



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

Processo nº 10803.000157/2008-17
Recurso nº 999.999 Voluntário
Resolução nº **2301-000.450 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 16 de abril de 2014
Assunto CONVERSÃO EM DILIGÊNCIA
Recorrente MUDE COMERCIO E SERVIÇOS LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado I) Por unanimidade de votos: a) em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do(a) Relator(a).

Marcelo Oliveira – Presidente

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Marcelo Oliveira (Presidente), Wilson Antonio De Souza Correa, Mauro Jose Silva, Bernadete de Oliveira Barros, Manoel Coelho Arruda Junior, Adriano Gonzales Silvério.

RELATÓRIO

Trata-se de crédito previdenciário lançado contra a empresa acima identificada, referente à contribuição devidas à Seguridade Social, correspondente à parte dos segurados, contribuintes individuais.

Conforme Relatório Fiscal (fls. 25), o fato gerador da contribuição lançada é o pagamento de remuneração dos segurados que prestaram serviços à empresa por meio de pessoas jurídicas interpostas, considerados pela fiscalização como sendo diretores da empresa autuada, enquadrados como segurados contribuintes individuais.

Segundo relato fiscal, a recorrente possuía, além dos sócios constantes do contrato social e alterações, outros sócios ocultos, integrantes do capital social da empresa por intermédio de instrumento particular de cessão de ativos e participações societárias e contrato associativo de investimentos, não registrados na Junta Comercial.

A autoridade lançadora informa que a remuneração foi aferida à razão de 100% (cem por cento) do valor das notas fiscais emitidas por pessoas jurídicas, cujas pessoas físicas que as representam foram consideradas pela auditoria fiscal como sócios do contribuinte, e fundamenta o procedimento no art. 33, §§ 3º e 6º, da Lei 8.212/91.

A seguir, expõe os motivos pelos quais entende que houve simulação nos serviços prestados pelas pessoas físicas relacionadas, representadas por empresas interpostas, mas enquadradas pela fiscalização como sócios da recorrente, por terem sido constatados os elementos que os enquadram no art. 12, inciso V, “f”, da Lei 8.212/91.

Discorre sobre cada elemento configurador do vínculo econômico entre a recorrente e as pessoas físicas apontadas, como pessoalidade, onerosidade, habitualidade, e conclui que o contribuinte encobriu a real relação de trabalho, haja vista que utilizou o recurso de contratos de prestação de serviços com empresas interpostas para ocultar a verdadeira situação jurídica, ou seja, a prestação de serviços essenciais ao funcionamento da empresa por pessoas físicas, que no caso em questão, são os seus sócios ostensivos e ocultos.

A recorrente apresentou defesa e a Secretaria da Receita Federal do Brasil, por meio do Acórdão 16-31.163, da 12ª Turma da DRJ/SPI (fls 558), julgou a impugnação improcedente, mantendo o crédito tributário.

Inconformada com a decisão, a recorrente apresentou recurso tempestivo (fls. 628), repetindo basicamente as alegações trazidas na impugnação.

Preliminarmente, alega cerceamento de defesa, por não terem sido juntadas, aos autos, as notas fiscais que serviram de base para o lançamento, argumentando que, mesmo que elas tenham sido mencionadas e indicadas em planilha, não há, nos autos, elementos que permita à recorrente verificar a correção dos valores lançados como base de cálculo das contribuições cobradas, o que, segundo entende, macula a autuação fiscal de completa nulidade.

Traz julgado do antigo CC para reforçar suas alegações e acrescenta que a falta de juntada de cópia dos Livros Diários aos autos reforça a ocorrência de cerceamento de defesa e ofensa ao contraditório, defendendo que é dever da Administração dar publicidade do motivo do ato, independentemente se o administrado possui uma via em seu poder, e discorrendo sobre os elementos que dão validade ao ato-norma administrativo, citando a doutrina e concluindo que, não disponibilizar ao contribuinte os meios de prova implica nulidade do ato-norma, por vício de motivo.

Insiste na impossibilidade de utilização de prova emprestada, entendendo que os elementos trazidos do processo PCD 2005.61.009285-1, em curso na Quarta Vara Criminal de SP é exclusivo para o âmbito penal, caracterizando crime a utilização de tais documentos sem autorização judicial, sendo que tais documentos nunca poderiam ser utilizados para embasar a exigência em tela.

