



MINISTÉRIO DA FAZENDA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 15563.000403/2007-35
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-011.019 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 08 de agosto de 2023
Recorrente W K R COMERCIO E SERVICOS LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/2000 a 31/08/2004

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA.

Havendo compreensão dos fatos e fundamentos que levaram à lavratura do auto de infração, bem como cumprimento dos requisitos legais, não há como se falar em nulidade do auto de infração.

RECURSO DESTITUÍDO DE PROVAS.

O recurso deverá ser instruído com os documentos que fundamentem as alegações do interessado. É, portanto, ônus do contribuinte a perfeita instrução probatória.

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. MATÉRIA SUMULADA.

De acordo com o disposto na Súmula nº 02, o CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso voluntário.

(documento assinado digitalmente)

Marco Aurelio de Oliveira Barbosa - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fofano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiyama, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa (Presidente)

Fl. 2 do Acórdão n.º 2201-011.019 - 2ª Seju/2ª Câmara/1ª Turma Ordinária
Processo nº 15563.000403/2007-35

Relatório

Cuida-se de Recurso Voluntário de fls. 292/300, interposto contra decisão da DRJ no Rio de Janeiro I/RJ de fls. 274/281, a qual julgou parcialmente procedente o lançamento de Contribuições devidas à Seguridade Social e relativas à parte dos segurados empregados e contribuintes individuais, conforme NFLD nº 35.789.667-0, de fls. 02/63, consolidada em 05/07/2005, relativa a fatos geradores ocorridos no período 07/1998 a 08/2004, com ciência do RECORRENTE em 08/07/2005, conforme AR de fl. 81.

O crédito tributário objeto do presente processo administrativo foi apurado no valor de R\$ 1.310.562,99, já inclusos juros de mora (até o mês da lavratura) e multa de mora.

De acordo com o Relatório Fiscal, acostado às fls. 77/80, o presente processo tem por objeto as contribuições sociais descontadas dos trabalhadores enquadrados na categoria de segurado empregado e contribuinte individual, e engloba os seguintes levantamentos:

Levantamento	Descrição
FPA	Desconto de Segurado sobre Salário de Contribuição constante da Folha de Pagamento no período de 07/1998 a 13/1998.
FP	Desconto de Segurado sobre Salário de Contribuição constante da Folha de Pagamento no período de 01/1999 a 08/2004.
PRO	Desconto de 11% sobre o valor pago a título de PROLABORE constante da Folha de Pagamento no período de 12/2003 a 08/2004.

6. Os valores de Salário Maternidade pagos nos períodos de 06/1997 a 12/1999 e de 09/2003 a 08/2004 foram lançados para fins de deduções dos valores devidos.
7. Não foram considerados os valores de salário família para fins de dedução das contribuições devidas face a verificação por parte desta fiscalização do pagamento ter sido efetuado em desconformidade com o artigo 67 da lei 8213/91 e com o art. 84 do Regulamento da Previdência Social, *in verbis*:

Quanto à aferição do cálculo do presente crédito tributário, a fiscalização realizou da forma que segue abaixo descrita:

8. Para fins de cômputo de créditos para a empresa em questão, foram considerados os valores, constantes em conta corrente de recolhimentos feitos em GRPS (Guias de Recolhimento da Previdência Social) e GPS (Guia da Previdência Social). Também foram considerados os valores lançados como créditos na Dívida Ativa do INSS números 557664179 (Fase: Opção Refis/Exigibilidade Suspensa), 557664365 (Fase: Opção Refis/Exigibilidade Suspensa) e 557664284 (Fase: Crédito Liquidado Por Guia) cujos documentos de origem (CDF - Confissão de Dívida Fiscal) possuíam os números 326198750 de 11/05/1998, 326198741 15/05/1998 e 326198733 de 11/05/1998, respectivamente. Além destes a fiscalização computou o crédito 600064301 que foi incluído em Parcelamento Especial. Todos os valores constantes dos créditos acima relacionados encontram-se discriminados no Relatório de Documentos Apresentados - RDA.

A fiscalização ainda informa que foi formalizado RFFP, tendo em vista que a inspeção na documentação contábil da empresa revelou, em tese, prática de crime de apropriação

indébita previsto na Lei 8.212/91 de 24/07/1991, art. 95, alínea “d” e no Decreto-Lei nº 2.848, de 07/12/1940, art. 168-A, acrescentado pela Lei nº 9.983, de 14/07/2000.

