



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

Processo nº 10120.000974/2010-61
Recurso nº 000.000 Voluntário
Acórdão nº 2401-02.056 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2011
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente SOCIEDADE DE EDUCAÇÃO E CULTURA DE GOIANIA □ □
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

PAGAMENTOS “EXTRA FOLHA”.COMPROVAÇÃO. OCORRÊNCIA DE FATO GERADOR DE CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS.

Ao provar que a empresa pagava remunerações a seus empregados, sem que tais valores fossem objeto de declaração ao Fisco e registro contábil, a Auditoria cumpriu o seu mister de demonstrar a ocorrência dos fatos geradores correspondentes a esses pagamentos.

REMUNERAÇÃO CONSTANTE EM RECIBOS DE PAGAMENTO. AFERIÇÃO INDIRETA. INEXISTÊNCIA.

Não se caracteriza a aferição indireta do salário-de-contribuição quando o mesmo é obtido de documentos comprobatórios de pagamento de remuneração, no presente caso, recibos e extratos bancários.

BIS IN IDEM. APURAÇÃO DAS CONTRIBUIÇÕES INCIDENTES SOBRE AS PARCELAS SALARIAIS NÃO DECLARADAS EM GFIP. INEXISTÊNCIA.

No crédito em questão foram apuradas as contribuições incidentes sobre remunerações não declaradas em GFIP, assim não há duplicidade de cobrança, uma vez que em relação a tais parcelas não houve qualquer recolhimento de contribuições. Todavia, não se admite qualquer apuração por arbitramento para esses fatos geradores, uma vez que os valores exigidos foram calculados diretamente dos documentos analisados pelo Fisco.

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

REUNIÃO DE PROCESSOS PARA JULGAMENTO CONJUNTO. INEXISTÊNCIA NO PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL DE NORMA OBRIGANDO TAL PROCEDIMENTO.

Inexiste no âmbito do Processo Administrativo Fiscal Federal norma que torne obrigatório o julgamento conjunto de processos lavrados contra o mesmo contribuinte, ainda que guardem relação de conexão, quando há elementos que permitam o julgamento em separado.

PROCEDIMENTO FISCAL. NATUREZA INQUISITÓRIA. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. INAPLICABILIDADE.

O procedimento fiscal possui característica inquisitória, não sendo cabível, nessa fase, a observância do contraditório, que só se estabelecerá depois de concretizado o lançamento.

RELATÓRIO FISCAL QUE RELATA A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR, APRESENTA A FUNDAMENTAÇÃO LEGAL DO TRIBUTO LANÇADO E ENFOCA A APURAÇÃO DA MATÉRIA TRIBUTÁVEL. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se vislumbra cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, quando as peças que compõem o lançamento lhe fornecem os elementos necessários ao pleno exercício da faculdade de impugnar a exigência.

DECISÃO ADMINISTRATIVA QUE ENFRENTA TODOS OS PONTOS DA IMPUGNAÇÃO E CARREGA A MOTIVAÇÃO SUFICIENTE AO EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA DO SUJEITO PASSIVO CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

Não se vislumbra cerceamento ao direito de defesa do sujeito passivo, quando o órgão julgador enfrenta todas as alegações suscitadas por esse e traz a motivação necessária ao exercício do pleno direito de defesa do administrado.

REQUERIMENTO DE PERÍCIA/DILIGÊNCIA. PRESCINDIBILIDADE PARA SOLUÇÃO DA LIDE. INDEFERIMENTO.

Será indeferido o requerimento de perícia técnica/diligência quando esta não se mostrar útil para a solução da lide.

ASSUNTO: NORMAS DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/12/2006

INDICAÇÃO DOS MOTIVOS PARA SELEÇÃO DE EMPRESA A SER SUBMETIDA A PROCEDIMENTO FISCAL. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA.

Os procedimentos fiscais, em geral, tem por finalidade averiguar a regularidade do sujeito passivo quanto ao cumprimento de suas obrigações tributárias, não sendo obrigatório à Administração Tributária justificar os motivos que a levaram a selecionar determinado contribuinte a ser submetido a ação fiscal.

