processo administrativo fiscal, elencados no artigo 688, daquele ato normativo.

LANÇAMENTO. COMPETÊNCIA DO AUDITOR FISCAL.

Conforme preceitua o artigo 142 do CTN, artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.212/91 e artigo 8º da Lei nº 10.593/2002, c/c Súmula nº 05 do Segundo Conselho de Contribuintes, compete privativamente à autoridade administrativa - Auditor da Receita Federal do Brasil -, constatado o descumprimento de obrigações tributárias principais e/ou acessórias, promover o lançamento, mediante NFLD e/ou Auto de Infração.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da SEXTA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos: I) em rejeitar as preliminares suscitadas: e II) no mérito em negar provimento ao recurso.

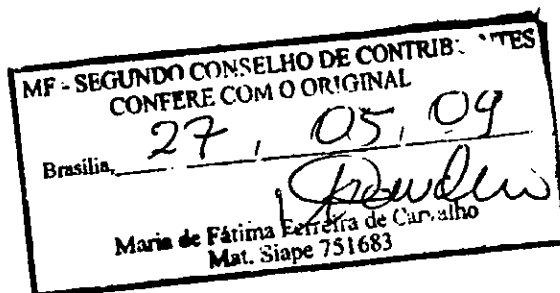
ELIAS SAMPAIO FREIRE

Presidente

RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Ana Maria Bandeira e Lourenço Ferreira do Prado.



Relatório

CONSTRUSANTOS ENGENHARIA LTDA., contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Secretaria da Receita Previdenciária em Santos/SP, DN nº 21.433.4/0016/2005, que julgou procedente o lançamento fiscal referente às contribuições sociais devidas pela notificada ao INSS, concernentes à parte da empresa, dos empregados, do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a Terceiros (Salário Educação, INCRA, SENAC, SESC, SEBRAE), incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais, apuradas por aferição indireta, com espeque no artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, em relação ao período de 01/2001 a 12/2004, conforme Relatório Fiscal, às fls. 90/96.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 07/03/2005, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 1.619.170,58 (Um milhão, seiscentos e dezenove mil, cento e setenta reais e cinquenta e oito centavos).

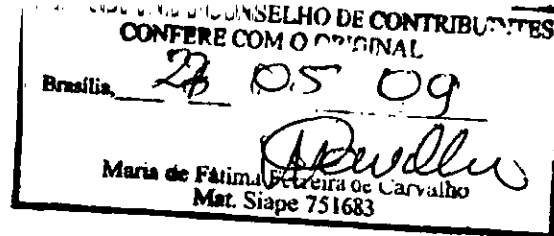
De conformidade com o Relatório Fiscal, o crédito tributário exigido fora apurado por aferição indireta, nos termos do artigo 33, §§ 3º e 6º, da Lei nº 8.212/91, uma vez que a contabilidade da contribuinte não se apresentava na forma exigida pela legislação previdenciária, deixando de espelhar a realidade da movimentação das remunerações dos segurados empregados e contribuintes individuais.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 244/252, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pugna pela decretação da nulidade do lançamento, sob a alegação de que o fiscal autuante lavrou a NFLD fora do local apropriado, na Gerência Regional de Arrecadação e Fiscalização - Santos, enquanto o correto seria no domicílio fiscal-estabelecimento da contribuinte, conforme determina o artigo 10 do Decreto nº 70.235/72, bem como por inexistir nos autos Termo de Início de Fiscalização, omissão que contamina todo procedimento fiscal.

Ainda em sede de preliminar, pretende seja anulada a notificação, argumentando que a autoridade lançadora não tem competência e/ou habilitação técnica para proceder a fiscalização na contribuinte, sobretudo por não ser contador com registro no Conselho Regional de Contabilidade/SP.

