



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

Processo n° 35299.000205/2004-11
Recurso n° 246.650 Voluntário
Acórdão n° 2302-00.886 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 15 de março de 2011
Matéria Arbitramento de Contribuição
Recorrente RAYMUNDO JOSÉ FOSCARINI
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

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

AFERIÇÃO INDIRETA. CABIMENTO.

Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, a fiscalização pode, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputar devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

INCONSTITUCIONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA ALEGAÇÃO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

A alegação de inconstitucionalidade formal de lei não pode ser objeto de conhecimento por parte do administrador público. Enquanto não for declarada inconstitucional pelo STF, ou examinado seu mérito no controle difuso (efeito entre as partes) ou revogada por outra lei federal, a referida lei estará em vigor e cabe à Administração Pública acatar suas disposições.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros da Segunda Turma da Terceira Câmara da Segunda Seção do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Marco André Ramos Vieira - Presidente.

Adriana Sato - Relator.

EDITADO EM: 15/08/2011

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marco André Ramos Vieira (Presidente), Arlindo Da Costa E Silva, Liege Lacroix Thomasi, Adriana Sato, Manoel Coelho Arruda Junior, Edgar Silva Vidal.

Declarada impedida a Conselheira Liege Lacroix Thomasi.

Relatório

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito lavrada em 26/04/2004, cuja ciência do recorrente ocorreu na mesma data.

De acordo com o Relatório Fiscal de fls.43, a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito refere-se as contribuições devidas a Seguridade Social correspondentes à parte dos segurados empregados, da empresa, ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho (SAT) e aos terceiros (Salário Educação. INCRA, SEBRAE, SEST e SENAT), no período de 08/2000 à 12/2003.

Tendo em vista a empresa não possuir escrituração contábil regular no período do lançamento do crédito, não permitindo a apuração do movimento real da remuneração dos segurados a seu serviço, a fiscalização lançou o presente crédito por arbitramento, apurando-o por aferição indireta.

Os documentos examinados que serviram de base para o presente lançamento foram os conhecimentos de frete emitidos pela empresa fiscalizada, os quais foram apreendidos através do Auto de Apreensão, Guarda e e Devolução de Documentos - AGD em anexo na data de 18/03/2004 e devolvidos ao Recorrente em 24/03/2004.

A fiscalização considerou como salário de contribuição, nos termos do art. 621 da Instrução Normativa INSS/DC n.º 100, de 10/05/2002, 20% do faturamento apurado, montante do qual foram deduzidos os valores de mão de obra constantes em GFIP. Após, foram aplicadas as seguintes alíquotas:

Empresa: 20% em todo o período;

Segurados Empregados: 8% em todo o período;

SAT: 3% em todo o período;

Terceiros: 5,80% em todo o período, sendo: 2,5% para o Salário Educação; 0,2% para INCRA; 0,6%

para o SEBRAE, 1,5% para o SEST e 1,0% para o SENAT.

Ainda de acordo com o relatório Fiscal, o recorrente optou no ano de 2000 pelo lucro real, e, a partir de 2001 pelo lucro presumido como forma de tributação do lucro, mas não apresentou a fiscalização livro caixa ou livro diário no período de 08/2000 a 09/2003.

O Recorrente apresentou impugnação, a DN julgou procedente o lançamento, e, inconformado, o Recorrente interpôs recurso voluntário, alegando em síntese:

- Depósito prévio e sua substituição pelo arrolamento de bens;

- Foi tomado como base de cálculo o faturamento auferido pela empresa, sem considerar a natureza de seu negócio, faz-se necessária a sub-contratação dos serviços de transportes junto a terceiros, conforme os documentos de "vales de fretes", que foram ignorados pela fiscalização;

- Que não dispunha de caminhões suficientes para o desempenho do transporte, sendo que locava suas carretas frigoríficas a terceiros possuidores de caminhões, se responsabilizando, apenas, pela emissão do Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga, repassando o valor do frete ao terceiro e retendo um valor para ressarcimento de despesas; que funciona como verdadeira agenciadora de fretes;

