



Processo nº 10680.011906/2007-86
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2401-007.713 – 2^a Seção de Julgamento / 4^a Câmara / 1^a Turma Ordinária
Sessão de 04 de junho de 2020
Recorrente IRMAOS MATTAR E CIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/05/2002 a 28/02/2005

NORMAS GERAIS DIREITO TRIBUTÁRIO. LIVRE CONVICÇÃO JULGADOR. PROVA PERICIAL. INDEFERIMENTO.

Nos termos do artigo 29 do Decreto nº 70.235/72, a autoridade julgadora de primeira instância, na apreciação das provas, formará livremente sua convicção, podendo determinar diligência que entender necessária.

A produção de prova pericial deve ser indeferida se desnecessária e/ou protelatória, com arrimo no § 2º, do artigo 38, da Lei nº 9.784/99, ou quando deixar de atender aos requisitos constantes no artigo 16, inciso IV, do Decreto nº 70.235/72.

CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PRESUNÇÃO LEGAL. AFERIÇÃO INDIRETA. INCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE.

A empresa é obrigada a recolher as contribuições a seu cargo, incidentes sobre as remunerações pagas aos segurados empregados, bem como arrecadar as contribuições devidas por eles, descontando-as da respectiva remuneração, e a recolher o produto arrecadado, nos prazos definidos em lei.

Na ausência de registros válidos na escrituração fiscal-contábil da empresa, o Fisco pode se valer da presunção legal (aferição indireta), por meio da qual os elementos probatórios de um fato, cuja ocorrência é inequívoca, levam a conclusão de que outro fato efetivamente ocorreu.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier – Presidente

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Cleberson Alex Friess, Matheus Soares Leite, José Luis Hentsch Benjamin Pinheiro, Rayd Santana Ferreira, Rodrigo Lopes Araújo, Andréa Viana Arrais Egypto, André Luis Ulrich Pinto (Suplente Convocado) e Miriam Denise Xavier.

Relatório

IRMAOS MATTAR E CIA LTDA, contribuinte, pessoa jurídica de direito privado, já qualificada nos autos do processo em referência, recorre a este Conselho da decisão da 9^a Turma da DRJ em Belo Horizonte/MG, Acórdão n.º 02-25.253/2010, às e-fls. 837/849, que julgou procedente o lançamento fiscal, concernente às contribuições devidas à Seguridade Social e a outras Entidades e Fundos (terceiros), correspondente à parte dos segurados (8%), da empresa (cota patronal – 20%) e do financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrentes dos riscos ambientais do trabalho, em relação ao período de 05/2002 a 02/2005, conforme Relatório Fiscal, às fls. 75/85 e demais documentos que instruem o processo, consubstanciado na NFLD n.º 35.786.410-7.

Conforme consta do Relatório Fiscal, inicialmente, a autoridade lançadora esclarece que a ação fiscal foi desenvolvida na empresa Irmãos Mattar atendendo solicitação do Ministério Público Federal, no auxílio da apuração de possíveis práticas de ilícitos contra a Seguridade Social.

Registra que, no decorrer dos trabalhos, houve a lavratura de um Auto de Apreensão e Guarda de Documentos - AGD, através do qual foi apreendido um caderno, tipo agenda de telefone, e recibos assinados, que constituíam um controle à parte de pagamentos efetuados a empregados e não lançados em folhas de pagamento.

Informa que por meio de consulta a processos trabalhistas restou evidenciada a existência de “relatórios de fechamento de caixa”, onde a empresa registrava vendas feitas a empregados, denominadas “convênio com funcionários”. Intimada a apresentar e a esclarecer este convênio, a empresa, por meio do ofício anexado à fl. 122, informou que os cupons fiscais resultantes das vendas realizadas eram encaminhados ao setor financeiro e no ato do recebimento do salário, o empregado efetuava o pagamento da compra.

Relata a apreensão dos originais desses relatórios de caixa, alusivos as competências de 07/2004 a 01/2005, concernentes à matriz, às filiais em Teófilo Otoni, à Farmácia de Manipulação Indiana Ltda e às Perfumarias Marina Ltda.

Destaca que a realização de uma diligência na empresa foi solicitada pela Receita Previdenciária à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal, em razão dos indícios de prática de crimes contra a ordem tributária. Em decorrência disso, foi expedido um Mandado de Busca e Apreensão n.º 23/09v/2005, pelo Juiz Federal Titular da 9^a Vara Seção Minas Gerais, para que auditores fiscais e polícia federal verificassem e apreendessem, se necessário, documentos e arquivos dos computadores da matriz da empresa e suas filiais de Governador Valadares e Ipatinga.

