

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

**Processo n°** 35183.002946/2007-79  
**Recurso n°** 146.353 Voluntário  
**Acórdão n°** 2401-00.166 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária  
**Sessão de** 6 de maio de 2009  
**Matéria** AFERIÇÃO INDIRETA  
**Recorrente** GAISSLER MOREIRA ENGENHARIA CIVIL LTDA.  
**Recorrida** SRP-SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/12/2003

**AFERIÇÃO INDIRETA - POSSIBILIDADE**

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, ou mesmo se ficar evidenciado que a contabilidade da empresa não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário

**ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL**

Período de apuração: 01/08/2000 a 31/12/2003

**PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA**

Deverá restar demonstrada nos autos, a necessidade de perícia para o deslinde da questão, nos moldes estabelecidos pela legislação de regência. Não se verifica cerceamento de defesa pelo indeferimento de perícia, cuja necessidade não se comprova.

**RECURSO VOLUNTÁRIO NEGADO.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros da 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária da Segunda Seção de Julgamento, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de cerceamento de defesa; e II) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE - Presidente



ANA MARIA BANDEIRA - Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Bernadete de Oliveira Barros, Cleusa Vieira de Souza, Lourenço Ferreira do Prado, Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira e Cristiane Leme Ferreira (Suplente). Ausente o Conselheiro Rogério de Lellis Pinto.

## Relatório

Trata-se de lançamento de contribuições devidas à Seguridade Social, correspondentes à contribuição dos segurados, da empresa e a destinada ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

Segundo o Relatório Fiscal (fls 37/48), a notificada incorreu em diversas faltas e cometeu irregularidades e infrações, conforme informado abaixo:

- *Deixou de apresentar à fiscalização, documentos e esclarecimentos. No caso, documentos referentes aos Programas de Riscos Ambientais do Trabalho, fichas de salário família e documentos correlatos, diversas rescisões de contrato de trabalho, comprovante de registro de empregados, GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social referentes à reclamações trabalhistas e pagamentos a autônomos, guias de recolhimento.*
- *Não informou em GFIP – Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social a totalidade dos fatos geradores.*
- *Deixou de contabilizar diversos pagamentos efetuados, como valores pagos em acordos trabalhistas, guias de recolhimento de contribuição previdenciária, valores pagos a contribuintes individuais*
- *Efetuuou contabilizações erradas no que tange ao faturamento, ou seja, nas vias dos tomadores, o valor das notas fiscais era superior ao contabilizado. Tais diferenças encontram-se discriminadas na folha 44 e não foram justificadas.*
- *Deixou de preparar folha de pagamento de acordo com os padrões e normas estabelecidos pelo órgão. Não incluiu rescisões e não elaborou folhas de pagamento distintas para obras até o exercício de 2001. a partir de 2002, apesar de elaborar folhas de pagamento distintas, forneceu GFIP com valores divergentes.*
- *Não lançou em títulos próprios de sua contabilidade, de forma discriminada, os fatos geradores de todas as contribuições, conforme especificado nas folhas 44/45.*
- *Não elaborou nem manteve atualizado o Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP.*

Em razão das irregularidades apontadas, a contabilidade da notificada foi desconsiderada e houve o lançamento das contribuições por aferição com base nos valores das notas fiscais e/ou pagamentos efetuados.



O objeto da presente notificação são as contribuições correspondente à mão-de-obra contida nas notas fiscais dos serviços prestados à Prefeitura Municipal de Santa Cecília do Pavão (PR), a qual foi incluída no pólo passivo com base no instituto da responsabilidade solidária.

A planilha de cálculo da contribuição devida encontra-se à folha nº 49.

A notificada apresentou defesa (fls.59/79) onde apresenta preliminar no sentido de que teria ocorrido cerceamento de defesa face ao prazo concedido para apresentação de defesa, considerando o número de notificações e autos de infração lavrados.

Aduz que não caberia o procedimento da aferição indireta, uma vez que toda a documentação solicitada e existente foi apresentada à fiscalização. Nesse sentido, entende que caberia a nulidade do auto de infração (sic).

Alega que o lançamento foi efetuado em desconformidade com as instruções normativas vigentes à época dos fatos geradores, resultando em cobrança a maior e nulidade do auto de infração (sic). Tais desconformidades seriam relativas aos percentuais aplicados, levando em conta o tipo de serviço prestado, para fins de apuração da base de incidência.

Considera, ainda que os percentuais contidos nas instruções normativas do INSS seriam impróprios, pois não retratam a realidade das obras objeto das notas fiscais emitidas.

Afirma que não foram computados os valores recolhidos pela notificada, bem como os valores retidos pelos tomadores de serviços.