- Indevida a alíquota de 20%, incidente sobre o faturamento apurado, por ir de encontro à legislação, eis que pela legislação anterior a abril de 2003, a alíquota a ser utilizada deveria ser a de 11,71%, e, é válida para os pagamentos efetuados a terceiros pessoas físicas e não terceiros pessoas jurídicas;

- Muitos conhecimentos de transportes não representavam um frete, mas pedágios, diárias ou estadias, pagamento de deslocamento vazio, etc;

- O Decreto n.º 4.032, de 26/11/2001, elevou a alíquota de 11,71% para 20%, aumentando a base de cálculo do tributo, sem a existência de uma lei, conforme dispõe a Constituição Federal;

- Indevida a apuração por aferição indireta, pois o que houve foi uma aferição direta, já que o Sr. Fiscal apurou o valor total do faturamento do período e aplicou a alíquota de 20% sobre a base de cálculo;

- Foi feita a análise de cada Conhecimento de Transporte Rodoviário de Carga, para a partir do valor consignado em cada um se chegar ao valor da penalidade imposta;

- Foram apresentados os vales-fretes, que trazem a descrição a quem se destinou o valor do frete, se pessoa física ou jurídica, mas o fiscal não se preocupou em emprestar valor a tal documentação, e, que um pequeno apanhado de Conhecimentos de Transporte que não representam pagamento de frete, mas ressarcimento de despesas;

- A aferição indireta não poderia servir de meio para apuração do montante devido se fazendo necessária a realização de perícia contábil para subsidiaria a aferição dos valores devidos;

- Caráter confiscatório da penalidade aplicada;

- Alega que a legislação foi aplicada de forma errada, incidindo uma única alíquota sobre a base de cálculo e de forma retroativa, ferindo o direito adquirido e o ato jurídico perfeito, não sendo cabível a aplicação da IN/INSS/DC n.º 100 para todo o período notificado, pois a mesma não pode ser aplicada a fatos passados, somente a partir de 24/12/2003;

- Argúi que o Sr. Fiscal cometeu irregularidades e ilegalidades, ao exigir a apresentação de documentação num exíguo prazo e, ainda, no Posto da Previdência Social em Vacaria, e não nas dependências da empresa como seria o correto, e, argúi a nulidade da NFLD por ter sido lavrada fora do estabelecimento da empresa, conforme dispõe o artigo 10 do Decreto 70.235/72;

- Argúi o cerceamento de defesa, já que o processo foi enviado para Caxias do Sul, sem oportunizar vistas ao impugnante, bem como não aguardou o prazo legal para a impugnação.

- Alega que não conhece os documentos que embasaram a pretensão do agente fiscalizador.

Processo nº 35299.000205/2004-11
Acórdão n.º 2302-00.886

S2-C3T2
Fl. 867

- Não foi oportunizado prazo para apresentação do livro solicitado;
- A taxa SELIC é ilegal;
- Requer a juntada de um levantamento contábil onde se destacam pontos relevantes e divergentes daqueles demonstrados pelo Sr. Fiscal acerca do real montante devido, e, pleiteia a realização de uma minuciosa perícia contábil;
- Argúi a impossibilidade da cobrança de multa moratória cumulada com juros de mora.

A DRP apresentou contra-razões.

É o Relatório.

Voto

Conselheiro Adriana Sato

Sendo tempestivo, CONHEÇO DO RECURSO e passo a análise das questões suscitadas pelo recorrente.

O recorrente argúi a inexigência do depósito recursal para garantia de instância, contudo tal pressuposto não é mais exigido por este Colegiado em obediência ao Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais.

De acordo com o previsto no parágrafo único do art. 62 do Regimento Interno do CARF, aprovado pela Portaria n ° 256/2009 do Ministério da Fazenda, no julgamento de recurso voluntário ou de ofício, fica vedado aos Conselhos de Contribuintes afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade. Não se aplicando aos casos de tratado, acordo internacional, lei ou ato normativo, que já tenha sido declarado inconstitucional por decisão plenária definitiva do Supremo Tribunal Federal;

O STF já se posicionou no julgamento do Recurso Extraordinário n ° 389383, transitado em julgado, pela inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 126 da Lei n ° 8.212.