Especificamente quanto a este crédito, a autoridade fiscal informa que as contribuições lançadas incidiram sobre os valores pagos aos empregados, constantes do caderno, tipo agenda, apreendido em 04/02/2005.

Esclarece que considerou todos os valores pagos em meados do mês como adiantamentos e os valores pagos no início do mês como salário do mês anterior. As férias foram computadas no mês em que foram pagas, não interferindo o dia em que o pagamento ocorreu.

Destaca que examinou o Livro de Registros de Empregados para confirmar o vínculo empregatício entre a empresa notificada e as pessoas relacionadas no caderno apreendido. Após a identificação da condição de empregados, aduz que agrupou-os em situações semelhantes, tais como, empregados cujos valores recebidos são descritos como "férias", outros que são identificados como "diferenças salariais", ainda outros que, por terem sido pagos durante certo período, foram denominados pela Fiscalização como "valores mensais" e, por fim, casos específicos, descritos no relatório pela autoridade fiscal, os quais foram agrupados como "demais casos".

Ressalta, a autoridade lançadora, com fulcro no artigo 28 da Lei nº 8.212, de 1991, que, uma vez constatada a ocorrência de salário pago (caderno apreendido), mesmo que não incluídos na folha de pagamento, os valores pagos integram o salário de contribuição para fins previdenciários.

Informa que examinou, na apuração do presente crédito, além do caderno/agenda apreendido, também as folhas de pagamento e comprovantes de pagamento apresentados à Justiça do Trabalho.

Salienta que os valores foram lançados por competência, estando as bases de cálculo e os segurados beneficiados relacionadas no Relatório de Lançamentos, levantamento "REP - Remun. Extra FP - Cademo Fisc.", no estabelecimento da matriz, uma vez que a empresa Irmãos Mattar e Cia remunerava até mesmo empregados que estavam registrados em outra empresa dos sócios, a Prestasso - Prestação de Serviços Ltda.

A contribuinte, regularmente intimada, apresentou impugnação, requerendo a decretação da improcedência do feito.

Nos termos da Resolução nº 829/2007, fls. 745/747, foi requerida diligência à autoridade notificante com vistas à emissão de relatório fiscal complementar para retificar a informação de que parte das contribuições a outras Entidades e Fundos seriam destinadas ao SESI e SENAI e para informar a fundamentação legal que amparou o procedimento de arbitramento.

Em resposta à diligência foi anexado às fls. 749/750 o Relatório Fiscal Complementar, onde a autoridade lançadora reconhece o equívoco ao indicar o SESI e o SENAI como entidades beneficiárias das contribuições lançadas. Retifica sua informação, substituindo as entidades equivocadamente citadas pelo SESC e SENAC, destinatários efetivos dos valores cobrados.

No tocante à fundamentação legal do arbitramento, cita os diplomas legais e respectivos artigos que autorizam a utilização da aferição da base de cálculo das contribuições lançadas.

Foi dada ciência do resultado da diligência à empresa, que se manifestou à fl. 755. Reafirma que os erros constantes do lançamento original e confirmados pelo auditor comprometem o trabalho feito. Argumenta que somente a lei pode fixar critérios ao arbitramento de tributos. O fato gerador do tributo é decorrente da tipicidade legal e cerrada e, portanto, não pode ficar a critério do auditor ou de norma inferior, sob pena de ferir o princípio da legalidade. Insiste na nulidade da notificação.

Por sua vez, a Delegacia Regional de Julgamento em Belo Horizonte/MG entendeu por bem julgar procedente o lançamento, mantendo a integralidade do crédito tributário, conforme relato acima.

Regularmente intimada e inconformada com a Decisão recorrida, a autuada, apresentou Recurso Voluntário, às e-fls. 853/861, procurando demonstrar sua improcedência, desenvolvendo em síntese as seguintes razões:

Após breve relato das fases processuais, bem como dos fatos que permeiam o lançamento, aduzindo o que segue:

Provas Frágeis

Observe Eminente Relator a Fiscal: base do lançamento à fl. 9/11 do Relatório:

(...), já que o caderno foi ali apreendido e permite raciocinar que o pagamento era efetuado pela empresa Irmãos Mattar e Cia. (...)"(grifamos)

Portanto, a base de cálculo surgiu em cima de uma prova frágil, qual seja, um caderno/agenda que foi apreendido pela fiscalização.