Impugnação

A RECORRENTE apresentou sua Impugnação de fls. 86/94, em 25/07/2005, juntamente com posterior pedido de perícia, às fls. 174/176. Ante a clareza e precisão didática do resumo da Impugnação elaborada pela DRJ no Rio de Janeiro I/RJ, adota-se, *ipsis litteris*, tal trecho para compor parte do presente relatório:

- 4.1. Inicia discorrendo sobre os princípios da ampla defesa e do contraditório. Colaciona julgados sobre o tema.
- 4.2. No mérito, propõe a inconstitucionalidade do método indireto de aferição ou presunção na determinação de obrigações tributárias, alegando agressão ao princípio da tipicidade cerrada do fato gerador. Colaciona o conceito do método de amostragem da Enciclopédia Britânica em abono de sua tese.
- 4.3. Aduz que há inexatidão no crédito, propondo que houve omissão fiscal com a rejeição de deduções tais como o salário família.
- 4.4. Alega cerceamento de defesa decorrente de inexatidão material e excesso de exação.
- 4.5. Afirma que houve desprezo à sagrada presunção de inocência quando o fisco afirmou que havia sido cometido, em tese, crime de apropriação indébita.
- 4.6. Diz que a disciplina nominativa estabelecida na IN 100/2003 ultrapassa o poder regulamentar. A atividade de coleta de lixo exige custeio oneroso e equipamento sujeito à desgaste e depreciação, significando que a retenção de 11% que o legislador criou supera o percentual técnico da mão-de-obra exigida.
- 4.7. Relaciona a omissão de recolhimento à insuficiência financeira, juntando decisão judicial na qual o TRF 1ª Região admite defesa no nível de uma possível causa extintiva de punibilidade.
- 4.8. Por fim, propõe perícia, indica contador, requer produção de mais provas e suplica que se anule o lançamento.

Da conversão do julgamento em diligência

Na primeira oportunidade que apreciou a celeuma, a DRP em Duque de Caxias/RJ entendeu por determinar a conversão do julgamento em diligência, conforme resolução de fl. 180, nos seguintes termos:

Sugiro o retorno dos autos, em diligência, para que o Auditor notificante analise os valores lançados, uma vez que o levantamento FP consta como valores declarados em GFIP, fato que acarreta a redução da multa. No entanto, nas competências abaixo descritas, comparando com o Auto de infração 35.832.913-2, CFL 68, cuja planilha de cálculo da multa ora anexo às fls.243, nem todos os valores lançados foram declarados em GFIP.

COMP	Desc seg declarado	Desc seg não declarado	Desc seg folha
08/04	349,28	80.710,46	81.059,74
07/04	1.004,59	80.682,12	81.686,71
06/04	77.258,00	637,38	77.895,38
05/04	77.532,63	968,67	78.501,30
12/03	2.587,33	76.374,37	78.961,70

2. Se a planilha do AI estiver correta, os valores que não foram declarados em GFIP devem ser excluídas da presente notificação, DEVENDO SER EMITIDA UMA OUTRA NFLD COM MULTA SEM REDUÇÃO, CONTENDO OS VALORES EXCLUÍDOS.

Em resposta, a fiscalização apresentou o relatório, de fl. 186, juntando aos autos planilha anexa, informando o que segue:

- 1) Analisando as informações apresentadas pelo Serviço de Contencioso Administrativo em 12/05/2006, às fls 179, realmente faz-se necessário excluir os valores constantes como Desconto de Segurado não Declarado não só das citadas competências em função de os mesmos não terem sido declarados em GFIP, como também de outras analisadas nesta diligência em função de ter sido feito o débito 35.832.908-6.
- 2) A nova NFLD refere-se tanto a contribuições quanto a desconto de segurados declarados em GFIP.
- 3) Emitida outra NFLD com os valores excluídos com multa sem redução. Anexado cópias da nova NFLD e do FORCED onde constam os valores a serem alterados da NFLD acima.