Também não assiste razão ao recorrente quando argui a nulidade da NFLD por não ter sido a mesma lavrada nas suas dependências. O local da verificação da falta expresso no art. 10 do Decreto n ° 70.235/1972 não deve ser interpretado como no estabelecimento físico do contribuinte, estando mais precisamente ligado ao conceito de domicílio tributário do contribuinte, ou seja a circunscrição da Delegacia da Receita Federal competente para fiscalizá-lo. Desse modo, nada impede que as providências preliminares de elaboração sejam feitas na repartição fiscal, pois o ato em si somente se aperfeiçoa com a regular intimação do contribuinte, quando efetivamente se pode afirmar que a notificação foi lavrada.

O crédito previdenciário refere-se às contribuições incidentes sobre as remunerações dos segurados empregados que foram apuradas por aferição indireta, com base nos documentos apresentados pelo recorrente, quais sejam, os conhecimentos de frete.

No que tange a alegação da incorreta aplicação da aferição indireta, temos, que mencionado procedimento possui respaldo legal.

Lei 8.212/1991:

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.

...

§ 3º Ocorrendo recusa ou sonegação de qualquer documento ou informação, ou sua apresentação deficiente, o Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e o Departamento da Receita Federal – DRF podem, sem prejuízo da penalidade cabível, inscrever de ofício importância que reputarem devida, cabendo à empresa ou ao segurado o ônus da prova em contrário.

No presente caso, o Recorrente poderia apresentar a documentação solicitada pela fiscalização (motivo do arbitramento) no momento da sua defesa, ou no recurso, fazendo prova em contrário dos valores lançados, no entanto não o fez.

Quanto à aplicação da aferição no presente caso, há no Relatório Fiscal, os motivos, a fundamentação legal e as sistemáticas utilizadas para a utilização da aferição indireta, motivo pelo qual, também não há que se falar que os esclarecimentos do Relatório Fiscal tornaram a aferição indireta em direta.

Cumprе ressaltar que o recorrente não possuía escrituração contábil, motivo pelo qual o Auditor Fiscal a procedeu o levantamento por aferição indireta.

Quanto aos argumentos do Recorrente no que tange ao fato dos conhecimentos não se referiam somente a fretes, estando incluídos nos mesmos despesas diversas, ou, que não se referiam a pessoas físicas, mas a empresas, o mesmo não há como prosperar haja vista que o elemento probante (escrituração contábil) aos fatos alegados pelo Recorrente não foi apresentado à fiscalização.

Cumprе ressaltar que o crédito foi lançado por aferição indireta, com base nos documentos apresentados pelo recorrente, justamente pela falta de contabilidade regular a que estava sujeito o Recorrente no período de 08/2000 a 12/2000, e, a falta de apresentação do Livro Diário e/ou do Livro Caixa (no caso de ser optante pelo lucro presumido), nos exercícios de 2001, 2002 e 2003.

No que tange ao pedido de perícia contábil, há de se ressaltar que é improcedente mencionado pedido vez que não existem elementos a serem periciados frente à inexistência de contabilidade. Como já foi mencionado, o crédito previdenciário foi lançado com base nos conhecimentos de frete apresentados, de posse e guarda do recorrente, sendo prescindível a perícia nos mesmos, eis que se encontram listados no anexo ao Termo de Apreensão, Guarda e Devolução de Documentos — AGD, que acompanha a notificação e não foram apontadas sequer divergência de valores listados.

Quanto a alegação do Recorrente de que os valores contidos nos conhecimentos não se constituem em base de cálculo das contribuições previdenciárias, reitero que tais alegações somente poderiam ser aceitas com a pertinente prova contábil.