Entende que, embora muitos dos documentos apreendidos seja de natureza fiscal ou comercial, passíveis, portanto, de exame pelo fisco, os documentos que realmente fundamentaram a autuação em questão são aqueles obtidos com o único objetivo de instituir ação criminal, e jamais poderiam ter sido utilizados no processo administrativo fiscal.

Frisa que a fiscalização preferiu juntar aos autos apenas elementos emprestados de processo criminal e que nada provam acerca da materialidade das contribuições previdenciárias lançadas, deixando, assim, de provar a ocorrência dos fatos geradores, para, em seu lugar, buscar comprovar tão somente a alegada ocorrência de relação societária e de direção dos prestadores de serviços que supostamente se utilizaram de empresas interpostas.

Sustenta que mesmo havendo autorização judicial para emprestar provas, não poderia a fiscalização basear o lançamento apenas em tais elementos, e traz parecer encomendado pela recorrente a Professores Titulares da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para tentar demonstrar a ausência de motivação e a ilegalidade no processo de obtenção dos meios probatórios, ressaltando que a referida autorização é somente para se ter acesso, e não para servir de meios de prova para outros fins que não os criminais.

Reitera que as referidas provas não poderiam ser utilizadas para fundamentar o lançamento ora discutido, pois são documentos extra-contábeis, apócrifos, relativos a apenas parte dos períodos autuados, ou mesmo sem data, não assinados, incompletos ou em forma de “minuta para discussão”, e que seria inviável à fiscalização concluir, com base em documentos fiscais sem natureza societária qualquer, pela existência de sócios ocultos.

Repete que não se pode admitir que documentos supostamente do ano de 2006 sejam base para aferição indireta de contribuições dos anos de 2003, 2004 ou 2005, não cabendo, à fiscalização, chegar a uma conclusão sem que haja provas concretas sobre os fatos, vinculando informações vagas e incertas a períodos desconhecidos para concluir que houve a ocorrência do fato gerador.

Assevera que a fiscalização comete ilegalidade ao exigir da recorrente contribuições e multas sobre um fato jurídico presumido e não provado, entendendo ser necessária a comprovação, por meios diretos e não indiretos, da alegada existência de vínculo de emprego, ante toda a documentação que lhe foi apresentada, sendo que as supostas evidências descritas no relatório fiscal nada provam contra a recorrente, principalmente no sentido de evidenciar-se relação societária e diretiva.

Observa que, no caso presente, a fiscalização não obedeceu as regras aplicáveis ao procedimento de aferição indireta, inaugurando procedimento criado a seu bel prazer e, portanto, sem previsão legal, que foi o de considerar como base de cálculo as notas fiscais de prestação de serviços, imaginando existir suposto vínculo societário.

Ressalta que não houve aferição indireta, mas apenas mera presunção, sem previsão legal, a partir de elementos que nada podem provar quanto à existência do vínculo societário e diretivo entre a recorrente e as pessoas físicas por meio de interposição de pessoa jurídica.

Quanto ao argumento da DRJ de que seria descabida a verificação física dos segurados em serviço na empresa para confronto com seus registros fiscais, questiona se a diligência não se presta para verificação de fatos ocorridos nos períodos de 2003 a 2007, o que dizer de documentos genéricos, não datados, fundamentarem uma autuação relativa a período anterior. Discorre sobre a verdade material e cita a doutrina para argumentar que, para que a fiscalização pudesse lavrar algum auto de infração em face da recorrente, deveria ter comprovado plenamente, por meios seguros e irrefutáveis, a alegada existência de sócios ocultos remunerados por intermédio de empresas interpostas, restando evidente, no caso em tela, que a fiscalização não se valeu de todos os elementos de prova para a verificação dos fatos

narrados, infringindo, dessa forma, o princípio da tipicidade da tributação, o que invalida o lançamento por falta de certeza e seguranças jurídicas.

Frisa que tem certeza de que não existe uma prova sequer no processo que subsidie as afirmações de existência de vínculo societário e diretivo a basear a cobrança das contribuições em questão, sendo que as supostas provas apresentadas, e acolhidas pela DRJ, não passam, quando muito, de meros indícios.