DESENVOLVIMENTO DOS TRABALHOS FISCAIS NA SEDE DA EMPRESA FISCALIZADA. OBRIGATORIEDADE. INEXISTÊNCIA.

Inexiste norma que obrigue o Fisco a desenvolver os trabalhos de auditoria necessariamente em estabelecimento do sujeito passivo.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Processo nº 10120.000974/2010-61
Acórdão n.º **2401-02.056**

S2-C4T1
Fl. 373

ACORDAM os membros do colegiado, por unanimidade de votos: I) afastar as preliminares suscitadas; II) indeferir o pedido de perícia técnica/diligência; e III) no mérito, negar provimento ao recurso.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Kleber Ferreira de Araújo - Relator

Participaram do presente julgamento o(a)s Conselheiro(a)s Elias Sampaio Freire, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

Relatório

O lançamento

O presente processo administrativo-fiscal refere-se ao Auto de Infração n.º 37.257.411-4, no qual foram lançadas contra o sujeito passivo acima identificado as contribuições da empresa para outras entidades e fundos (terceiros).

O crédito, com data de consolidação em 29/01/2010, assumiu o montante de R\$ 18.297,75 (dezoito mil, duzentos e noventa e sete reais e setenta e cinco centavos).

De acordo com o Relatório Fiscal, os fatos geradores que deram ensejo ao lançamento foram os pagamentos efetuados a segurados empregados a serviço da empresa no período de 01/2005 a 12/2006.

Afirma-se que a base de cálculo foi obtida de recibos e extratos bancários constantes em processos trabalhistas, os quais não constavam nos registros contábeis, nem nas folhas de pagamento, tampouco na declaração prestada na Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social – GFIP.

O Auditor Fiscal relata que a empresa costumeiramente efetuava pagamentos aos seus empregados, sem registrar as quantias em folha de pagamento. Esses desembolsos davam-se mediante depósitos em contas bancárias dos beneficiários. Tal constatação foi verificada a partir da análise de vários processos trabalhistas, os quais foram listados no Relatório.

Salienta-se que as reclamações trabalhistas evidenciam que a prática de efetuar pagamentos “por fora” era extensiva a todos os empregados da instituição autuada.

O Fisco dá conta também da existência de ação cautelar de busca e apreensão tramitando na Justiça Comum, a qual foi proposta por JOÃO RODRIGUES DE PAULA e OUTROS em face de AGOSTINHO S. PEDROSA e CONTAC CONTABILIDADE S/S LTDA.

Registra-se ainda que na referida ação se postula a exclusão do sócio ALEX MARCÓRIO SANTIAGO, por gestão fraudulenta e transferência de bens.

Segundo a Auditoria, ficou demonstrado nos autos do referido processo que recursos da empresa eram desviados para contas de outras pessoas jurídicas. Tal constatação foi corroborada em pesquisa efetuada pelo Fisco, na qual se evidencia que pagamentos de mensalidades escolares eram direcionados para outras empresas.

A Autoridade Fiscal apresenta ainda dados que revelam a existência de ligação entre as empresas receptoras dos recursos supostamente desviados da recorrente com sócios e empregados da mesma. Foram ainda mencionadas diversas irregularidades, a exemplo da transferência de recursos da empresa autuada para empresa já encerrada.

Outro fato destacado é a realização de seqüestro pela Justiça do Trabalho de valores da conta corrente bancária de empresa que supostamente recebia transferências de recursos da recorrente para quitar dívida trabalhista dessa.

Apresentou-se ainda estudo comparativo entre a receita estimada da empresa, conforme pesquisa efetuada no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira/Ministério de Educação e Cultura, a qual demonstraria que o faturamento contabilizado é muito inferior ao que efetivamente foi realizado pela recorrente.

O Fisco apontou ainda inconsistências entre valores contabilizados de distribuição de lucros e os valores lançados na Declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física – DIPJ do principal acionista da empresa autuada.

Ao final, concluiu a Auditoria que os fatos narrados seriam suficientes a comprovar que a contabilidade da recorrente não reflete a realidade de sua situação econômico-financeira.

A auditoria menciona ainda que, para todos os fatos geradores aplicou-se a multa mais benéfica considerando a alteração legislativa promovida pela MP nº 449/2008, posteriormente convertida na Lei nº 11.941/2009.