Alega que a aplicação da taxa de juros SELIC seria ilegal, bem como que a administração seria obrigada a anular seus atos ilegais.

Por fim, requer a produção de provas documental complementar e pericial de engenharia.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que elaborou Relatório Fiscal Complementar (fls 966/969), a fim de esclarecer a fundamentação legal que autorizou a inclusão do tomador de serviços como responsável solidário.

Informa que das guias apresentadas pela notificada, as mesmas não possuem relação ou vínculo com as obras do tomador em questão, mas a outras obras que discrimina.

Devidamente intimadas do Relatório Fiscal Complementar, somente a notificada Gaissler manifestou-se (fls 979/981) onde mantém a argumentação a respeito dos percentuais aplicados na apuração da base de cálculo.

Pela Decisão-Notificação nº 14-401.4/0084/2007 (fls. 984/1008), o lançamento foi considerado procedente. Entretanto, foi excluída do pólo passivo a tomadora de serviços, em razão de tratar-se de órgão público contratante de obra de construção civil, situação em que não se verifica a responsabilidade solidária.

A notificada apresentou recurso (fls. 1014/1043) onde efetua a repetição das argumentações já apresentadas em defesa.



O recurso teve seguimento por força de liminar concedida em mandado de segurança.

É o relatório.



## Voto

Conselheira Ana Maria Bandeira, Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice ao seu conhecimento.

Inicialmente cumpre afastar a preliminar de que teria ocorrido o cerceamento de defesa em virtude do prazo concedido para a apresentação de impugnação.

Ainda que tenham sido lavradas contra a recorrente, várias notificações e autos de infração, o prazo estabelecido pela lei não prevê a possibilidade de alongamento do prazo de defesa em razão do número de notificações ou autuações resultantes da ação fiscal.

Como a autoridade administrativa está cingida ao Princípio da Estrita Legalidade, não cabe qualquer ato discricionário no sentido de alterar o prazo estabelecido, com base nas alegações apresentadas. Assim, não seria possível conceder prazo diferenciado à recorrente que não aquele previsto no art. 37, § 1º da Lei nº 8.212/1991.

Nesse sentido, rejeito essa preliminar.

Quanto à alegação de descabimento de aferição indireta, entendo que não assiste razão à recorrente.

A aferição indireta é um procedimento utilizado pela auditoria fiscal, quando por alguma razão, a contabilidade da empresa não demonstra fidedignamente os fatos geradores ocorridos, bem como o recolhimento das contribuições previdenciárias destes decorrentes.

A possibilidade de o lançamento ser efetuado por aferição indireta está prevista em lei, no caso, art. 33, parágrafos 3º e 6º da Lei nº 8.212/1991 que versa o seguinte, na redação dada pela Medida Provisória 449/2005:

*“Art.33. À Secretaria da Receita Federal do Brasil compete planejar, executar, acompanhar e avaliar as atividades relativas a tributação, fiscalização, arrecadação, cobrança e recolhimento das contribuições sociais previstas no parágrafo único do art. 11, as contribuições incidentes a título de substituição e as devidas a outras entidades e fundos (...)*

*§3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a Secretaria da Receita Federal do Brasil pode, sem prejuízo da penalidade cabível, lançar de ofício a importância devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário. (...)*

*§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão*

*apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.*

No caso em tela, a auditoria fiscal demonstra fartamente as irregularidades verificadas que dariam ensejo à desconsideração da contabilidade e aferição da contribuição devida.

A recorrente deixou de lançar em sua contabilidade diversos fatos geradores de contribuições previdenciárias, lançou faturamento a menor, não correspondente àquele informado na via da nota fiscal de serviço do tomador. Lançou fatos geradores em títulos impróprios. Portanto, a meu ver, resta mais do que demonstradas as razões que levaram a auditoria fiscal a utilizar a prerrogativa da aferição indireta.

Quanto à alegação de que a auditoria fiscal teria utilizado percentuais indevidos, também não é possível conferir razão à recorrente.

Os percentuais aplicados estão de acordo com as instruções normativas para o tipo de serviço.

Analisando-se o contrato de prestação de serviços constante às folhas nº 86/92, verifica-se que embora a obra tenha ocorrido no regime de empreitada global, com fornecimento de mão-de-obra, materiais e equipamentos, não há previsão dos montantes correspondentes a cada parcela.