Com referência a argüição de que não foi dado prazo para apresentação do livro (supostamente a empresa quis dizer do Livro Diário), a mesma também não merece

prosperar haja vista que os documentos, inclusive os contábeis e todos os livros pertinentes entre eles o Diário e/ou o Caixa, foram solicitados pela fiscalização através do Termo de Intimação para Apresentação dos Documentos — TIAD emitido em 07/01/2004.

No que tange a alegação do recorrente de inconstitucionalidade do Decreto 4032/91, de acordo com a Súmula n.º 2 aprovada pelo Conselho Pleno do 2º Conselho de Contribuintes não pode ser declarada a inconstitucionalidade de norma pela Administração.

Súmula N.º 2

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

No que tange a aplicabilidade da taxa Selic, o Plenário do 2º Conselho de Contribuintes aprovou a Súmula de n.º 3, nestas palavras:

Súmula N.º 3

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia – Selic para títulos federais

Não possui natureza de confisco a exigência da multa moratória, conforme prevê o art. 35 da Lei n.º 8.212/1991.

Não recolhendo na época própria o contribuinte tem que arcar com o ônus de seu inadimplemento. Se não houvesse tal exigência haveria violação ao princípio da isonomia, pois o contribuinte que não recolhera no prazo fixado teria tratamento similar àquele que cumprira em dia com suas obrigações fiscais.

O art. 35 da Lei n.º 8.212/1991 dispõe, nestas palavras:

Art. 35. Sobre as contribuições sociais em atraso, arrecadadas pelo INSS, incidirá multa de mora, que não poderá ser relevada, nos seguintes termos: (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99)

I - para pagamento, após o vencimento de obrigação não incluída em notificação fiscal de lançamento:

a) oito por cento, dentro do mês de vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) quatorze por cento, no mês seguinte; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) vinte por cento, a partir do segundo mês seguinte ao do vencimento da obrigação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

II - para pagamento de créditos incluídos em notificação fiscal de lançamento:

a) vinte e quatro por cento, em até quinze dias do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) trinta por cento, após o décimo quinto dia do recebimento da notificação; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) quarenta por cento, após apresentação de recurso desde que antecedido de defesa, sendo ambos tempestivos, até quinze dias da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cinquenta por cento, após o décimo quinto dia da ciência da decisão do Conselho de Recursos da Previdência Social - CRPS, enquanto não inscrito em Dívida Ativa; (Redação dada pela Lei nº 9.876/99).

III - para pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa:

a) sessenta por cento, quando não tenha sido objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

b) setenta por cento, se houve parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

c) oitenta por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito não foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

d) cem por cento, após o ajuizamento da execução fiscal, mesmo que o devedor ainda não tenha sido citado, se o crédito foi objeto de parcelamento; (Redação dada pelo art. 1º, da Lei nº 9.876/99).

§ 1º Nas hipóteses de parcelamento ou de reparcelamento, incidirá um acréscimo de vinte por cento sobre a multa de mora a que se refere o Caput e seus incisos. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 2º Se houver pagamento antecipado à vista, no todo ou em parte, do saldo devedor, o acréscimo previsto no parágrafo anterior não incidirá sobre a multa correspondente à parte do pagamento que se efetuar. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 3º O valor do pagamento parcial, antecipado, do saldo devedor de parcelamento ou do reparcelamento somente poderá ser utilizado para quitação de parcelas na ordem inversa do vencimento, sem prejuízo da que for devida no mês de competência em curso e sobre a qual incidirá sempre o acréscimo a que se refere o § 1º deste artigo. (Parágrafo acrescentado pela MP nº 1.571/97, reeditada até a conversão na Lei nº 9.528/97)

§ 4º Na hipótese de as contribuições terem sido declaradas no documento a que se refere o inciso IV do art. 32, ou quando se

tratar de empregador doméstico ou de empresa ou segurado dispensados de apresentar o citado documento, a multa de mora a que se refere o caput e seus incisos será reduzida em cinquenta por cento. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.876/99)

Por todo exposto, voto por **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

Adriana Sato - Relator