A decisão recorrida

A Delegacia de Julgamento – DRJ em Brasília declarou improcedente a impugnação, mantendo integralmente o crédito.

O recurso voluntário

Irresignado, o sujeito passivo interpôs recurso voluntário no prazo legal, alegando, em apertada síntese, que:

- a) o recurso é tempestivo;
- b) todos os recursos relativos aos lançamentos efetuados na ação fiscal que deu ensejo ao presente AI devem ser julgados conjuntamente, em razão da conexão que os vincula;
- c) a empresa sempre cumpriu com suas obrigações previdenciárias e trabalhistas, prova disso é que contratou um dos mais conceituados escritórios de contabilidade do Estado de Goiás;
- d) não ficou esclarecido qual motivo levou a RFB a iniciar o procedimento fiscal que culminou com a lavratura questionada;
- e) há uma ação judicial envolvendo a recorrente, ajuizada para evitar que um sócio com poderes de gestão, mediante práticas criminosas, pudesse se apropriar indevidamente do controle da mesma;
- f) tem-se a impressão que o procedimento fiscal foi iniciado a partir de denúncias relacionadas à referida ação judicial;
- g) os autos lavrados na ação fiscal são de um todo absurdos e improcedentes, posto que a empresa sempre cumpriu com suas obrigações tributárias;
- h) as solicitações da Auditoria Fiscal sempre foram prontamente atendidas pela recorrente;

- i) com as autuações foram carreados ao processo inúmeros documentos, esses até então desconhecidos pela empresa;
- j) dentre os processos trabalhistas mencionados pela Fiscalização, verifica-se a existência de um do ano de 2003, portanto, fora do período fiscalizado;
- k) conforme a melhor doutrina, o lançamento deve ser efetuado em conformidade com o art. 142 do CTN, não sendo possível o Fisco extrapolar os limites legais;
- l) devem ser observados os princípios da legalidade, da objetividade da ação fiscal, da audiência do interessado e da instrução probatória ampla;
- m) a coleta de documentos e a investigação levada a cabo durante o procedimento fiscal deve ser notificada ao fiscalizado, sob pena de invalidação do trabalho da Auditoria;
- n) a empresa desconhece a maneira como foram feitas diligências em outros órgãos e até mesmo junto a pessoas físicas;
- o) a descrição do fato gerador presente no Relatório Fiscal não guarda relação com o que prescreve às normas aplicáveis, pois o Fisco não demonstrou a existência da prestação de serviços, quando a mesma ocorreu e quanto foi o montante envolvido;
- p) a Auditoria Fiscal ateve-se mais a questão da coerência dos registros contábeis de que a efetiva ocorrência da hipótese de incidência tributária;
- q) uma vez que as declarações prestadas pela empresa refletem a realidade dos fatos por ela praticados, descabe o procedimento de aferição indireta da matéria tributável;
- r) o arbitramento utilizado para obter o valor da remuneração paga aos empregados da recorrente não guarda nenhuma coerência técnica;
- s) o lançamento do tributo foi realizado pelo contribuinte, mediante declaração em GFIP, não sendo possível que seja alterado sem que o Fisco demonstre a ocorrência de irregularidades;
- t) meros erros nos registros contábeis, não autorizam a desconsideração de toda a contabilidade e o arbitramento do tributo, ainda mais que a sua escrita foi elaborada em obediência aos Princípios Fundamentais de Contabilidade;
- u) o valor da hora/aula encontrado nos documentos mencionados pelo Fisco está em conformidade com o valor estabelecido em convenção coletiva;
- v) o fato da empresa ter firmado acordo, perante a Justiça do Trabalho, com seus ex-empregados não pode ser tomado como confissão de culpa, uma vez que esse instrumento de conciliação tem larga utilização em processos judiciais, em especial nos Tribunais Trabalhistas;
- w) a análise da documentação deveria ter sido realizada nas dependências da empresa, como manda a boa técnica de auditoria, evitando-se assim conclusões errôneas, dissociadas da realidade administrativa da recorrente;
- x) não pode ser aplicada a aferição indireta se existe a possibilidade de se verificar a base de cálculo pelas folhas de pagamento, GFIP e contabilidade;

