



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

Processo n° 44021.000273/2007-66
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2402-002.999 – 4ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 14 de agosto de 2012
Matéria ARBITRAMENTO
Recorrente POLICOLOR PINTURAS EM EDIFICACOES LTDA - EPP
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2005

AI. NORMAS LEGAIS PARA SUA LAVRATURA. OBSERVÂNCIA. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. Não se caracteriza o cerceamento do direito de defesa quando o fiscal efetua o lançamento em observância ao art. 142 do CTN, demonstrando a contento todos os fundamentos de fato e de direito em que se sustenta o lançamento efetuado, garantindo ao contribuinte o seu pleno exercício ao direito de defesa.

CUSTEIO. LANÇAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. JUSTIFICATIVA. FALTA DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTAÇÃO CONTÁBIL. LIVROS FISCAIS E DE REGISTROS DE EMPREGADOS, ALÉM DE OUTROS DOCUMENTOS. LEGALIDADE DO PROCEDIMENTO. Nos termos do art. 33, 3º da Lei 8.212/91, o lançamento mediante a adoção do procedimento de aferição indireta está justificado quando o contribuinte deixa de apresentar documentação requerida pela fiscalização que a impeça de apurar corretamente o cumprimento das obrigações previdenciárias a seu cargo.

MULTA. CONFISCO. INCONSTITUCIONALIDADE. Não cabe ao CARF a análise de inconstitucionalidade da Legislação Tributária.

Recurso Voluntário Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

Julio César Vieira Gomes - Presidente

Lourenço Ferreira do Prado - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Júlio César Vieira Gomes, Ana Maria Bandeira, Lourenço Ferreira do Prado, Ronaldo de Lima Macedo, Nereu Miguel Ribeiro Domingues e Thiago Taborda Simões.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por POLICOLOR PINTURAS LTDA, em face de acórdão que manteve parcialmente o Auto de Infração n. 37.075.748-3, lavrado para a cobrança de contribuições previdenciárias devidas pela empresa ao Fundo de Previdência e Assistência Social - FPAS e a Terceiros (Salário Educação: 2,5%; Inca: 0,2%; Senai: 1,0%; Sesi: 1,5% e Sebrae: 0,6%) e de segurados empregados. Nela também estão incluídas as parcelas devidas para o custeio do Seguro de Acidentes do Trabalho - SAT /RAT (benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa, decorrentes dos riscos ambientais de trabalho), além de valores correspondentes às retiradas de pró-labore.

O lançamento compreende o período de 01/1997 a 13/2005, tendo sido o contribuinte cientificado em 24/04/2007 (fls. 01).

Consta do relatório fiscal que a recorrente deixou de apresentar à fiscalização a documentação contábil, contratos de prestação de serviços celebrados com seus respectivos tomadores, entre outros documentos, fato este que ensejou a lavratura do respectivo Auto de Infração Debcad n. 37.045.546-0, procedendo à aferição indireta com base nas notas fiscais faturas aplicando o percentual de 40% sobre o valor das mesmas, deduzindo-se deste o valor constante e apurado nas folhas de pagamento, que foi objeto na lavratura das NFLDs Notificações Fiscais de Lançamentos de Débitos Debcads ns. 37.075.745-9 (rubrica segurados) e 37.075.746-7 (demais rubricas exceto segurados). Para a apuração do valor referente ao 13º salário procedeu-se à média dos meses de cada exercício.

Nas competências 11.2000 e 07.2003, valeu-se a fiscalização dos valores constantes na Tela CNIS - Cadastro Nacional de Informações Sociais - Totais de Vínculos e Massa Salarial - RAIS, para compor o salário de contribuição para as competências em questão, deduzindo-se daqueles o constante na folha de pagamento

Apontou o fiscal que relativamente à aferição do valor do pró-labore, este foi feito com base na DIRPJ -Declaração do Imposto de Renda Pessoa Jurídica 1999 e 2006 ano calendário 1998 e 2005, dividindo-se o valor constante nos mesmos que é de R\$ 21.000,00 e R\$ 164.703,68, respectivamente, por 12 meses, abatendo-se do resultado o que foi declarado na GFIP e/ou folhas de pagamento.

Diante dos argumentos defesa apresentados em impugnação, às fls. 307 foi determinada a realização de diligência para que fosse apurado se a relação de notas fiscais apresentadas pelo contribuinte, a partir de fevereiro de 1999, continham valores das retenções de 11% (onze por cento) que deveriam ter sido compensados em suas contribuições a pagar.

Sobreveio resposta no sentido de que a relação de notas fiscais apresentadas pela recorrente referiam-se a notas canceladas e notas nas quais apenas se especificava o fornecimento de materiais, motivo pelo qual restou mantido incólume o lançamento.

A recorrente fora intimada do resultado da diligência e, via de consequência, fora proferido acórdão (fls.419) que entendeu por acatar a decadência de parte do crédito, de acordo com o disposto no art. 150, 4º do CTN.