Em análise da diligência, a DRF em Nova Iguaçu expediu Despacho Decisório, de fls. 224/225, com o fim de prestar esclarecimentos acerca das alterações efetuadas no presente lançamento, bem como em demais NFLD's (DEBCADS: 35.789.667-0, 35.789.668-8 e 35.832.906-0), dando novo prazo à RECORRENTE para apresentação de defesa.

Devidamente intimada em 07/02/2008, mediante AR de fl. 241, para se manifestar sobre a diligência, o RECORRENTE deixou transcorrer o prazo sem apresentar suas razões.

Em nova análise da celeuma, a DRJ no Rio de Janeiro II, às fls. 250/251, entendeu pela nova conversão do julgamento em diligência, nos seguintes termos:

Após análise da defesa e da diligência efetuada e na tentativa de efetuar no sistema as alterações necessárias, verificou-se que o FORCED, de fls. 183/191, juntado aos autos pelo notificante contempla as competências - 07/99, 08/99, 06/01, 01/03 a 08/03, 10/03 a 12/03, 03/04, 05/04, 06/04 e 08/04, sendo que várias delas não integram a presente NFLD, sugerindo que tal documento não se refere a este lançamento.

As demais planilhas fiscais que compõem os autos também não são específicas a respeito das modificações a serem implementadas nesta NFLD.

Dessa forma, é necessário que retornem os autos ao autor do procedimento a fim de que este elabore planilha específica para esta NFLD 35.789.667-0, contemplando os valores originariamente apurados neste lançamento por competência, os valores excluídos e os valores mantidos em cada uma delas ao final, permitindo que se identifiquem as alterações implementadas apenas nesta NFLD.

Cumprir destacar que não é possível agravar a exigência fiscal neste mesmo processo, nem incluir competências que não foram originalmente lançadas.

Deve ser elaborado, ainda, FORCED com os valores mantidos (modalidade apuração), substituindo o anterior. Vale lembrar que' no FORCED “apuração”, devem ser registrados todos os valores mantidos (segurados e contribuintes individuais), inclusive aqueles para os quais não houve retificação.

Por fim, para as competências até 11/1999, que foram atingidas pela decadência consoante Súmula nº 08 do STF, não há necessidade de manifestação por parte da autoridade fiscal, uma vez que estas serão excluídas da NFLD.

Em resposta, a DRF em Nova Iguaçu apresentou relatório, à fl. 256, informando que as planilhas acostadas aos autos, de fato, não são específicas da presente NFLD. Entretanto as mesmas foram anexadas ao presente a fim de facilitar a análise conjunta dos autos que foram aplicados no referido procedimento fiscal.

Além disso, esclareceu o que segue:

2) Apesar de atualmente não serem mais aplicados Autos que contemplem contribuições declaradas em GFIP, ao tempo da lavratura do presente era o determinado. Portanto, a fiscalização inicialmente efetuou equivocadamente o lançamento de todo desconto de segurados como sendo declarado em GFIP, o que implicaria uma redução da multa.

3) Devido a necessidade de desmembrar as contribuições que efetivamente foram descontadas dos segurados empregados em declaradas e não declaradas, aplicou-se a NFLD 37.008.428-4 com os descontos de segurados não declarados em GFIP. Diante deste fato, buscou-se retificar, por intermédio do FORCED fls. 185 a 191, a presente NFLD. Neste mesmo FORCED foram retificadas tão somente aquelas competências que continham contribuições que migraram para a NFLD 37.008.428-4, conforme pode ser observado na planilha da fl. 224. Repare que tais retificações foram inseridas no FORCED porque tais contribuições contavam do RL (Relatório de Lançamentos) fls. 11 a 21, apesar de não constarem do DAD (Discriminativo Analítico de Débito).

4) Portanto, a fim de exclusivamente retificar o DAD, segue em anexo (fls. 261/271) o FORCED com as competências a serem retificadas na presente NFLD. Vale ressaltar que para se obter os descontos de segurados nas competências 12/2003, 05/2004, 06/2004 e 08/2004 subtraiu-se as “Deduções” constantes do DAD fls. 05 e 06 dos descontos constantes da coluna “DESC SEG DECLAR” da planilha fls. 224. Vide tabela abaixo:

COMP	DESC SEG DECLAR	Deduções DAD	Desconto de Segurados FORCED
200312	2.996,14	3.967,56	0,00
200405	77.554,27	3.455,25	74.099,02
200406	77.258,00	4.489,44	72.768,56
200408	824,73	4.193,38	0,00

Da Decisão da DRJ

Quando da apreciação do caso, a DRJ no Rio de Janeiro I/RJ julgou parcialmente procedente o lançamento, conforme ementa abaixo (fls. 274/281):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SocIAIs PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/07/1998 a 31/08/2004

CONTRIBUIÇÃO DESCONTADA DOS SEGURADOS.