y) a Auditoria não determinou o momento em que se materializa o fato gerador da obrigação tributária;

z) se houve o lançamento das contribuições por arbitramento não poderia haver na mesma ação fiscal outros lançamentos decorrentes de divergências de GFIP, de glosa de compensações, de diferenças de segurados, sob pena de se recair em *bis in idem*;

a1) uma vez arbitrados os valores e descontadas as quantias recolhidas, descabe qualquer outro lançamento complementar;

b1) o Fisco desrespeitou o princípio da verdade material, uma vez que não comprovou a ocorrência do fato gerador, não confirmou sua materialidade com base em documentos idôneos, tendo a Auditoria tomado como base apenas em registros secundários, informações obtidas unilateralmente e sem o formalismo exigido para que o ato de investigação pudesse produzir efeito;

c1) é obrigação dos agentes da Administração Tributária investigar e demonstrar cabalmente a ocorrência do fato jurídico tributário, somente se podendo inverter o ônus da prova nos casos expressamente previstos em lei, o que não se aplica à situação sob enfoque;

d1) nota-se que o cálculo do tributo foi levado a efeito de forma obscura, carecendo de maiores explicações sobre a forma de apuração da matéria tributável, donde se conclui que foi atropelado o art. 37 da Lei n.º 8.212/1991;

e1) se não há clareza e precisão, é evidente o cerceamento ao seu direito de defesa, o que é causa de nulidade, conforme tem decidido reiteradamente o próprio Conselho de Contribuintes;

f1) a decisão da DRJ simplesmente homologou as conclusões a que chegou o Fisco, sem levar em conta as diversas alegações de ilegalidade lançadas na peça de defesa;

g1) ao tentar arrecadar a contribuição sem a destinação clara de sua aplicação, o ato fiscal fere o princípio de contrapartida da contribuição previdenciária;

Ao final, requereu:

a) o reconhecimento da tempestividade do recurso e o seu regular processamento;

b) o reconhecimento dos lançamentos efetuados através da declaração da GFIP;

c) a declaração de nulidade do lançamento;

d) que o processo seja baixado em diligência para correção das irregularidades apontadas;

e) a realização de perícia técnica, conforme quesitos que formula.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, Relator

Admissibilidade

O recurso merece conhecimento, posto que preenche os requisitos de tempestividade e legitimidade.

Reunião dos processos para julgamento conjunto

Requer a contribuinte que todos os recursos relativos aos processos de débito lavrados na mesma ação fiscal, que são vinte e três julgamento conjunto.

O pedido, apesar de desejável, não é obrigatório, posto que não há norma legal na seara do processo administrativo fiscal que preveja esse procedimento. Por outro lado, há de se convir que estamos incluindo nessa reunião de julgamento quinze dos processos referidos, de modo que se tenha a eficiência e a coerência desejadas nos julgamentos dos processos dessa empresa.

Posso dizer ainda que, para o AI sob cuidado, os dados constantes dos autos são suficientes para o deslinde da controvérsia, não havendo necessidade de que se aguarde a chegada dos oito processos restantes a esse Conselho para que se inicie o seu julgamento.

Da necessidade do contraditório durante o procedimento de fiscalização

No que diz respeito à falta de comunicação à empresa fiscalizada acerca dos passos seguidos na fiscalização, deve-se ter em conta que no decorrer da ação fiscal não há contraditório. Os agentes do fisco dão ciência de que a empresa está sob ação fiscal através da entrega do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF, promovem a intimação para apresentação da documentação necessária ao desenvolvimento dos trabalhos, elaboram os lançamentos (se cabível) e, por fim, comunicam ao sujeito passivo o resultado da fiscalização.

Essa sequência de atos é que deve ser observada, sob pena de nulidade do lançamento. Na espécie, não vislumbrei qualquer vício relativo ao procedimento narrado que pudesse macular o resultado da ação fiscal.

