



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

Processo nº 35183.003193/2007-19
Recurso nº 146.347 Voluntário
Acórdão nº 2401-00.164 – 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: 01/03/2003 a 30/04/2003

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: 01/02/2003 a 30/04/2003

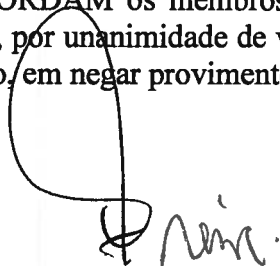
PERÍCIA - NECESSIDADE - COMPROVAÇÃO - REQUISITOS - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO OCORRÊNCIA

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 35/46), 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*
- *Efetuiu 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 Alvorada do Sul (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 47.

A notificada apresentou defesa (fls. 56/76) onde apresenta preliminar não 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.

Aduz que no caso das notas fiscais em que há o destaque do valor da mão-de-obra, não se aplica o procedimento de aferição.

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.

A responsável solidária não se manifestou.

Os autos foram encaminhados à auditoria fiscal que elaborou Relatório Fiscal Complementar (fls 911/913), a fim de esclarecer a fundamentação legal que autorizou a inclusão do tomador de serviços como responsável solidário.

Informa que houve equívoco na planilha de folha nº 47 onde não constou o valor de uma guia de recolhimento. Entretanto, não obstante o erro da planilha, a guia foi considerada pelo sistema, conforme se verifica no Relatório Discriminativo Analítico do Débito – DAD (fls. 05), onde se observa que as contribuições efetivamente lançadas são inferiores àquelas apuradas na referida planilha.

De todo modo, a auditoria fiscal elaborou nova planilha livre do erro apontado e que corresponde aos valores lançados (fls. 910). Quanto às demais guias, não restou demonstrado a relação ou vínculo com as obras do tomador em questão.



Devidamente intimadas do Relatório Fiscal Complementar, somente a notificada Gaissler manifestou-se (fls 923/926) onde mantém a argumentação a respeito das bases de cálculo que corresponderiam efetivamente aos valores discriminados nas notas fiscais.

Além disso, aduz que a fiscalização deixou de cumprir quesitos fundamentais previstos em lei, que elidiriam a responsabilidade solidária evitando transtornos com os contratantes.

Pela Decisão-Notificação nº 14-401.4/0091/2007 (fls. 929/952), o lançamento foi considerado procedente em parte, porém, 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. 956/986) 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 defesa.

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 (...)"

§3ºOcorrendo 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.

Foi aplicado o percentual de 14% que seria destinado aos demais serviços realizados com utilização de equipamentos. Por sua vez, os serviços prestados foram de reforma e adequação de estradas.

A meu ver, não há qualquer impropriedade no percentual utilizado pela fiscalização, o serviço prestado, de reforma de estradas, demanda a utilização e equipamentos e não se encaixa entre aqueles especificados na normativa.

Quanto à alegação de que seria necessário verificar se os percentuais contidos nas normativas condizem ou não com a realidade, cumpre dizer que tais percentuais não são definidos de forma aleatória, mas com base em estudos, de tal sorte a se aproximarem ao máximo da realidade.

Não custa lembrar que a prerrogativa de normatização foi concedida legalmente ao órgão e a necessidade de apuração por meio de aferição indireta foi ocasionada pela própria recorrente.

Portanto, afasto a alegação de nulidade do ato por impropriedades nos percentuais estabelecidos nas normativas do órgão.

De igual maneira, não acato o inconformismo da recorrente com base em seu entendimento de que a auditoria fiscal deveria aplicar os percentuais estabelecidos pelas Instruções Normativas vigentes à época dos fatos geradores.

A meu ver não se trata de aplicação retroativa de lei conforme alega a recorrente. A apuração do crédito se dá com base na normativa vigente à época do lançamento e não da ocorrência dos fatos geradores, como quer a recorrente.

Conforme bem enfrentado pela decisão de primeira instância, de acordo com Código Tributário Nacional, aplica-se a lei vigente à época dos fatos geradores naquilo que

representa os elementos substanciais do tributo, como hipótese de incidência, base de cálculo, alíquota e identificação do sujeito passivo.

Quanto aos aspectos procedimentais relativos ao estabelecimento de critérios para aferição indireta, aplica-se a legislação vigente à época do lançamento, não havendo que se falar em indevida aplicação retroativa de lei.

Relativamente às notas fiscais de serviços que a recorrente alega terem sido executados com fornecimento de materiais e equipamentos, vale dizer que o abatimento de valores relativos a materiais e equipamentos é possível, porém, é sujeito a requisitos, quais seja, previsão contratual, inclusive de valores e discriminação nas notas fiscais de serviços.

Não havendo o cumprimento de tais requisitos, não é possível abater da base de cálculo valores supostamente referentes a materiais e equipamentos, cuja comprovação não se verifica.

Também não procede a alegação de que não teriam sido computados os valores pagos. Como se pode observar da planilha de cálculo da contribuição já mencionada, a auditoria fiscal efetuou o abatimento dos recolhimentos vinculados à prestação dos serviços que ensejou o lançamento em testilha.

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 argumento 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 reenquadramento de servidores municipais em decorrência do exercício de cargo em comissão - Admissibilidade - Possibilidade da Administração negar aplicação a uma lei que reputa 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 expresse declare a sua recusa e aponte a inconstitucionalidade de que se reveste (Apelação Cível n. 220.155-I - Campinas - Relator: Gonzagu 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