É devida a contribuição à Seguridade Social descontada das remunerações pagas aos segurados empregados e contribuintes individuais (artigos 20 e 21 da Lei 8.212/91).

TRIBUTÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. PRAZO DECADENCIAL. SÚMULA VINCULANTE Nº 08 DO STF. REVISÃO DO LANÇAMENTO.

Com a declaração de inconstitucionalidade do art. 45 da Lei nº 8.212/91, o prazo decadencial das contribuições previdenciárias passa a ser regido pelo Código Tributário Nacional, fato que implica a revisão imediata dos créditos em fase de cobrança administrativa.

Impugnação Procedente em Parte

Crédito Tributário Mantido em Parte

A DRJ entendeu pela decadência de parte do lançamento tributário, qual seja, das competências 07/ 1998 a 06/2000, em razão do transcurso de mais de 5 (cinco) anos entre a ocorrência do fato gerador, contado nos termos do art. 150, §4º do CTN, e a ciência do contribuinte do lançamento, que ocorreu em 08/07/2005.

Ademais, esclareceu acerca da exclusão de alguns valores nos levantamentos e PRO e FP promovida pela autoridade fiscal e transferência para outra NFLD (37.008.428-4), conforme Demonstrativo Analítico de Débito Retificado – DADR de fls. 282/284.

Do Recurso Voluntário

A RECORRENTE, supostamente intimada da decisão da DRJ, em 10/11/2010, conforme extrato de fl. 286, apresentou o recurso voluntário de fls. 292/300, em 10/12/2010, via postagem pelos Correios (fl. 290).

Preliminarmente, apresenta razões acerca da atividade vinculada de lançamento para a constituição de créditos tributários, nos termos do art. 142 do CTN, ao tempo em que alega ser exíguo o prazo de 30 dias para apresentar defesa, haja vista que existem acusações referentes a anos, além de ter pedido pericial negado. Assim, afirma ter havido cerceamento do seu direito de defesa.

No mérito, alega a inconstitucionalidade do procedimento de aferição indireta e cita princípios do Direito Administrativo para, ao final, requerer a anulação do lançamento.

Este recurso voluntário compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Relator.

Não encontra-se nos autos o AR relativo à intimação da contribuinte acerca do acórdão da DRJ. Contudo, de acordo com o extrato de fl. 286, a intimação foi enviada à

contribuinte em 05/11/2010. Neste sentido, na ausência do AR, considera-se feita a intimação 15 dias após a sua postagem, conforme art. 23, §2º, II, do Decreto nº 70.235/72:

Art. 23. Far-se-á a intimação:

(...)

II - por via postal, telegráfica ou por qualquer outro meio ou via, com prova de recebimento no domicílio tributário eleito pelo sujeito passivo;

(...)

§ 2º Considera-se feita a intimação:

(...)

II - no caso do inciso II do caput deste artigo, na data do recebimento ou, se omitida, quinze dias após a data da expedição da intimação;

Portanto, considerando que a contribuinte foi intimada em 20/11/2010, tem-se como tempestivo o recurso voluntário apresentado, mediante postagem, em 10/12/2010, razões por que dele conheço.

Importante esclarecer que o RECORRENTE não apresentou quaisquer razões de mérito a fim de se defender do lançamento. Em seu recurso, replicou as razões genéricas apresentadas em sede de impugnação.

Sendo assim, não pode ser considerada como impugnada matéria sobre a qual o contribuinte deixe de se pronunciar/defender expressamente em seu recurso, nos termos do art. 17 do Decreto nº 70.235/72 (processo administrativo fiscal):

Art. 17. Considerar-se-á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante.

Analisa-se, adiante, as questões de defesa apresentadas no recurso voluntário.