A oportunidade disponibilizada ao contribuinte para demonstrar seu inconformismo ocorre durante o contencioso fiscal. Neste momento é possível apresentar todas as razões e provas que possam afastar ou modificar o lançamento fiscal. Assim, em relação ao trabalho de investigação do auditor fiscal não há o que se falar na obrigatoriedade de manter o contribuinte ciente de todos os passos seguidos pelo agente do Fisco, no entanto, quando da conclusão da fiscalização, o contribuinte deve ser municiado de todos os elementos que lhes sejam úteis a exercer o seu direito de defesa, sob pena de nulidade dos lançamentos porventura lavrados.

Nessa linha de pensamento, vale repisar que a ação fiscal é um procedimento inquisitório, de investigação, durante o qual não há obrigatoriedade de ciência do contribuinte em relação ao modo de proceder da Auditoria. Isso porque o direito constitucional ao

contraditório e à ampla defesa só é de observância obrigatória na fase litigiosa do processo, que tem início apenas com a impugnação ao lançamento.

Nesse sentido, mesmo para as diligências realizadas pelo Fisco em órgãos fora da Secretaria da Receita Federal do Brasil - RFB, não havia obrigatoriedade de se cientificar previamente o sujeito passivo de tais providências, sendo, todavia, obrigatória a menção no Relatório Fiscal dos elementos coletados nas diligências efetuadas que tiveram influência nas conclusões da Auditoria quanto à existência de obrigação tributária não adimplida.

Uma leitura do relato do Fisco me deixa à vontade para afirmar com convicção que foram apresentadas à contribuinte todas as fases do procedimento fiscal, bem como, as evidências que foram tomadas como base para se concluir sobre a necessidade de efetuar o lançamento das contribuições previdenciárias.

Das motivações para início da ação fiscal

Também não há necessidade de que a ação fiscal tenha uma motivação específica, posto que o objetivo do procedimento de fiscalização é, via de regra, verificar a regularidade das obrigações tributárias do sujeito passivo, relativas aos tributos administrados pela RFB. As informações relativas ao procedimento fiscal que devem obrigatoriamente ser informados ao contribuinte são aqueles constantes do Mandado de Procedimento Fiscal – MPF (art. 7.º da Portaria RFB n.º 11.371/2007), quais sejam:

- a) natureza do procedimento (fiscalização/diligência);
- b) o tributo ou contribuição objeto do procedimento fiscal;
- c) o período da verificação.

Vejo que esses dados constam do MPF e que não há obrigatoriedade de se informar qual o motivo determinante para que se programe determinada ação fiscal, posto que a seleção de empresas fica no campo da discricionariedade da Administração Tributária.

Nesse sentido, não posso dar razão à recorrente quando alega nulidade em razão do seu desconhecimento dos motivos que deram ensejo ao procedimento fiscal, uma vez que, o próprio MPF já esclarece que a finalidade do procedimento é verificar o cumprimento das obrigações tributárias do contribuinte.

Da apuração fiscal fora da sede da empresa

Acerca do inconformismo da empresa quanto ao fato dos trabalhos fiscais terem se desenvolvido fora da sede da empresa, não hei de acatá-lo. Essa matéria já se encontra pacificada no CARF, sendo inclusive objeto de súmula, conforme se vê:

Súmula CARF nº 6: É legítima a lavratura de auto de infração no local em que foi constatada a infração, ainda que fora do estabelecimento do contribuinte.

Portanto, descabe a alegação de que a apuração fiscal deveria obrigatoriamente ter se dado nas dependências da empresa fiscalizada.

Da ocorrência dos fatos geradores

Afirma a recorrente que o Fisco não se desincumbiu do encargo de demonstrar a ocorrência dos fatos geradores de contribuição previdenciária. Pois bem, conforme se verifica do relatório acima, a fiscalização inferiu mediante a verificação de diversos processos trabalhistas que a empresa fiscalizada utilizava-se do artifício de pagar remunerações a segurados empregados que lhes prestavam serviço sem registrar a totalidade dos valores em folha de pagamento. Segundo a Auditoria, essas quantias eram depositadas diretamente em contas correntes dos beneficiários, não sendo também objeto de declaração em GFIP, nem de lançamento na escrita contábil da empresa autuada.