No mérito, repete que inexistente o vínculo societário, o que impossibilita a cobrança das contribuições em tela por meio de aferição indireta, seja porque a realidade dos fatos demonstram o contrário, seja porque as autoridades fiscais não demonstraram a procedência de suas alegações.

Atenta para o fato de que a fiscalização não produziu prova individualizada acerca da existência do vínculo societário e de direção das pessoas físicas sócias das prestadoras de serviço em relação à recorrente e, em consequência, não logrou êxito em comprovar, de forma individualizada, a ocorrência dos fatos geradores, sendo que várias das pessoas físicas supostamente remuneradas por meio de empresas interpostas eram assessores e consultores de gestão e prestadores de serviços intelectuais, como consultores, advogados, etc, cujas atividades não se caracterizam pela existência de vínculo societário diretivo.

Insiste que, para que se pudesse considerar válida a apuração fiscal, seria necessária a produção de prova material, com a análise individual de cada uma das relações supostamente existentes e demonstrar, de maneira individual, a ocorrência de cada um dos fatos geradores, não cabendo a utilização de um caso a título de exemplo para outros.

Quanto à inversão do ônus da prova, sustenta que essa só seria cabível se a fiscalização tivesse comprovado a existência do vínculo societário e de direção, e a ocorrência dos fatos geradores da contribuição previdenciária, o que não foi feito, não cabendo à recorrente apresentar prova em contrário, como quer a DRJ, e não se aplicando, ao caso, o disposto no art. 33, da Lei 8.212/91, uma vez que não houve recusa de entrega de documentos e tampouco exame de escrituração contábil.

Reafirma a inexistência dos requisitos necessários à configuração do vínculo societário e de direção, recorrendo acerca da administração de sociedades e administradores, sócios ou não sócios, citando doutrina sobre a matéria, concluindo que a fiscalização nada comprovou a respeito, se baseando fundamentalmente em um suposto acordo associativo e outros documentos que sequer podem ser considerados como indícios.

Cita alguns documentos utilizados pela fiscalização para frisar que os mesmos não têm o condão de comprovar materialmente a presença do poder de comando/gerência e, principalmente, de *affectio societati*, sendo que tais documentos poderiam, quando muito, ser tomados como indícios, inservíveis, portanto, para demonstrar a existência de suposto poder diretivo e societário, sendo necessários elementos concretos.

Com relação à pasta virtual com o título “Planejamento”, aduz que não há como afirmar se teria havido a implementação da estrutura lê prevista, afirmando que esse planejamento nunca foi realmente implementado, não passando de mera intenção futura, não se sabe de quem.

Relativamente ao item “4C”, assevera que as planilhas ali referidas nada provam contra a recorrente, e as autoridades fiscais não demonstram materialmente a própria validade dessas informações como elemento de prova.

Quanto à denominação “Diretor” para alguns cargos ocupados pelas pessoas físicas, defende que a denominação de um cargo é irrelevante para determinar a verdadeira natureza de sua atividade numa empresa, e alega que as autoridades fiscais deveriam ter buscado elementos que caracterizassem objetivamente o poder de comando/gerência das pessoas físicas em relação à recorrente.

Reitera que as provas utilizadas pela fiscalização não têm o condão de comprovar, materialmente, a hipótese do artigo 12, V, “f”, da Lei 8.212/91, que remetem aos requisitos de personalidade, não-eventualidade, onerosidade e poder de direção, podendo, quando muito, ser tomados como meros indícios da existência de suposto vínculo societário e de direção.

Esclarece que o oferecimento de determinados benefícios, treinamentos e cursos nada mais significam do que uma política de melhoria de produtividade e de aproximação da recorrente com seus melhores prestadores de serviços, e reafirma que a fiscalização não se revestiu de um único documento que comprovasse, de maneira suficiente, a existência de poder de mando pro parte das pessoas físicas, não havendo um único email, uma única comunicação interna que demonstre atos de gestão e de gerência por parte dessas pessoas.