PRELIMINAR

A RECORRENTE alega que o prazo de 30 dias para apresentar defesa é exíguo, haja vista que existem acusações referentes há anos, além de ter pedido pericial negado. Ademais, tece razões acerca da atividade vinculada de lançamento para a constituição de créditos tributários, ao tempo em que afirma ter havido cerceamento do seu direito de defesa, inclusive em razão da negativa do seu pleito pericial.

Pois bem, no processo administrativo federal são nulos os atos lavrados por pessoa incompetente ou com preterição do direito de defesa, nos termos do art. 59 do Decreto nº 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 consequência.

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

Desta forma, para ser considerado nulo, o lançamento deve ter sido realizado por pessoa incompetente ou violar a ampla defesa do contribuinte. Ademais, a violação à ampla defesa deve sempre ser comprovada, ou ao menos demonstrados fortes indícios do prejuízo sofrido pelo contribuinte.

Havendo compreensão dos fatos e fundamentos que levaram à lavratura do auto de infração pelo contribuinte, bem como cumprimento dos requisitos do art. 10 do Decreto nº 70.235/2012, não há como se falar em nulidade do auto de infração. Assim entende o CARF:

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA.

Comprovado que o sujeito passivo tomou conhecimento pormenorizado da fundamentação fática e legal do lançamento e que lhe foi oferecido prazo para defesa, não há como prosperar a tese de nulidade por cerceamento do contraditório e da ampla defesa.

(Acórdão 3301-004.756 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, Sessão de 20/6/2018, Rel. Liziane Angelotti Meira)

AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE.

Não se verificando a ocorrência de nenhuma das hipóteses previstas no artigo 59 do Decreto nº 70.235/72 e observados todos os requisitos do artigo 10 do mesmo diploma legal, não há que se falar em nulidade da autuação

(Acórdão nº 3302005.700 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária, Sessão 26/7/2018, Rel. Paulo Guilherme Déroulède)

O contraditório no processo administrativo fiscal tem por escopo a oportunidade de o sujeito passivo conhecer dos fatos apurados pela fiscalização, devidamente tipificados à luz da legislação tributária, e, dentro do prazo legalmente previsto, poder rebater, de forma plena, as irregularidades então apontadas pela Autoridade Fiscal, apresentando a sua versão dos fatos e juntando os elementos comprobatórios de que dispuser. Em suma, é o sistema pelo qual a parte tem a garantia de tomar conhecimento dos atos processuais e de reagir contra esses.

Ademais, cabe ressaltar que os princípios do contraditório e da ampla defesa são cânones constitucionais que se aplicam tão somente ao processo judicial ou administrativo, e não ao procedimento de investigação fiscal, ou seja, apenas a partir da impugnação tempestiva da exigência, na chamada fase contenciosa, com a instauração do litígio e formalização do processo administrativo, é assegurado ao contribuinte o direito constitucional do contraditório e da ampla defesa.

Entende-se descabido o argumento de cerceamento do direito de defesa em fase procedimental em que impera o princípio inquisitório, no qual a pretensão fiscal ainda não está consolidada, pois quando o sujeito passivo apresenta impugnação e revela conhecimento sobre as

imputações que lhe são feitas e os elementos nas quais se baseiam é afastada a alegação de cerceamento do direito de defesa.

Verifica-se que depois de cientificado da exigência, o contribuinte dispõe do prazo de trinta dias para apresentar sua impugnação, na qual refutará, de forma igualmente clara e precisa, as imputações que lhe foram feitas, nos termos do art. 15 e 16 do Decreto nº 70.235/1972, o que ocorreu regularmente no presente caso, motivo pelo qual não há que se falar em ofensa ao direito ao contraditório e à ampla defesa.

Quanto ao prazo para apresentar impugnação, o Decreto nº 70.235, que dispõe sobre o processo administrativo fiscal, prevê o que segue:

Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou **impugná-la no prazo de trinta dias**;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Portanto, o prazo é legal e não viola os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Verifica-se ainda que o processo foi convertido em diligência por mais de uma vez e a RECORRENTE foi devidamente intimada para a apresentar defesa, mas restou inerte, sem apresentar nenhuma manifestação nos autos, durante todo o procedimento, que foi muito superior ao prazo de 30 dias previsto na legislação supra.