A Autoridade Fiscal analisou treze processos trabalhistas identificando em todos eles a ocorrência de pagamentos de remunerações “por fora”, tendo sido anexados aos autos os depósitos bancários e os recibos desses pagamentos, os quais não se sujeitaram à incidência de contribuições previdenciárias.

Há um processo, o de n.º 01354-2004-006-18-00-3 (reclamante Ney Barbosa), que embora não circunscrito ao período da apuração, foi utilizado pelo Fisco para demonstrar a ocorrência de pagamentos sem registro na contabilidade da empresa. Esse processo, embora as contribuições decorrentes já não pudessem ser apuradas, em razão do transcurso do prazo decadencial, assume grande relevância na medida em que o reclamante era o Encarregado do Setor de Recursos Humanos, o qual relata que recebia ordens superiores para efetuar pagamentos “por fora” para todo o quadro funcional da empresa, inclusive para ele próprio.

O referido processo trabalhista, cujo pedido inicial totalizou R\$ 25.020,00, foi objeto de acordo para pagamento de R\$ 18.000,00.

Assim, diante da constatação de que a empresa tinha por prática o pagamento, sem o devido registro, de parcelas salariais aos seus empregados, não poderia o Fisco deixar de apurar as contribuições decorrentes das remunerações que a empresa não houvera declarado na GFIP.

Observe-se que o presente lançamento contemplou apenas as remunerações verificadas nos processos trabalhistas, as quais, repita-se, não foram lançadas nas folhas de pagamento. Chamo atenção que aqui não se está a exigir contribuição sobre os valores pagos no bojo das reclamações, haja vista que esse mister é da alçada da Justiça do Trabalho, nos termos do inciso VII do art. 114 da Carta Magna.

A bem da verdade, as quantias em questão, como foram comprovadamente pagas pela empresa, conforme os recibos e depósitos bancários, não fazem parte dos pedidos nas ações trabalhistas. Assim, é perfeitamente legítimo que o Fisco, ao se deparar com esses pagamentos não contabilizados, exija as contribuições devidas.

Portando, devo afastar desde já argumento da empresa de que cumpria regularmente com suas obrigações fiscais e trabalhistas, uma vez que ao efetuar pagamentos “extra-folha” a empresa agredia a um só tempo os preceitos do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário.

Entendo, assim, que a ocorrência costumeira do artifício de pagar remunerações “por fora”, visando à supressão de obrigações trabalhistas e previdenciárias, está bem caracterizado no presente AI, portanto, observo que o Fisco não deixou de demonstrar a ocorrência da hipótese de incidência de contribuições, que se materializou pelo pagamento de

parcelas salariais não lançadas em folha de pagamento, não declaradas em GFIP e nem registradas na escrita contábil.

Da aferição indireta da base de cálculo

Na presente situação não há o que se falar em aferição indireta da base de cálculo, posto que os valores sobre os quais incidiram as contribuições foram coletados diretamente dos recibos e extratos bancários comprobatórios dos pagamentos efetuados.

Da inversão do ônus da prova

No lançamento sob cuidado não há o que se falar em inversão do ônus da prova, uma vez que o Fisco apresentou a situação fática que o levou a concluir pela ocorrência da hipótese de incidência tributária e fez a composição da base de cálculo com esteio em documentos comprobatórios dos pagamentos.

Da ocorrência de *bis in idem*

Como já foi mencionado o processo em questão diz respeito às contribuições da empresa incidentes sobre as remunerações não declaradas em GFIP, cujas contribuições foram calculadas com base em recibos de pagamento e extratos bancários obtidos de processos trabalhistas ajuizados em face da recorrente por segurados que lhe prestaram serviço.

Evidentemente sobre esses fatos geradores não poderia o Fisco exigir contribuições por arbitramento, por esse motivo essa parcela deverá ser excluída, do lançamento que equivocadamente as contemplou, o que será determinado no julgamento do recurso relativo ao processo nº 10120.000970/2010-82, nas competências que coincidam com o período do crédito que ora se aprecia.

Ainda sobre essa questão, também não merece acolhimento a tese de que o Fisco desconsiderou as declarações prestadas pela recorrente mediante a GFIP, na verdade, conforme se depreende dos autos, as declarações de GFIP, bem como os recolhimentos efetuados, foram integralmente considerados pela Auditoria, todavia, os valores constantes desse AI não foram declarados na guia informativa.