A partir de algumas anotações aleatórias e interpretadas pela fiscalização, sem qualquer consistência, conforme consta do Relatório foi que permitiu ao auditor "racionar" que se tratava de bases de cálculos para a previdência social.

Porem, o fato gerador das contribuições sociais são apenas aquelas previstas em lei e passíveis de tributação em razão de sua natureza, e que deve ter correção com a retribuição dos benefícios de aposentadoria.

No caso, está havendo uma arrecadação sobre valores aleatórios como que não se traduzem em salário ou qualquer outra verba remuneratória do empregado.

Por estas razões, não tendo os auditores fiscais infirmados e comprovados que as verbas autuadas são decorrentes de salários do empregado, até porque, não constam de qualquer registro, contrato trabalhista ou da folha-de-pagamento, não há razão para arrecadar e manter o presente crédito previdenciário.

O presente lançamento acaba por impor uma espécie de aferição indireta (arbitramento) sem base na legislação vigente.

No caso, caberia aos auditores corroborar melhor a prova e não apenas basear no caderno (tipo agenda de telefone), mencionado no Relatório Fiscal que não pode ser base de contribuições previdenciárias sem qualquer outra evidência robusta de sua base como fato gerador tributário.

Metodologia duvidosa

Uma leitura atenta das demonstra demais considerações de fls. 5/11 a 8/11 a falta de base legal que foi o trabalho fiscal.

Por estas e outras razões claramente demonstradas nos procedimentos dos auditores-fiscais é que não se pode permitir que bases frágeis sejam objeto de fato gerador tributário.

O procedimento fiscal demonstra claramente que operações como esta, ou seja, que decorrem de uma atitude violenta, com força de polícia e de busca e apreensão, resta para o agente público uma quase obrigatoriedade de autuação, ainda que inconsistente para justificar o aparato utilizado. Porém, o contribuinte não pode ser penalizado por isso, e tampouco é permitido em nosso Direito, em razão de princípios constitucionais da segurança jurídica, do devido processo legal e da verdade material do processo.

Nessas circunstâncias o crédito lançamento merece ser anulado integralmente.

Empregados de outras empresas

Consta do Relatório que existem empregados registros na empresa Prestasso (Relatório fl. 9/11), o que demonstra mais ainda, a falta de critérios para o presente lançamento fiscal.

Erros materiais e perícia

O lançamento fiscal comete diversos erros materiais que foram apontados em Laudo Pericial solicitados pelo contribuinte junto a técnicos na matéria (doc. anexo).

A Recorrente esperava que o seu pedido de perícia fosse deferido pela instância a quo para apurar esses erros materiais e diversas outras inconsistências na autuação.

Todavia, o indeferimento da perícia pela decisão ora recorrida além de manter errado o lançamento, sem excluir os erros materiais neles contidos, ainda cerceia o direito de ampla defesa, o que é causa de nulidade integral do procedimento fiscal, na forma do art. 59, II, do Decreto nº 70.235/72

Por fim, requer o conhecimento e provimento do seu recurso, para desconsiderar o Auto de Infração, tornando-o sem efeito e, no mérito, sua absoluta improcedência.

Não houve apresentação de contrarrazões.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Rayd Santana Ferreira, Relator.

Presente o pressuposto de admissibilidade, por ser tempestivo, conheço do recurso e passo ao exame das alegações recursais.

MÉRITO

Versam os autos sobre contribuições devidas à Seguridade Social e a outras Entidades e Fundos, incidentes sobre valores pagos pela empresa a seus empregados, valores estes obtidos por meio do exame de documento apreendido (caderno/agenda), não tendo sido registrados na contabilidade nem incluídos em folhas de pagamento, o que implicou a apuração das contribuições pelo método da presunção (arbitramento).

A recorrente insurge-se quanto ao emprego da “presunção” (arbitramento) na apuração da base de cálculo.

Pois bem!

De pronto, registre-se que a presunção, no caso, uma espécie de aferição indireta, somente se aplica na ausência de registros na escrituração fiscal-contábil da empresa. Por meio desta técnica, o Fisco se vale de material probatório relativo a fato de comprovação inequívoca, que leva à conclusão de que outro efetivamente ocorreu.