Insurge-se contra a exigência consubstanciada na peça vestibular do feito, aduzindo para tanto que a empresa em momento algum fora intimada para prestar esclarecimentos à fiscalização, de maneira a comprovar que parte substancial da exigência fiscal lançada encontra-se devidamente recolhida, malferindo, assim, o princípio do contraditório no processo administrativo.



Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar a Notificação Fiscal de Lançamento de Débitos, tornando-a sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

A então Secretaria da Receita Previdenciária apresentou contra-razões, às fls. 283/284, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

É o relatório.

Voto

Conselheiro RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA, Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade, sendo tempestivo e dispensada do recolhimento do depósito recursal, por força de decisão judicial, conhecimento do recurso e passo à análise das alegações recursais.

PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO

Preliminarmente, pugna a recorrente pela decretação da nulidade do feito, alegando inexistir nos autos do processo o Termo de Início de Fiscalização – TIAF, necessário à ação fiscal desenvolvida na empresa, bem como por ter sido lavrada a NFLD em local diverso do domicílio fiscal/estabelecimento da contribuinte, contrariando o disposto no artigo 10 do Decreto nº 70.2325/72.

Em que pese o esforço da contribuinte, suas alegações, contudo, não têm o condão de macular a exigência fiscal em comento. Do exame dos elementos que instruem o processo, constata-se que a decisão recorrida apresenta-se incensurável, devendo ser mantida em sua plenitude.

Com efeito, ao contrário do entendimento da notificada, o presente lançamento encontra-se devidamente instruído com os documentos necessários à sua validade, os quais encontram-se elencados às fls. 5, item 14, do Relatório Fiscal.

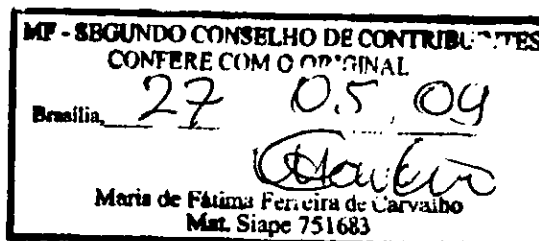
Observe-se, que a Instrução Normativa nº 100/2003 (vigente à época da lavratura da notificação) a qual revogou a IN nº 70/2002, estabeleceu em seu artigo 591, que o início de fiscalização/ação fiscal se dará mediante emissão de Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, como segue:

“Seção II

Do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF)

Subseção I

Das Disposições Preliminares



Art. 591. O Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), instituído pelo Decreto nº 3.969, de 15 de outubro de 2001, alterado pelo Decreto nº 4.058, de 18 de dezembro de 2001, é a ordem específica dirigida a AFPS, para que, no uso de suas atribuições privativas, instaure os procedimentos fiscais descritos nos incisos I e II do art. 587.

§ 1º Para o procedimento de Auditoria-Fiscal Previdenciária, será emitido Mandado de Procedimento Fiscal - Fiscalização (MPF-F) e, no caso de Diligência Fiscal, Mandado de Procedimento Fiscal - Diligência (MPF-D).

§ 2º Para cada procedimento fiscal, será emitido MPF, conforme previsto na Subseção II deste Capítulo."

Como se verifica, que a emissão do TIAF era obrigatório quando da vigência da Instrução Normativa nº 70/2002, tornando-se desnecessária a partir da edição da Instrução Normativa nº 100/2003. Tanto é assim, que no artigo 688 da IN 100/2003, não consta mais referido documento como obrigatório à instrução do processo administrativo fiscal.

Na hipótese dos autos, a autoridade lançadora procedeu da melhor forma, com estrita observância à legislação de regência vigente à época do lançamento, emitindo os Mandados de Procedimento Fiscal – MPF's, constantes do processo, às fls. 81/84, objetivando cientificar a contribuinte do início da fiscalização, não se cogitando em nulidade da notificação.