Tece comentários sobre alguns documentos utilizados pela fiscalização, para tentar demonstrar o desacerto das conclusões por ela esposadas, e conclui que o conjunto probatório reunido pelas autoridades fiscais é extremamente frágil, e nada prova contra a recorrente, ficando nítido que há, ao longo do relatório fiscal, meras inferências, ilações e juízos de valor com base em convicções pré-concebidas, não havendo qualquer certeza quanto à existência da alegada simulação da terceirização, mas, quando muito, apenas meros indícios e suposições.

Discorre sobre o conceito de simulação e de livre iniciativa, para argumentar que, no direito brasileiro, os particulares têm a prerrogativa de escolher o meio, dentre os lícitos, para a realização de uma determinada atividade econômica, restando inconsistente a pretensão da fiscalização de caracterizar os contratos de prestação de serviços firmados pela recorrente como artifícios simulatórios de reais relações societárias e de direção.

Aborda a impossibilidade de descon sideração da personalidade jurídica pelas autoridades fiscais em procedimento fiscalizatório, por carecerem de lei que regulamente tal atuação, sendo que tal recurso extremo deverá ser levado a efeito somente por um juiz.

Transcreve o art. 116, do CTN, lembrando que o referido dispositivo ainda não foi devidamente regulamentado, não sendo, portanto, aplicável, inexistindo, atualmente, norma legal que possa ser utilizada pelas autoridades fiscais para descon siderar qualquer negócio jurídico que tenha sido realizado dentro da legalidade, como é o caso em tela.

Analisa a abrangência do conceito de “serviços intelectuais”, de que trata o art. 129, da Lei 11.196/95, para concluir que restou comprovada a subsunção dos casos concretos ora recorridos à letra da lei, e observa que, apesar da alegação de existência de simulação, nenhuma multa qualificada foi imputada ao contribuinte, o que representa uma contradição em termos.

Se reporta à absolvição, na esfera penal, em 17/02/2011, de algumas das pessoas físicas, consideradas pelas autoridades fiscais como sócios ocultos da recorrente, o que, segundo entende, resulta na total improcedência do AI em questão, tendo em vista demonstrar o completo equívoco nas conclusões arbitrárias que foram formalizadas no caso em questão, uma vez que tais pessoas não participaram de qualquer ilícito de que foram acusados, inexistindo qualquer prova que possam lhe imputar responsabilidade, seja criminal, cível ou administrativa.

Argumenta que, se o Juízo Criminal entendeu que as provas não são suficientes para incriminar essas pessoas, supostamente vinculadas à recorrente, menos ainda as pretensas provas podem ser utilizadas para atribuição de responsabilidade tributária, sendo a aplicação da decisão penal ao presente processo, de forma a desconstituir o quanto alegado pela fiscalização, é imperiosa.

Diante desse fato superveniente, requer a reforma da decisão recorrida e o cancelamento do AI em questão e, caso assim este Conselho não entenda, requer o cancelamento das contribuições indevidamente cobradas em razão do suposto vínculo societário e diretivo relacionado ao Sr Helio Benetti Pedreira que, conforme exposto, foi inocentado no processo criminal, logrando comprovar não possuir qualquer relação jurídica e comercial com a recorrente.

Traz outro fato superveniente, que consiste na inspeção pelo MTE, que, na ocasião, solicitou a regularização do registro de seis prestadores de serviços, o que foi efetuado pela recorrente, sendo que a fiscalização daquele Ministério, após análise de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas envolvendo a recorrente e seus prestadores, considerou os contratos de prestação de serviços regulares, tendo concluído pela existência de poucos vínculos empregatícios e tão somente esses, determinando que referidos empregados fossem regularmente registrados, o que foi feito no prazo de 48 horas pela recorrente.

Informa que, muito embora o escopo dessa fiscalização tenha sido a verificação de relações de emprego, o MTE e a Procuradoria Regional do Trabalho do MPU não constatarem nenhum vínculo societário e de direção entre a recorrente e as pessoas arroladas pela fiscalização.

Insiste na aplicação da regra decadencial do art. 150, § 4º, do CTN, para reafirmar que os lançamentos ocorridos antes de 15/12/2003 estariam atingidos pela decadência, e insurge-se contra a incidência de juros sobre a multa de ofício, alegando ilegalidade de sua cobrança.