No caso presente, a apreensão e o conhecimento de um controle (caderno/agenda) de pagamentos efetuados a empregados, sem as devidas formalidades legais e não disponibilizado à tributação, conduziu à Fiscalização, à vista dos indícios constatados (como os termos “férias” à fl. 469, “ref. comp. salário” à fl. 531, “I” pare 13”” à fl. 531-v) à conclusão de que os valores pagos tinham a natureza salarial e, como tal, sujeitos à incidência de contribuições previdenciárias.

Os dispositivos legais que autorizam a aferição indireta com base na presunção estão previstos no artigo 33, §3º e §6º da Lei nº 8.212/1991, *in verbis*:

art. 33: (...)

§ 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.

(...)

§ 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.

A contribuinte não produziu prova contrária capaz de rechaçar a metodologia adota pela autoridade lançadora. Poderia ter apresentado a escrituração contábil com o registro dos valores em questão ou apresentado outro documento que pudesse contrapor as evidências que propiciaram a presunção, pois, conforme dito, esta tem eficácia relativa, prevalecendo enquanto não superada por uma prova robusta e convincente.

A recorrente continua alegando que esses pagamentos foram frutos de empréstimos concedidos a seus empregados, sem fazer prova dessa alegação. Ora, não há razões que justificasse a manutenção de um controle de empréstimos fora da escrituração contábil, bem como de qualquer outro fato jurídico, que não a intenção de esquivar-se do cumprimento das obrigações tributárias.

Ainda que esses registros, de fato, referissem a empréstimos, tal situação permitiria a presunção de que nem todas as operações realizadas pela empresa são registradas conforme determina a legislação tributária, deixando claro que qualquer diligência fiscal que se detiver aos documentos contábeis e fiscais disponibilizados pela contribuinte não alcançarão o real movimento da mesma.

Nesse contexto, a utilização da aferição indireta por meio da presunção legal não merece reparos, visto que, no caso, serviu como meio de prova de fatos só conhecidos no mundo não oficial, onde os registros são feitos à margem daqueles realizados para fins fiscais e contábeis.

Especificamente quanto a alegação de existência de empregados de outra empresa, mais uma vez a recorrente não traz nenhuma prova capaz de comprovar o alegado.

Ademais, importa realce que os salários de contribuição tomados pela autoridade lançadora são exatamente as importâncias registradas no referido caderno, não merecendo guarida a pretensão da contribuinte.

DA PERÍCIA

A contribuinte suscita a realização de perícia.

No entanto, observamos que o pedido de perícia constante da impugnação, bem como do recurso voluntário, foi genérico sem apontar os motivos que a justificariam e sem qualificar o perito de sua parte que indicava. Assim, de acordo com o art. 16, §1º, o pedido é considerado não formulado. Se o pedido não foi formulado adequadamente não pode ser considerado como causa de nulidade sua não apreciação.

Contudo, peço vênia para transcrever excertos da decisão de piso e adotá-los como razão de decidir, por muito bem analisar o tema, senão vejamos:

No que tange à prova pericial pedida, considero-a desnecessária uma vez que as informações constantes dos autos são suficientes à compreensão do feito fiscal. Diz a empresa que a Fiscalização não demonstrou a forma de cálculo dos valores lançados e, com esse foco, elabora os quesitos. Contrapondo-se a esse argumento há a exposição detalhada no Relatório Fiscal, fls. 79/81, por meio da qual a autoridade fiscal esclarece não só a forma como procedeu a consolidação dos dados existentes no caderno apreendido (separando em grupos os segurados com seus respectivos recebimentos), como também indicou, dentro do que lhe foi possível apurar, o mês do pagamento e a natureza dos valores pagos, se férias, diferenças salariais, dentre outras.

Diante disto, penso que a alegação é estéril e não merece prosperar. Com efeito, o lançamento pautou-se nos elementos trazidos aos autos pela fiscalização, bem como naqueles acostados pelo contribuinte por ocasião da apresentação de seus argumentos.

Ademais, nos termos do art. 29 do Decreto nº 70.235/1972, a autoridade julgadora, na apreciação das provas, formará livremente sua convicção, podendo indeferir o pedido de perícia que entender desnecessário.

Portanto, indefiro o pedido de perícia.

Quanto às demais alegações da contribuinte, 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 rechaçadas pelo julgador de primeira instância.

Por todo o exposto, estando os lançamentos *sub examine* em consonância com os dispositivos legais que regulam a matéria, VOTO NO SENTIDO DE CONHECER DO RECURSO VOLUNTÁRIO e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, pelas razões de fato e de direito acima esposadas.

É como voto.

(documento assinado digitalmente)

Rayd Santana Ferreira