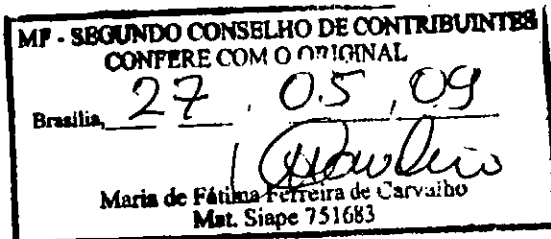
Em outra via, relativamente ao argumento da contribuinte de que o lançamento seria nulo em virtude de a NFLD ter sido lavrada em local diverso do estabelecimento/domicílio fiscal da empresa, igualmente, sua pretensão não merece acolhimento.

A jurisprudência administrativa já pacificou o entendimento de que o lançamento deverá ser promovido no local onde for constatada a infração à legislação tributária, independentemente se no estabelecimento da contribuinte, conforme se depreende da Sumula nº 04 do Segundo Conselho de Contribuintes, a qual vincula todo o Colegiado, *in verbis*:

"SÚMULA Nº 4 - É legítima a lavratura de auto de infração no local em que constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte."

Quanto à pretensa nulidade da notificação em decorrência da suposta falta de intimação da contribuinte para apresentação dos documentos e/ou informações que seriam capazes de comprovar a sua regularidade fiscal ou mesmo o cumprimento das obrigações tributárias, mais uma vez, o pleito da recorrente não prospera.

Destarte, da simples análise dos documentos que instruem o processo, mais precisamente Termos de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD's, às fls. 85/87, conclui-se que o argumento da contribuinte não representa a realidade dos fatos, tendo a fiscalização intimado a recorrente para prestar informações e demais documentos, não havendo que se falar em nulidade do procedimento adotado pelo Fisco, como pretende fazer crer a notificada.



Dessa forma, não há se falar em irregularidade e/ou ilegalidade no procedimento adotado pela autoridade lançadora ao promover o lançamento, uma vez que agiu da melhor forma, com estrita observância à legislação de regência.

PRELIMINAR COMPETÊNCIA AFPS

Ainda em sede de preliminar, pretende a contribuinte seja decretada a nulidade do lançamento, por entender que o AFPS não é pessoa competente para lavrar notificações, tendo em vista não ser contador inscrito no CRC, alegação que não é capaz de rechaçar o lançamento fiscal guerreado, senão vejamos.

A respeito da “incompetência” da autoridade lançadora para lavrar notificações, como pretende a recorrente, mister esclarecer que não cabe ao contribuinte determinar quem são as pessoas competentes para a prática do ato administrativo do lançamento.

Assim, aprovado em concurso público para provimento de vagas de auditor fiscal do INSS, a este, empossado e investido em suas funções, caberá PRIVATIVAMENTE promover o lançamento, sob pena de responsabilidade funcional. É o que determina o artigo 142 do CTN, *in verbis*:

“Art.142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo Único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.”

Em verdade, a incompetência que deve ser levantada no presente caso, é a do contribuinte de inferir quais as pessoas competentes para promover a constituição do crédito tributário, que não os auditores fiscais do INSS.

Mais a mais, a legislação previdenciária, especialmente a Lei nº 8.212/91, em seu artigo 33, *caput*, atribui ao INSS, por meio das autoridades competentes, quais sejam, auditores fiscais, a competência para arrecadar, fiscalizar, lançar e normatizar o recolhimento das contribuições sociais, nos seguintes termos:

“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.”