Dessa forma, não há como convalidar os valores de materiais e equipamentos discriminados nas notas fiscais de serviços, aplicando-se nesse caso, o § 1º do art. 601 da Instrução Normativa SRP nº 03/2005, *in verbis*:

*“Art. 601. Caso haja previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, para a execução dos serviços, se os valores de material ou equipamento estiverem estabelecidos no contrato, ainda que não discriminados na nota fiscal, na fatura ou no recibo de prestação de serviços, o valor da remuneração da mão-de-obra utilizada na prestação de serviços será apurado na forma do art. 600.*

*§ 1º Caso haja previsão contratual de fornecimento de material ou de utilização de equipamento próprio ou de terceiros, exceto os equipamentos manuais, e os valores de material ou de utilização de equipamento não estiverem estabelecidos no contrato, nem discriminados na nota fiscal, fatura ou recibo de prestação de serviços, o valor do serviço corresponde, no mínimo, a cinquenta por cento do valor bruto da nota fiscal, fatura ou recibo, aplicando-se para fins de aferição da remuneração da mão-de-obra utilizada o disposto no art. 600.”*

Também não procede a alegação de que não teriam sido computados os valores pagos. Conforme informou a auditoria fiscal, foram abatidos dos diversos lançamentos as guias vinculadas às obras correspondentes. No presente caso, a auditoria fiscal demonstra que não havia guias vinculadas à obra em questão que pudessem ser abatidas do lançamento.



A recorrente alega, ainda, a ilegalidade da aplicação da taxa de juros SELIC, como juros moratórios.

A aplicação de tal taxa tem amparo legal no art. 34 da Lei nº 8.212/1991 e não cabe ao julgador no âmbito administrativo, em obediência ao princípio da legalidade, negar aplicação de dispositivo legal vigente no ordenamento jurídico sob o argumentos de que o mesmo seria inconstitucional ou afrontaria legislação hierarquicamente superior.

O controle da constitucionalidade no Brasil é do tipo jurisdicional, que recebe tal denominação por ser exercido por um órgão integrado ao Poder Judiciário.

O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis e atos normativos, também chamado controle repressivo típico, pode se dar pela via de defesa (também chamada controle difuso, aberto, incidental e via de exceção) e pela via de ação (também chamada de controle concentrado, abstrato, reservado, direto ou principal), e até que determinada lei seja julgada inconstitucional e então retirada do ordenamento jurídico nacional, não cabe à administração pública negar-se a aplicá-la;

Ainda excepcionalmente, admite-se que, por ato administrativo expresso e formal, o chefe do Poder Executivo (mas não os seus subalternos) negue cumprimento a uma lei ou ato normativo que entenda flagrantemente inconstitucional até que a questão seja apreciada pelo Poder Judiciário, conforme já decidiu o STF (RTJ 151/331). No mesmo sentido decidiu o Tribunal de Justiça de São Paulo:

*“Mandado de segurança - Ato administrativo - Prefeito municipal - Sustação de cumprimento de lei municipal - Disposição sobre reequadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que repute inconstitucional - Dever de velar pela Constituição que compete aos três poderes - Desobrigatoriedade do Executivo em acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores - Segurança denegada - Recurso não provido. Nivelados no plano governamental, o Executivo e o Legislativo praticam atos de igual categoria, e com idêntica presunção de legitimidade. Se assim é, não se há de negar ao chefe do Executivo a faculdade de recusar-se a cumprir ato legislativo inconstitucional, desde que por ato administrativo formal e expresso declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-1 - Campinas - Relator: Gonzaga Franceschini - Juis Saraiva 21). (g.n.)”*

Ademais, tal questão foi, inclusive, sumulada no âmbito do então Segundo Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda que pela Súmula nº 02 publicada no DOU em 26/09/2007, decidiu o seguinte:

*“Súmula nº 2*

*O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária”.*



Relativamente ao inconformismo da recorrente pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial contábil, não lhe confiro razão.

Não se vislumbra a ocorrência do alegado de cerceamento de defesa pelo indeferimento da perícia solicitada.

A necessidade de perícia para o deslinde da questão tem que restar demonstrada nos autos.

No que tange à perícia, o Decreto nº 70.235/1972 estabelece o seguinte:

*Art. 16 - A impugnação mencionará:*

.....  
*IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;*

*§ 1º - Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.*

Da leitura do dispositivo, verifica-se que a recorrente não cumpriu os requisitos necessários à formulação de perícia pois limitou-se a requerer produção de prova pericial contábil.


Não tendo sido demonstrada pela recorrente a necessidade da realização de perícia, não se pode acolher a alegação de cerceamento de defesa pelo seu indeferimento.

Diante do exposto e de tudo o mais que dos autos consta.

Voto no sentido de **CONHECER** do recurso e **NEGAR-LHE PROVIMENTO**.

É como voto.

Sala das Sessões, em 6 de maio de 2009

  
ANA MARIA BANDEIRA - Relatora