Cabível o lançamento, posto que a declaração apresentada pelo sujeito passivo foi prestada com omissão de parcela remuneratória. Assim, o lançamento de ofício é legítimo na medida que o contribuinte apresentou a declaração da GFIP com omissão de parcelas remuneratórias pagas aos segurados ao seu serviço. É essa a inteligência do inciso V, do art. 149 do CTN, *verbis*:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;

(...)

Do cerceamento ao direito de defesa em razão de deficiência no Relatório Fiscal

Já tendo concluído que o Fisco descreveu com clareza a ocorrência do fato gerador e apresentou de forma clara e precisa os passos seguidos para obtenção da base tributável, além de haver mencionado todas as circunstâncias que o levaram a concluir pela existência de obrigação tributária não adimplida, não devo concordar com a afirmação de que o relato do fisco, por lhe faltarem clareza e precisão, estaria a prejudicar o direito de defesa do sujeito passivo.

A meu ver, todos os elementos de que a autuada necessitaria para exercer com amplitude o seu direito de defesa lhe foram fornecidos, de modo que não há de se acolher a tese de cerceamento desse direito.

Da decisão de primeira instância

A decisão de primeira instância abordou todos os pontos trazidos ao processo com a impugnação, não merecendo sucesso a afirmação da recorrente de que a decisão se baseou tão-só nos argumentos da peça de acusação.

Estando em confronto as teses do Fisco e do sujeito passivo, o órgão julgador tem obrigatoriamente que aderir a uma delas para dar uma solução para a contenda jurídica. Todavia essa escolha deve se dar de forma motivada, de modo a não prejudicar o direito de defesa do contribuinte. A motivação apresentada pela DRJ foi satisfatória, tendo sido abordados todos os pontos de inconformismo apresentados pela empresa.

Na situação sob testilha, se a tese vencedora foi a da procedência do lançamento, fatalmente a DRJ teria que se basear nos fatos trazidos ao processo pela Auditoria Fiscal. Uma vez expostas as peças de ataque de defesa, tem o julgador que se posicionar, pondo fim à lide naquela instância, desde que o faça com esteio nas provas e na legislação aplicável ao caso.

Ponderar se a decisão foi ou não acertada é o que deve fazer o órgão *ad quem* quando do enfrentamento das questões de mérito.

O Decreto n. 70.235/1972, quando trata das nulidades, prevê:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

(...)

Por não enxergar na decisão recorrida qualquer das hipóteses acima listadas, afasto a preliminar de nulidade suscitada.

Da perícia contábil/diligência

Deixo de acatar o pedido para a produção de novas provas, haja vista que os elementos analisados já são suficientes para concluir pela procedência do lançamento, não havendo necessidade de outras dilações probatórias além daquelas já carreadas ao processo.

Tenho que concordar com o indeferimento pelo órgão *a quo* do pedido de produção de novas provas, por entender que no processo administrativo fiscal vigora o princípio do livre convencimento motivado. Segundo o qual a autoridade julgadora tem

liberdade para adotar a tese que ache mais adequada a solução da contenda, desde o que o faça com a devida motivação.

Nesse sentido, somente à autoridade que preside o processo é dado determinar a realização de perícias e diligências caso ache necessário. Não está o julgador obrigado a deferir pedidos de dilação probatória se os elementos constantes nos autos já lhe dão o convencimento suficiente para emissão da decisão.

Assim, sendo a prova dirigida à autoridade julgadora, é essa que tem a prerrogativa de determinar ou não a sua produção. Tenho que concordar com a decisão original, quando se afirma que o relato do fisco e os documentos colacionados permitem concluir pela existência de obrigação tributária não satisfeita pelo devedor.

Não há, portanto, necessidade de realização de perícia contábil/diligência, haja vista que os elementos constantes dos autos são suficientes para que se tenha um julgamento seguro da presente lide.

Conclusão

Diante do exposto, voto por conhecer do recurso, por afastar as preliminares suscitadas, por indeferir o pedido de perícia técnica/diligência e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Kleber Ferreira de Araújo