Alega, por fim, inaplicabilidade da taxa SELIC como juros de mora, e requer a reforma integral da decisão recorrida, e que seja julgado procedente o presente recurso voluntário, cancelando *in totum* o Auto de Infração.

É o relatório.

VOTO

Bernadete de Oliveira Barros – Relatora

O recurso é tempestivo e não há óbice para o seu conhecimento.

Verifica-se, da análise dos autos, que a fiscalização entendeu que houve simulação nos serviços prestados pelas pessoas físicas relacionadas no Relatório Fiscal, representadas por empresas interpostas, e que foram enquadradas pelo fisco como sócios da recorrente, por terem sido constatados os elementos que os enquadram no art. 12, inciso V, “f”, da Lei 8.212/91.

Em decorrência dessa constatação, a autoridade autuante lavrou o presente AI, lançando as contribuições incidentes sobre as referidas remunerações, aferidas indiretamente, com base nas notas fiscais emitidas pelas pessoas jurídicas, prestadoras de serviços, cujos representantes foram considerados pela auditoria fiscal como sócios do contribuinte.

A autoridade lançadora informa, no item 1.3, do relatório fiscal, que “Este procedimento fiscal é resultante das ações desenvolvidas na “Operação Persona”, denominação adotada pelo Departamento da Polícia Federal - DPF, fruto de 2 anos de investigações conjuntas do DPF, da Receita Federal do Brasil - RFB, do Ministério Público Federal - MPF e da Justiça Federal, objetivando apurar a existência de diversos ilícitos, tais como, interposição fraudulenta, sonegação, falsidade ideológica e documental, entre outras.

Esclarece que a referida operação resultou na apreensão de vasto material que comprovam os ilícitos, material esse que ficou à disposição para manuseio pela Receita Federal do Brasil - RFB mediante solicitação ao Departamento da Polícia Federal – DPF, com autorização judicial.

Em seu recurso, a recorrente inova em relação à impugnação, afirmando que houve absolvição, na esfera penal, em 17/02/2011, de algumas das pessoas físicas, consideradas pelas autoridades fiscais como sócios ocultos da recorrente, o que, segundo entende, demonstra que tais pessoas não participaram de qualquer ilícito de que foram acusados, inexistindo qualquer prova que possam lhe imputar responsabilidade, seja criminal, cível ou administrativa.

Argumenta que, se o Juízo Criminal entendeu que as provas não são suficientes para incriminar essas pessoas, supostamente vinculadas à recorrente, menos ainda as pretensas provas podem ser utilizadas para atribuição de responsabilidade tributária, sendo a aplicação da decisão penal ao presente processo, de forma a desconstituir o quanto alegado pela fiscalização, é imperiosa.

Em seguida, às fls. 863, junta cópia da referida sentença judicial.

Em que pese esses argumentos não terem sido apresentados em sede de defesa, trata-se de fato superveniente, uma vez que, conforme documentação apensada, a sentença foi proferida somente em 02/2011, nos autos do processo 0005827-49.2003.403.6181, em trâmite perante a 4ª Vara Criminal Federal em SP, ou seja, dois anos após a impugnação.

Dessa forma, considerando que a autoridade autuante ressaltou, no item 3.1, do Relatório Fiscal, que a constatação da ocorrência dos fatos geradores das contribuições previdenciárias não seria possível sem a análise e utilização da documentação apreendida, entendendo que, em respeito ao princípio da verdade material, que norteia o processo administrativo fiscal, o processo deva ser convertido em diligência, para que a autoridade fiscal se pronuncie quanto aos argumentos expendidos em sede recursal, mais especificamente no item III-3, do recurso, investigando a veracidade das informações ali prestadas e se manifestando, de forma conclusiva, se tais fatos supervenientes são suficientes para a retificação do débito.

E, ainda, para que não fique configurado o cerceamento do direito de defesa, que seja dada ciência ao sujeito passivo do teor dos esclarecimentos a serem prestados pela fiscalização, abrindo prazo para sua manifestação.

Nesse sentido e Considerando tudo o mais que dos autos consta;

Voto no sentido de CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.

É como voto.

Bernadete de Oliveira Barros - Relatora