Por sua vez, a Lei nº 10.593/2002, em seu artigo 8º, não discrepa deste entendimento, como segue:

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 27.05.09	
	
Maria de Fátima Feneira de Carvalho Mat. SIAPE 751683	

"Art. 8º São atribuições dos ocupantes do cargo de Auditor-Fiscal da Previdência Social, relativamente às contribuições administradas pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS:

I - em caráter privativo:

a) executar auditoria e fiscalização, objetivando o cumprimento da legislação da Previdência Social relativa às contribuições administradas pelo INSS, lançar e constituir os correspondentes créditos apurados;

b) efetuar a lavratura de Auto de Infração quando constatar a ocorrência do descumprimento de obrigação legal e de Auto de Apreensão e Guarda de documentos, materiais, livros e assemelhados, para verificação da existência de fraude e irregularidades;

c) examinar a contabilidade das empresas e dos contribuintes em geral, não se lhes aplicando o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial;

d) julgar os processos administrativos de impugnação apresentados contra a constituição de crédito previdenciário;

e) reconhecer o direito à restituição ou compensação de pagamento ou recolhimento indevido de contribuições;

f) auditar a rede arrecadadora quanto ao recebimento e repasse das contribuições administradas pelo INSS;

g) supervisionar as atividades de orientação ao contribuinte efetuadas por intermédio de mídia eletrônica, telefone e plantão fiscal; e

h) proceder à auditoria e à fiscalização das entidades e dos fundos dos regimes próprios de previdência social, quando houver delegação do Ministério da Previdência e Assistência Social ao INSS para esse fim; e

II - em caráter geral, as demais atividades inerentes às competências do INSS." (grifamos).

A fazer prevalecer este entendimento, cumpre transcrever a Súmula nº 05, do Segundo Conselho de Contribuintes, a qual vincula os órgãos julgadores desse Colegiado, capaz de rechaçar de uma vez por todas a pretensão da contribuinte:

"SÚMULA Nº 5 - O Auditor Fiscal da Receita Federal do Brasil é competente para proceder ao exame da escrita fiscal da pessoa jurídica, não lhe sendo exigida a habilitação profissional de contador."

Ora, se o próprio legislador, nos Diplomas Legais encimados, em estrita observância do princípio da legalidade, determinou quais as pessoas competentes para promover, privativamente, o ato administrativo do lançamento, não cabe ao contribuinte tentar desqualificar referidas autoridades administrativas, como incompetentes para a prática do ato do lançamento, não se cogitando, assim, de ilegalidade no procedimento adotado pelo ilustre fiscal autuante.



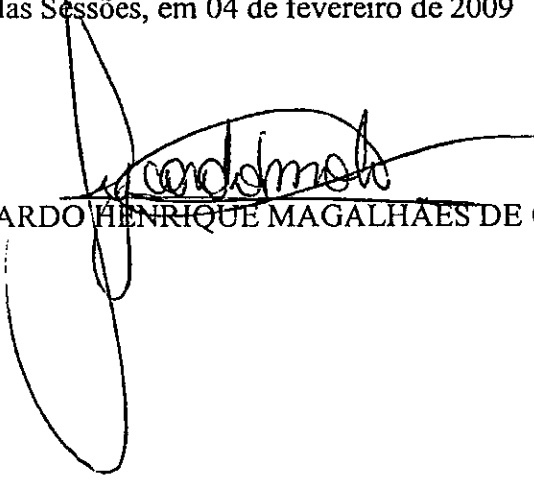
MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 27	CS. 00
Maria de Fátima Ferreira de Carvalho	
Mat. Siage 751683	

No que tange às demais alegações da contribuinte, não cabe aqui tecer maiores considerações, porquanto não são capazes de macular a exigência fiscal em comento, eis que desprovidas de qualquer amparo legal ou lógico, bem como já devidamente refutadas na decisão de primeira instância.

Assim, escoreita a decisão recorrida devendo nesse sentido ser mantido o lançamento, uma vez que a contribuinte não logrou infirmar os elementos colhidos pela Fiscalização que serviram de base para constituição do crédito previdenciário, atraindo pra si o *ônus probandi* dos fatos alegados. Não o fazendo razoavelmente, não há como se acolher a sua pretensão.

Por todo o exposto, estando a NFLD *sub examine* em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO, rejeitar a preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo incólume a decisão de primeira instância, pelos seus próprios fundamentos.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009


RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA