



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 30 / 05 / 08	
 Síma Alves de Oliveira Mat.: Sisaep 877862	

CC02/C06 Fls. 357
----------------------

**MINISTÉRIO DA FAZENDA  
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES  
SEXTA CÂMARA**

**Processo nº** 36624.008114/2005-21  
**Recurso nº** 141.443 Voluntário  
**Matéria** AFERIÇÃO INDIRETA  
**Acórdão nº** 206-00.856  
**Sessão de** 09 de maio de 2008  
**Recorrente** CLEAN MALL SERVIÇOS LTDA.  
**Recorrida** SECRETARIA DA RECEITA PREVIDENCIÁRIA - SÃO PAULO/SP - OESTE

**ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS**

Período de apuração: 01/01/1998 a 31/12/1998

**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.

**CONCOMITÂNCIA DISCUSSÃO ADMINISTRATIVA E JUDICIAL. DESISTÊNCIA VIA ADMINISTRATIVA.** A existência de discussão judicial de matéria idêntica a objeto de exame na esfera administrativa implica na desistência tácita deste último contencioso a propósito de referido tema, conforme preceitos contidos na Súmula 01 do Segundo Conselho de Contribuintes.

**NULIDADE. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. INOCORRÊNCIA.** Tendo o fiscal atuante 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.

**PAF. APRECIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO. IMPOSSIBILIDADE.** De conformidade com o artigo 49, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, c/c a Súmula nº 2, do 2º CC, às instâncias administrativas não compete apreciar questões de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, cabendo-lhes apenas dar

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, 30 / 12 / 08 Sílma Alves de Oliveira Mat.: Sape 877862
--

CC02/C06 Fls. 358
----------------------

fiel cumprimento à legislação vigente, por extrapolar os limites de sua competência.

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 não conhecer da preliminar de decadência; II) em rejeitar a preliminar de nulidade; e III) no mérito, em negar provimento ao recurso.



ELIAS SAMPAIO FREIRE

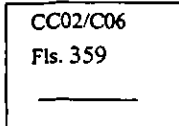
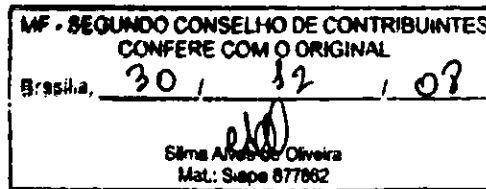
Presidente



RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA

Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Elaine Cristina Monteiro e Silva Viera, Rogério de Lellis Pinto, Bernadete de Oliveira Barros, Daniel Ayres Kalume Reis, Ana Maria Bandeira e Cleusa Vieira de Souza.



## Relatório

CLEAN MALL SERVIÇOS LTDA., contribuinte, já qualificada nos autos do processo administrativo em referência, recorre a este Conselho da decisão da então Secretaria da Receita Previdenciária em São Paulo/SP - Oeste, DN nº 21.003.0/0016/2005, que julgou procedente o lançamento fiscal referente as contribuições sociais devidas ao INSS pela notificada, 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, SESC, SENAC, INCRA e SEBRAE), incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados, apuradas por aferição indireta, com espeque no artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91, em relação ao período de 01/1998 a 12/1998, conforme Relatório Fiscal, às fls. 56/58.

Trata-se de Notificação Fiscal de Lançamento de Débito – NFLD, lavrada em 21/06/2005, contra a contribuinte acima identificada, constituindo-se crédito no valor de R\$ 1.156.000,52 (Um milhão, cento e cinquenta e seis mil reais e cinquenta e dois centavos).


De conformidade com o Relatório Fiscal, o crédito tributário exigido fora constituído por aferição indireta, nos termos do artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91, apurando-se a diferença da massa salarial a partir das informações constantes do CNIS, uma vez que a contribuinte não apresentou a documentação exigida pela fiscalização que seria capaz de comprovar o recolhimento ou determinar a base de cálculo das contribuições ora lançadas por arbitramento.

Inconformada com a Decisão recorrida, a contribuinte apresentou Recurso Voluntário, às fls. 293/317, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões.

Preliminarmente, pretende seja reconhecida a decadência pleiteada em sua impugnação, sob o argumento que a Lei nº 8.212/91 não poderia definir prazo decadencial diverso do estipulado no Código Tributário Nacional, de cinco anos, sob pena de incorrer em vício insanável de ilegalidade e inconstitucionalidade, ao conflitar com normatização de hierarquia superior, violando o artigo 146, III, “b”, da Constituição Federal, restando decaído o crédito previdenciário lançado fora do prazo decadencial de 05 (cinco) anos, nos moldes do artigo 150, § 4º, do CTN, sobretudo tratando-se de lançamento por homologação. Traz à colação jurisprudência corroborando seu entendimento.

Ainda em sede de preliminar, pugna pela decretação da nulidade do lançamento, aduzindo para tanto que o fiscal autuante, ao constituir o crédito previdenciário, mais precisamente no Relatório Fiscal, não logrou motivar/comprovar os fatos alegados de forma clara e precisa, contrariando o disposto no artigo 37 da Lei nº 8.212/91, c/c artigo 142 do CTN, em total preterição do direito de defesa da notificada.

Contrapõe-se à exigência fiscal consubstanciada na peça vestibular do feito, especialmente quanto ao arbitramento levado a efeito na constituição do crédito previdenciário, por entender que ser ilegal e desmotivada sua aplicação, eis que tomou por base valor único mensal da folha de pagamento extraído da RAIS, sem conquanto identificar os segurados beneficiários, mormente tratando-se de mera presunção.

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 30 / 12 / 08	
	
Sanna Aracy de Oliveira	
Mat: Sipe 877682	

CC02/C06
Fls. 360
_____

Insurge-se contra o crédito tributário em comento, alegando que para sua constituição deveria ter sido abatido as quantias já recolhidas pela contribuinte, sob pena de cobrança de tributos em duplicidade e, conseqüente, enriquecimento sem causa da Previdência

Inferre ser ilegal e inconstitucional a cobrança das contribuições destinadas ao SEBRAE, SESC E SENAC, por entender que a recorrente não se beneficia com autuação de referidas entidades, que aplicam seus recursos nas micro e pequenas empresas, razão pela qual a exigência daqueles tributos malfero o disposto nos artigos 195, 212 e 240, da CF, e 62 das Disposições Constitucionais Transitórias.

Opõe-se à contribuição previdenciária destinada ao INCRA, vindicando sua exclusão do presente lançamento, suscitando que referida exação afronta de forma flagrante a CF, especialmente por ser empresa urbana e inexistir dispositivo constitucional determinando a sua vinculação com outra categoria econômica (rural), sem qualquer benefício próprio.

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. 320/333, em defesa da decisão recorrida, propondo a sua manutenção.

Incluído na pauta do dia 26/07/2006, a Egrégia 4ª Caj do CRPS, ao analisar o recurso voluntário, por unanimidade de votos, achou por bem converter o julgamento em diligência, adotando as razões de decidir da ilustre então Relatora Cleusa Vieira e Souza, com o fito de oportunizar a contribuinte efetuar o depósito recursal, tendo em vista a concessão de efeito suspensivo no Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda Nacional, restabelecendo a obrigação a exigência da garantia de instância retromencionada.

Instada a se manifestar e promover o recolhimento do depósito recursal, conforme Ordem de Intimação e Aviso de Recebimento-AR, às fls. 345 e 353, respectivamente, a contribuinte assim não o fez, retornando os autos nessa oportunidade para julgamento.


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, em razão da inconstitucionalidade de referida exigência, declarada pelo STF, nos autos dos RE's nºs 389.383/SP e 390.513/SP, dentre outros, conheço do recurso e passo à análise das alegações recursais.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	CC02/C06
CONFERE COM O ORIGINAL	Fls. 361
Brasília, 30 / 12 / 08	
 Sérgio Antônio de Oliveira Mat.: Sape 877862	

### PRELIMINAR DE DECADÊNCIA

Preliminarmente, vindica a contribuinte seja acolhida a decadência de 05 (cinco) anos do artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, em detrimento do prazo decenal insculpido no art. 45, da Lei nº 8.212/91, por considerá-lo inconstitucional, restando maculada a exigência cujo fato gerador tenha ocorrido fora do prazo encimado, hipótese que se amolda ao presente caso.

Ocorre que, posteriormente à interposição do seu Recurso Voluntário, este Colegiado foi cientificado de decisão exarada nos autos da Ação Ordinária nº 2008.61.00.003723-0, em trâmite perante a 21ª Vara Cível Federal da Seção Judiciária do Estado de São Paulo, concedendo antecipação de tutela, "para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário formalizado na NFLD n. 35.765.127-8", em face a decadência acolhida naquele *decisum*.

Observe-se, assim, que há uma efetiva congruência entre os objetos do Recurso Voluntário da contribuinte e do processo judicial acostado aos autos nessa assentada, em relação à decadência. Com efeito, tanto na via administrativa quanto no Judiciário a recorrente pretende seja reconhecida a decadência do direito de lançar as contribuições previdenciárias ora exigidas, impondo o não conhecimento das razões recursais nesse sentido, em observância aos preceitos insertos na Sumula nº 01 do Segundo Conselho de Contribuintes, aprovada em 18 de Setembro de 2007, *in verbis*:

#### *"SÚMULA nº 1*

*Importa renúncia às instâncias administrativas a propositura pelo sujeito passivo de ação judicial por qualquer modalidade processual, antes ou depois do lançamento de ofício, com o mesmo objeto do processo administrativo."*


Nessa toada, não obstante compartilhar com as razões da recorrente a respeito da matéria, não podemos olvidar que a opção da contribuinte em discutir no Judiciário a decadência, torna defeso sua análise na via administrativa.

### PRELIMINAR NULIDADE LANÇAMENTO

Ainda preliminarmente, pretende a recorrente seja declarada a nulidade do feito, sob o argumento de que a autoridade lançadora não logrou motivar/fundamentar o ato administrativo do lançamento, de forma a explicitar clara e precisamente os motivos e dispositivos legais que embasaram a notificação, contrariando a legislação de regência, notadamente o artigo 37 da Lei nº 8.212/91, e bem assim os princípios da ampla defesa e do contraditório.

Em que pesem as substanciosas razões ofertadas pela contribuinte, seu inconformismo, contudo, não tem o condão de prosperar. Do exame dos elementos que instruem o processo, conclui-se que a decisão recorrida, apresenta-se incensurável, devendo ser mantida em sua plenitude.



MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	30 / 12 / 08
	
Sama Alves de Oliveira	
Mat.: Sape 877862	

CC02/C06
Fls. 362
_____

De fato, o ato administrativo deve ser fundamentado, indicando a autoridade competente, de forma explícita e clara, os fatos e dispositivos legais que lhe deram suporte, de maneira a oportunizar ao contribuinte o pleno exercício do seu consagrado direito de defesa e contraditório, sob pena de nulidade.

E foi precisamente o que aconteceu com o presente lançamento. A simples leitura do anexo “Fundamentos Legais do Débito – FLD”, às fls. 44/46, e Relatório Fiscal da Notificação, não deixa margem de dúvida recomendando a manutenção da NFLD.

Consoante se positiva dos anexos encimados, a fiscalização ao promover o lançamento demonstrou de forma clara e precisa os fatos que lhe fundamentaram, ou melhor, os fatos geradores das contribuições previdenciárias ora exigidas, não se cogitando na nulidade do procedimento.

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.

### DO ARBITRAMENTO

Em suas razões recursais, pretende a contribuinte seja decretada a insubsistência do lançamento, sob o argumento de fundar-se em simples presunções, afrontando os princípios do devido processo legal e da verdade real ou material, uma vez que não poderia ter sido utilizado o instituto da aferição indireta a partir da massa salarial constantes da RAIS, sobretudo quando sequer houve a indicação dos segurados beneficiários, cerceando o direito de defesa da contribuinte.

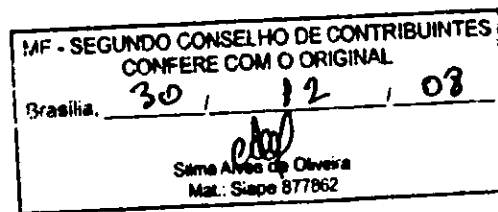
Aduz, ainda, que a autoridade lançadora não logrou comprovar suas alegações, na forma que exige a legislação previdenciária, sendo o lançamento fundado exclusivamente em presunções, não merecendo, assim, ser mantido.

Não obstante o esforço da contribuinte, suas alegações, contudo, não têm o condão de macular a exigência fiscal consagrada pelo lançamento, conforme passaremos a demonstrar, senão vejamos.

Com efeito, é obrigação dos contribuintes a manutenção da escrita contábil de forma regular, de modo a fazer prova contra ou a seu favor. Na hipótese dos autos, consoante se infere dos elementos que instruem o processo, a fiscalização intimou a notificada para apresentar os documentos constantes dos TIAD's, às fls. 52/53, relativos ao período fiscalizado, bem como demais documentos contábeis que serviriam para compor a base de cálculo das contribuições ora lançadas por arbitramento ou elidir a obrigação da contribuinte, não tendo esta fornecido ao fisco referida documentação.

Dessa forma, não restou outra alternativa ao fiscal autuante senão promover o lançamento por aferição indireta, agindo da melhor forma, com estrita observância da legislação de regência, mormente com relação ao artigo 33, § 3º, da Lei nº 8.212/91, que assim preceituam:





*“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. (Redação alterada pela Lei n.º 10.256/01).*

[...].

*§ 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.”*

Conforme se depreende dos dispositivos legais encimados, bem como dos elementos constantes dos autos, de fato, o presente lançamento decorre de presunção. No entanto, trata-se de presunção legal – *juris*, que desdobra-se, ensinam os doutrinadores, em presunções *“juris et de jure”* e *“juris tantum”*. As primeiras não admitem prova em contrário são verdades indiscutíveis por força de lei.

Por sua vez, as presunções *“juris tantum”* (presunções discutíveis), fato conhecido induz à veracidade de outro, até a prova em contrário. Elas recuam diante da comprovação contrária ao presumido. Serve de bom exemplo a presunção de liquidez certa da dívida inscrita, que pode ser ilidida por prova inequívoca. (CTN, art. 204 e parágrafo único).

Na hipótese vertente, consoante se infere do Relatório Fiscal, a autoridade lançadora ao promover o lançamento, imputou devidas as contribuições ora lançadas, apuradas por aferição indireta, com espeque no artigo 33, § 3º, da Lei n.º 8.212/91, cabendo ao contribuinte o ônus da prova em contrário, por tratar-se de *presunção juris tantum*, albergada por lei, mas passível de comprovação do contrário presumido. A recorrente assim não procedendo com documentos hábeis e idôneos, é de se manter o lançamento na forma da peça vestibular do feito, não havendo que se falar em afronta aos princípios do devido processo legal e da verdade material ou real.

Observe-se, que a contribuinte em seu Recurso Voluntário, a exemplo das fases anteriores do processo administrativo, não apresentou nenhuma documentação capaz de comprovar que os valores lançados não condizem com a verdade.

Mais a mais, tratando-se de matéria de fato, caberia a contribuinte ao ofertar a sua defesa produzir a prova em contrário através de documentação hábil e idônea, mormente tratando-se de lançamento por arbitramento. Não o tendo feito, é de se manter o lançamento.

Sustenta, ainda, a recorrente que a fiscalização ao promover o lançamento deveria ter considerado as contribuições previdenciárias já devidamente recolhidas pela contribuinte, as quais, inclusive, foram objeto de outras notificações, sob pena de duplicidade

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL		CC02/C06
Brasília, 30, 12, 08		Fls. 364
Sílvia Alves de Oliveira Mat.: Scape 877662		

de cobrança de tributos e enriquecimento sem causa do INSS, argumento que, mais uma vez, não é capaz de rechaçar a pretensão fiscal.

Ao contrário do que aduz a recorrente, ao lançar o crédito previdenciário *sub examine*, a fiscalização considerou devidamente as contribuições comprovadamente recolhidas pela contribuinte, bem como as objeto de outros lançamentos, conforme faz certo o Relatório Fiscal, mais precisamente nos itens 3.2, 3.3 e 3.4, às fls. 57, não prosperando a alegação supracitada.

DA APRECIÇÃO DE QUESTÕES DE  
INCONSTITUCIONALIDADES/ILEGALIDADES NA ESFERA  
ADMINISTRATIVA.

Relativamente ao inconformismo à cobrança das contribuições destinadas a Terceiros (SESC/SENAC/SEBRAE/INCRA/Salário Educação), além da exigência de tais tributos encontrar respaldo na legislação previdenciária, cumpre esclarecer, no que tange a declaração de ilegalidade ou inconstitucionalidade, que não compete aos órgãos julgadores da Administração Pública exercer o controle de constitucionalidade de normas legais.

Note-se, que o escopo do processo administrativo fiscal é verificar a regularidade/legalidade do lançamento à vista da legislação de regência, e não das normas vigentes frente à Constituição Federal. Essa tarefa é de competência privativa do Poder Judiciário.

A própria Portaria MF nº 147/2007, que aprovou o Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes do Ministério da Fazenda, é por demais enfática neste sentido, impossibilitando o afastamento de leis, decretos, atos normativos, dentre outros, a pretexto de inconstitucionalidade ou ilegalidade, nos seguintes termos:

*"Art. 49. 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. [...]."*

Observe-se, que somente na hipóteses contempladas no parágrafo único e incisos do dispositivo legal encimado poderá ser afastada a aplicação da legislação de regência, o que não se vislumbra no presente caso.

A corroborar esse entendimento, a Sumula nº 02, do 2º Conselho de Contribuintes, aprovada na Sessão Plenária de 18 de setembro de 2007, assim estabelece:

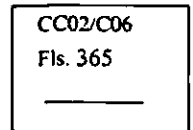
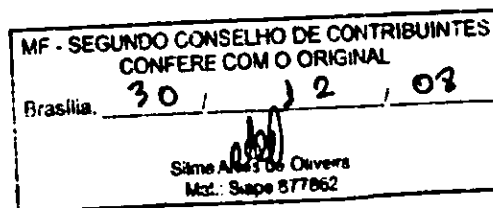
*"O Segundo Conselho de Contribuintes não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de legislação tributária."*

E, segundo o artigo 53, do Regimento Interno dos Conselhos de Contribuintes, as Súmulas, que são o resultado de decisões unânimes, reiteradas e uniformes, serão de aplicação obrigatória pelo respectivo Conselho.

Finalmente, o artigo 102, I, "a" da Constituição Federal, não deixa dúvida a propósito da discussão sobre inconstitucionalidade, que deve ser debatida na esfera do Poder Judiciário, senão vejamos:







*"Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:*

*I – processar e julgar, originariamente:*

*a) a ação direta de inconstitucionalidade de Lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de Lei ou ato normativo federal;*

*[...]."*

Dessa forma, não há como se acolher a pretensão da contribuinte, também em relação a ilegalidade e inconstitucionalidade de normas ou atos normativos que fundamentaram o presente lançamento.

No que tange às demais alegações das contribuintes, não merece aqui tecer maiores considerações, uma vez não serem capazes de ensejar a reforma da decisão recorrida, especialmente quando desprovidos de qualquer amparo legal ou fático, bem como já devidamente debatidas e refutadas pelo julgador de primeira.

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 *onus 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 09 de maio de 2008

  
RYCARDO HENRIQUE MAGALHÃES DE OLIVEIRA