Em continuidade ao processo administrativo, o contribuinte foi intimado a do v. acórdão recorrido, contra o qual interpôs o competente recurso voluntário, através do qual sustenta:

1. que o procedimento de arbitramento não é justificado, na medida em que, somente é admitido em casos excepcionalíssimos, quando a fiscalização não detém condições de aferir o cumprimento das obrigações tributárias;
2. que a documentação solicitada foi franqueada à fiscalização e ficou a todo momento a seu dispor;
3. que os documentos apresentados foram suficientes à fiscalização, que de sua análise levou a efeito de outras 04 NFLD's;
4. que os lançamentos efetuados nos autos da presente NFLD foram duplamente autuados, tendo sido lançados nos autos das demais NFLD's
5. que houve o cerceamento de seu direito de defesa, uma vez que não lhe foram apresentados o DAD e demais anexos do Auto de Infração, bem como o mesmo carece de motivação, clareza e objetividade;
6. que possui créditos que deveriam ter sido compensados com os valores lançados, em decorrência da retenção de 11% sobre as notas fiscais de prestação de serviço mediante a cessão de mão-de-obra;
7. que a multa aplicada possui caráter confiscatório;

Processado o recurso sem contrarrazões da Procuradoria da Fazenda Nacional, subiram os autos a este Eg. Conselho.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Lourenço Ferreira do Prado, Relator

CONHECIMENTO

Tempestivo o recurso e presentes os demais pressupostos de admissibilidade, dele conheço.

PRELIMINARES

Quanto ao pedido para o reconhecimento da nulidade do Auto de Infração, tenho que o mesmo mereça ser rejeitado.

Nada mais fez a fiscalização do que aplicar ao caso em concreto a legislação pertinente, atribuindo à recorrente, a responsabilidade pelo pagamento de contribuições previdenciárias por ela não adimplidas, levando a efeito simplesmente aquilo que determinado pela Lei 8.212/91. Assim, uma vez que não houve qualquer transgressão a norma legal em vigor, não há que se reconhecer a nulidade do lançamento.

Logo, ao que se depreende do relatório fiscal, verifica-se ter sido observado o que disposto no art. 142 do CTN a seguir:

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.

Da análise do relatório fiscal, verifica-se que este veio devidamente acompanhado de todos os anexos do Auto de Infração, sendo dele parte integrante, quando se percebe que todos foram concebidos em total observância às disposições do art. 142 do CTN e 37 da Lei n. 8.212/91, na medida em que todos os fundamentos de fato e de direito que ensejaram a lavratura do Auto restaram devidamente demonstrados, o que proporcionou e garantiu ao contribuinte a clara e inequívoca ciência e materialização da ocorrência do fato gerador e dos valores não recolhidos das contribuições sociais devidas, conforme também restou decidido pelo acórdão de primeira instância.

Ademais, quanto a decadência, nada a prover, tendo em vista que o v.acórdão de primeira instância já a reconheceu com base no art. 150, 4º do CTN.

Assim, rejeito as preliminares.

MÉRITO

Melhor sorte não aufere o recurso voluntário.

Primeiramente insurge-se quanto a impossibilidade da adoção do procedimento de lançamento por meio da aferição indireta.

E aduz tal fato por ter franqueado à fiscalização toda a documentação que lhe foi requerida por meio de TIAD, deixando-a à disposição em sua sede, por ser muito volumosa.

Conforme já relatado, a não apresentação dos documentos que ensejaram o procedimento de aferição indireta foi objeto do Auto de Infração n. 37.045.546-0, processo administrativo n. 44021.000267/2007-17, julgado também nesta assentada, o qual restou assim ementado:

Assunto: Obrigações Acessórias

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/12/2006

Ementa: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ACÓRDÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. O mero descontentamento com os fundamentos de decidir do v. acórdão de primeira instância, por si só, não possui o condão de caracterizar cerceamento do direito de defesa da recorrente ou mesmo que este tenha decidido de forma desmotivada apta a justificar a sua anulação.

AUTO DE INFRAÇÃO. NÃO APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS. PEDIDO DE RELEVAÇÃO DA MULTA. AFASTAMENTO. O pedido de relevação da multa aplicada deve ser precedido da prova inequívoca do preenchimento dos requisitos constantes no art. 291 do Decreto 3.048/99. Uma vez que a recorrente sequer demonstrou nos autos um início de prova acerca da mera existência dos documentos que deixaram de ser apresentados à fiscalização, o pedido deve ser afastado já que não fora comprovada a correção da falta.

Recurso Voluntário Negado. Alegada existência de créditos que deveriam ser compensados já fora exaustivamente analisada seja pelo fiscal autuante, seja pelo próprio acórdão de primeira instância.

No julgamento de referido processo, de fato, restou configurado que a recorrente deixou de apresentar parte da documentação que lhe foi requerida pela fiscalização, quais sejam, os livros diários/razões, plano de contas e ou livros caixas; recibos de aviso prévio e férias, recibos de rescisão de contrato de trabalho; registro de empregados e os contratos de prestação de serviços celebrados com os tomadores.

Diante de tal fato, viu-se a fiscalização impossibilitada de realmente aferir ao certo, o devido cumprimento acerca do cumprimento das obrigações previdenciárias a cargo da recorrente, passando, apenas a agir da forma como preconizada pelo art. 33, § 3º da Lei 8.212/91, a seguir:

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 dada pela Lei nº 10.256, de 2001).

§ 1º É prerrogativa do Instituto Nacional do Seguro Social-INSS e do Departamento da Receita Federal-DRF o exame da contabilidade da empresa, não prevalecendo para esse efeito o disposto nos arts. 17 e 18 do Código Comercial, ficando obrigados a empresa e o segurado a prestar todos os esclarecimentos e informações solicitados.

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventuário da Justiça, o síndico ou seu representante, o comissário e o liquidante de empresa em liquidação judicial ou extrajudicial são obrigados a exhibir todos os documentos e livros relacionados com as contribuições previstas nesta Lei.

§ 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.

§ 4º Na falta de prova regular e formalizada, o montante dos salários pagos pela execução de obra de construção civil pode ser obtido mediante cálculo da mão-de-obra empregada, proporcional à área construída e ao padrão de execução da obra, cabendo ao proprietário, dono da obra, condômino da unidade imobiliária ou empresa co-responsável o ônus da prova em contrário.

A meu ver, está plenamente justificado o procedimento de aferição indireta, uma vez que, a toda evidência, a recorrente deixou de apresentar uma gama de documentos essenciais à verificação do cumprimento das obrigações tributárias, o que a meu ver destoa de mera irregularidade na documentação, para fins de fundamentação do procedimento de aferição indireta das contribuições previdenciárias.

Ademais, mesmo que tenham sido aprestandos outros documentos, que geraram o lançamento de outros Auto de Infração, estes decorrentes do cruzamento de informações constantes em GFIP e folhas de pagamentos, há de se perceber dos autos que a fiscalização agiu corretamente, pois lançou aquilo o que podia com base nas informações prestadas pela recorrente, levando a efeito a aferição indireta pela verificação da falta de documentação contábil, que de deixou de ser apresentada pela recorrente. Não obstante, os valores lançados nos demais Autos de Infração de Obrigações principais em desfavor da recorrente foram abatidos do presente lançamento, de sorte a evitar-se a bitributação.

Logo, tenho por justificada a adoção do procedimento de aferição indireta.

Quanto ao pedido de reconhecimento de créditos em favor da recorrente, também o tenho por descabido.

Numa primeira oportunidade, quando da realização da diligência fiscal, restou claro que a relação de notas fiscais nas quais sustentou o recorrente ter havido retenção não merecia prosperar. Isso porque comprovou-se, mediante a juntada de tais notas no processo, que elas ou estariam canceladas, se referiam ao fornecimento de materiais, eram de pessoas físicas ou mesmo que, nelas constando a retenção de 11%, os sistemas informatizados da receita não apontam a existência do respectivo recolhimento.

Logo, os autos demonstram claramente, que não há qualquer crédito a ser reconhecido à recorrente e que pudesse vir a ser compensado do lançamento do crédito tributário objeto do presente Auto de Infração.

A propósito, transcrevo interessante excerto do voto condutor do v. acórdão de primeira instância (fls. 298):

“Em consulta realizada nos sistemas informatizados da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), não encontrei os recolhimentos das retenções. Por conseguinte, a impugnante pretende se apropriar de créditos decorrentes retenções indevidamente realizadas, as quais não foram sequer recolhidas, que resultam em evidente prejuízo ao órgão fiscalizador. Desconheço norma tributária vigente que autorize o acolhimento da tese da impugnante, a qual lhe é descabidamente benevolente.”

Não obstante, cumpre apontar que a própria recorrente juntou aos autos comprovantes de pagamento que alega serem relativos aos valores lançados no presente auto de Infração.

No mais, no que se refere as argumentações recursais sobre o caráter confiscatório da multa, bem com de sua desproporcionalidade, a irrisignação não pode ser analisada por este Conselho, em respeito a competência privativa do Poder Judiciário, já que, o afastamento da aplicação da Legislação referente as contribuições, indubitavelmente, ensejaria o reconhecimento de inconstitucionalidade de lei em vigor, conforme previsto nos artigos 97 e 102, I, "a" e III, "b" da Constituição Federal, o que é vedado a este Eg. Conselho.

Sobre o tema, o CARF consolidou referido entendimento por meio do enunciado da Súmula n. 02, a seguir:

“Súmula CARF nº 2: O CARF não é competente para se pronunciar sobre a inconstitucionalidade de lei tributária

Processo nº 44021.000273/2007-66
Acórdão n.º **2402-002.999**

S2-C4T2
Fl. 489

Ante todo o exposto, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO** ao recurso.

É como voto.

Lourenço Ferreira do Prado

CÓPIA