Ou seja, no presente caso, constata-se que a RECORRENTE teve a oportunidade de esclarecer os fatos e apresentar os documentos que entendesse necessário para afastar o lançamento, não havendo prejuízo, ofensa ao contraditório ou ampla defesa.

Portanto, sem razão a RECORRENTE.

Com relação à perícia, como supracitado, o presente processo foi convertido em diligência por mais de uma vez e devidamente revisado, sendo a RECORRENTE intimada para se manifestar acerca da diligência realizada e, como já dito, restou inerte.

Além do mais, cabe ainda ressaltar que a diligência e a perícia, constituem elementos de prova, com a finalidade de municiar o julgador na formação de sua convicção. Seu intuito é auxiliar o fiscal a identificar toda a matéria tributável. Contudo, não é a finalidade delas suprir a deficiência do sujeito passivo em comprovar o que alega.

Em outras palavras, não é papel da perícia produzir provas que caberia ao contribuinte apresentar. Uma vez que já foi extraída a base de cálculo de diversas fontes, cabe ao contribuinte produzir todas as provas possíveis para justificar suas alegações, servindo a perícia como um instrumento para atestar a veracidade destas provas ou para a obtenção de esclarecimentos, e não como um instrumento de produção de prova em si.

Diante do exposto, entendo que foi respeitado o direito ao contraditório e à ampla defesa da RECORRENTE, não havendo razão para a nulidade do presente lançamento.

MÉRITO

A RECORRENTE vai de encontro ao método utilizado para realização do cálculo do presente crédito tributário, por alegar que a fundamentação legal permissiva da aferição indireta (art. 33, § 5º, da Lei 8.212/91) utilizada pela fiscalização não cabe ao presente caso, ao tempo em que alega a inconstitucionalidade de tal procedimento.

Ocorre que, em análise aos fundamentos legais do débito (FLD), que compõe a presente NFLD, observa-se que inexistente menção à fundamentação legal acerca da aferição indireta.

Da mesma forma, percebe-se que não há menção a tal procedimento no relatório fiscal, no cálculo do presente crédito e nas diligências efetuadas.

Ressalto ainda ter restado devidamente demonstrado pela DRJ de origem que a aferição indireta não foi utilizada no caso em comento. Foram as contribuições apuradas diretamente através das folhas de pagamento, como bem explicita o relatório fiscal e a denominação dos levantamentos no Discriminativo Analítico de Débito - DAD.

Ressalte-se que a atividade de lançamento é vinculada e obrigatória, como bem expõe a RECORRENTE, devendo a autoridade fiscal agir conforme estabelece a lei, sob pena de responsabilidade funcional, nos termos do art. 142 do CTN:

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.

Portanto, não merece reparo o lançamento, na medida que foram devidamente demonstrados todos os fatos que motivaram a constituição do crédito tributário. Neste sentido, caberia ao RECORRENTE apresentar os fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito de o Fisco efetuar o lançamento. Portanto o contribuinte deve demonstrar, com base nas provas (documentos hábeis e idôneos) e de forma mais elucidativa possível, quais os valores não poderiam ter servido de base de cálculo para o presente lançamento, ou ainda ter demonstrado erro na apuração da base de cálculo, etc.

Referida prova não foi trazida aos autos nem sequer foi alegada, o que era dever do contribuinte pois a ele cabe apresentar fatos impeditivos, modificativos e extintivos do direito de o Fisco efetuar o lançamento do crédito tributário. Dispõe neste sentido o art. 16 do Decreto 70.235/76, assim como o art. 373 do CPC, abaixo transcritos:

Decreto 70.235/76

Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

III - os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, os pontos de discordância e as razões e provas que possuir;

CPC

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

De toda forma, quanto a alegação de inconstitucionalidade do procedimento de aferição indireta, entendo ser aplicável a Súmula CARF nº 02 e o caput do art. 26-A do Decreto nº 70.235, de 1972, e não reconheço a competência desta Turma para se manifestar sobre essa questão.

Decreto nº 70.235, de 1972

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Súmula CARF nº 2:

O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária.

Portanto, sem razão a RECORRENTE.

CONCLUSÃO

Em razão do exposto, voto por NEGAR PROVIMENTO ao recurso voluntário, nos termos das razões acima expostas.

(documento assinado digitalmente)

Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim