



Ministério da Economia
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 12267.000118/2008-51
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-010.226 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de fevereiro de 2023
Recorrente ROUTE TECNOLOGIA LTDA
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/12/2005

NULIDADE DO LANÇAMENTO.

A nulidade só cabe quando os atos e termos são lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

RECURSO COM MESMO TEOR DA IMPUGNAÇÃO. DECISÃO RECORRIDA QUE NÃO MERECE REPAROS.

Nos termos da legislação do Processo Administrativo Fiscal, se o recurso repetir os argumentos apresentados em sede de impugnação e não houver reparos, pode ser adotada a redação da decisão recorrida.

SALÁRIO DE CONTRIBUIÇÃO - GANHOS HABITUAIS EM UTILIDADES.

O salário de contribuição é a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

DESPESAS NÃO COMPROVADAS - VEÍCULOS

Os valores pagos ao empregado a título de ressarcimento pelas despesas decorrentes do uso de seu veículo particular em trabalho, quando não devidamente comprovados, serão considerados como salário de contribuição para fins de incidência das contribuições devidas à Seguridade Social.

SEGURADOS EMPREGADOS - CARACTERIZAÇÃO

Verificada a prestação de serviços por segurados que preenchem os requisitos caracterizadores da relação de emprego, não importando qual tenha sido a forma de contratação, é competente o auditor fiscal da Receita Federal do Brasil para lançar as contribuições devidas e incidentes sobre a remuneração paga.

ARBITRAMENTO - ÔNUS DA PROVA

Em caso de recusa ou sonegação de documentos ou informações, a importância reputada devida é lavrada de ofício, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Debora Fofano dos Santos, Douglas Kakazu Kushiya, Francisco Nogueira Guarita, Fernando Gomes Favacho, Marco Aurelio de Oliveira Barbosa, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto contra decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento - DRJ, de fls. 1342/1360, a qual julgou procedente em parte o lançamento de Contribuições Previdenciárias do período de apuração compreendido entre 01/02/2004 a 31/12/2005.

Peço vênia para transcrever o relatório produzido na decisão recorrida:

Trata-se de crédito lançado pela fiscalização (NFLD DEBCAD 37.105.523-7, consolidado em 18/10/2007), no valor de R\$ 523.312,72; acrescidos de juros e multa, contra a empresa acima identificada que, de acordo com o Relatório Fiscal (fls. 121/134), refere-se à contribuições devidas à Seguridade Social, relativas à parte dos segurados, da empresa, das destinadas ao financiamento dos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade laborativa decorrente dos riscos ambientais do trabalho e as destinadas a Terceiros (FNDE, INCRA, SENAC, SESC, SEBRAE).

2. Informa a Auditoria Fiscal que constituem fatos geradores das contribuições lançadas, os valores pagos aos segurados empregados e contribuintes individuais apurados através de folhas de pagamento, dos lançamentos contábeis, dos Recibos de Pagamentos a Autônomos - RPA e documentos de caixa apresentados, bem como as remunerações auferidas pelos empregados de forma indireta, como:

a) pagamentos a título de aluguel, seguro e melhorias de veículos de propriedade seus empregados;

b) pagamentos a título de ressarcimento de despesas de seus administradores sem a devida comprovação;

Da Impugnação

O contribuinte foi intimado e apresentou defesa tempestiva, impugna o auto de infração, e fazendo, em síntese, através das alegações a seguir descritas.

DA IMPUGNAÇÃO

3. A interessada manifestou-se às fls. 1052/1091, trazendo as alegações a seguir reproduzidas em síntese:

3.1. Que a peça intitulada Relatório Fiscal é de uma redação um tanto confusa, e várias vezes obscura, e tal procedimento acarreta grande dificuldade de compreensão e análise por parte da empresa de tudo que foi considerado como fato gerador e base de cálculo das contribuições previdenciárias supostamente devidas e, por certo, também dificultará o julgamento da presente defesa;

3.2. que o procedimento da Autoridade Fiscal dificulta o entendimento da empresa sobre o trabalho realizado pelo mesmo, e a respectiva elaboração de defesa, ferindo o direito ao contraditório e a ampla defesa constitucionalmente assegurados;

Do levantamento “AUT - SEGURADOS AUTÔNOMOS”

3.3. a Autoridade Fiscal se baseia exclusivamente em documentos da caixa que são documentos de controle interno da empresa que não obedecem a nenhuma formalidade legal sendo que a utilização desses documentos, para fundamentar qualquer lançamento tributário, NÃO TEM NENHUM RESPALDO LEGAL;

3.4. a empresa disponibilizou TODA A CONTABILIDADE para a fiscalização e que durante a ação fiscal não foi sonogada ou omitida qualquer informação de que a empresa dispunha;

3.5. nas competências em que não houve a apresentação dos documentos solicitados, por não ter sido efetuado pagamento a contribuintes individuais, achou por bem a Autoridade Fiscal efetuar o lançamento por arbitramento, e o faz sequer explicando o motivo como aferiu tais valores e no que se baseou para efetuar a apuração;

3.6. ao pagar a empresa NUNES PONTES REPRESENTAÇÃO E SERVIÇOS DE ENGENHARIA LTDA., a tesouraria preenchia muitas vezes, no documento intitulado “cópia de cheque”, que é um documento de controle interno da empresa, o nome da pessoa para que se estava entregando o cheque, no caso específico, Manoel Nunes Pontes, sócio gerente da pessoa jurídica;

3.7. o mesmo procedimento ocorria quando era efetuado pagamento à empresa SISTEX SISTEMAS E SERVIÇOS LTDA., quando o cheque era recebido pelo sócio Herton Carlos Moura ou ainda no caso da empresa PATRILANE AUTO SERVIÇO DE GUINCHO LTDA., cujos pagamentos eram entregues através do sócio Luis Moraes de Oliveira Filho;

3.8. no período de 01/05 a 10/05 considerou a conta de ativo “1.1.2.04.001 – Adiantamento a Sócios” como pro labore sendo que, na verdade tais pagamentos foram feitos a título de adiantamento de lucros e dividendos distribuídos, o que não se constitui em base de cálculo de contribuição previdenciária;

Do levantamento “PL - PRO - LABORE”

3.9. O Auditor Fiscal utilizou a mesma conta contábil mencionada no levantamento “aut - segurados autônomos”, tributando diversos lançamentos em duplicidade, demonstrando falta de cuidado da Autoridade Fiscal;

3.10. Rodrigo Luis Dererme e Marcio Aguiar da Silveira não são administradores e sim sócios-gerentes e os pagamentos efetuados aos mesmos se tratavam de lucros e dividendos efetuados às empresas sócias, através de seus representantes, e não de pro labore;

3.11. as contas 2.1.1.09.001 - Lucros e Dividendos a Distribuir e Adiantamentos a Sócios - 1.1.2.04.001 - tendo ambas a mesma natureza, ou seja, a antecipação da distribuição de lucros e dividendos aos sócios, não sujeitas a incidência de contribuições previdenciárias, sofreram conciliações ao fim do exercício com a conta Lucros e dividendos distribuídos;

Do levantamento “PLI - PRO-LABORE INDIRETO”

3.12. a Autoridade Fiscal considerou erroneamente que seriam tais pagamentos pro labore indireto quando na verdade, tratam-se de antecipação dos pagamentos feitos a título de distribuição de lucros e dividendos não podendo, portanto, constituir base de cálculo de contribuição previdenciária;

3.13. a Autoridade Fiscal tributou tais lançamentos da mesma forma como procedeu no levantamento anterior PL, o fazendo em duplicidade e lesando o contribuinte ao considerar a mesma base de cálculo duas vezes;

3.14. na conta “3.1.2.01.033 Representação” são contabilizadas meras despesas administrativas que no ano de 2002 foram pagas através do cartão corporativo American Express, cuja forma de lançamento contábil dificultou a apresentação das notas fiscais que comprovariam a natureza das despesas;

3.15. verifica-se, dessa forma, que tais valores nunca poderiam ter sido considerados como pra labore indireto, pois as despesas não foram efetuadas ou se reverteram a favor de qualquer sócio;

Do levantamento “VEI – VEÍCULOS PRÓPRIOS”

3.16. os pagamentos feitos pela empresa são, obviamente, ressarcimentos a seus empregados, pela utilização de seus bens pessoais usados no atendimento de uma necessidade da empresa, em suas atividades;

3.17. importante mais uma vez ressaltar, que não existe na legislação em vigor, impedimento para que uma empresa alugue automóveis dos seus empregados para utilização em serviço, o que configura totalmente seu caráter indenizatório;

3.18. os valores pagos, referentes aos seguros dos automóveis, como pode verificar muito bem a fiscalização, apenas se referiram aos veículos que eram alugados pela empresa, não havendo pagamento indiscriminado que poderia constituir “ganho econômico” a qualquer empregado;

Do levantamento “SNI - SEGURADOS NÃO INSCRITOS”

3.19. Arnaldo C. Menezes mediante delegação dos sócios, possuía amplos poderes de direção, administração e gerenciamento da empresa, funcionando como verdadeiro preposto destes, de forma totalmente autônoma e independente, não possuindo por conseguinte, um requisito fundamental para que fosse caracterizada a relação empregatícia: a subordinação jurídica;

3.20. Os segurados autônomos Bruno de Souza Jordão e Renato Duarte Fulche, foram empregados da empresa até 31/07/2002, e após esta data prestaram em alguns meses serviços para a empresa, de forma esporádica, tendo em vista que ambos exerciam a função de técnicos de manutenção de radares e não havia a necessidade habitual e permanente de seus serviços;

3.21. em 03/2003, os contratos foram retomados e o trabalho dos técnicos se tomou necessário e permanente, então a empresa novamente os contratou como empregados;

3.22. o mesmo ocorre em relação à segurada Viviane Bueno Davila, apenas diferindo quanto ao período de afastamento que, neste caso, ocorreu entre 06/2003 e 01/2004, ou seja, seis meses;

3.23. o segurado autônomo Vinicius Bueno Davila, recebeu apenas verbas variáveis e não habituais, de forma descontínua, apenas quando havia necessidade de algum serviço extra, administrativo e o mesmo era contratado para sua realização;

3.24. o Fiscal limita-se a listar as cópias dos cheques emitidos pela Tesouraria, documentos internos elaborados pela própria empresa, com o logotipo da mesma, e 'deduz' serem tais pagamentos salário, em razão do simples histórico contido em tais documentos;

3.25. a Fiscalização supôs, sem nenhum respaldo fático e legal, que tais trabalhadores eram empregados e, sponte própria, resolveu lhes atribuir salário que NAO LHE FOI PAGO pela empresa;

3.26. a violação do direito do contraditório e da ampla defesa consagrados na Constituição demonstra a arbitrariedade do procedimento fiscal levado a efeito pelo Auditor Notificante;

3.27. o Sr. Luis Fernando Domingos Frade, considerado como empregado, era na verdade um diretor não empregado, contratado com total autonomia e com o objetivo precípuo de aumentar o faturamento da empresa, em razão do grande conhecimento e experiência sobre o modus operandi em que empresas que atuam no mesmo segmento econômico que a Route Tecnologia;

3.28. os segurados Eduardo Val Pegorim e André Santiago Pegorim, também caracterizados como segurados empregados, na verdade, os mesmos sempre foram trabalhadores autônomos;

3.29. o Fiscal toma como base os lançamentos na Conta Caixa, e se fundamenta em documentos internos da empresa sem qualquer validade legal ou jurídica para atribuir aos prestadores de serviços a condição de empregados, ora ele “extrapola” tais valores sem explicar como ou porque adota esta postura;

3.30. a Auditoria Fiscal achou por bem desconsiderar a personalidade de pessoas jurídicas formal e legalmente constituídas, para considera-las como segurados empregados, não restando provados todos os requisitos da relação empregatícia;

Do levantamento “SEM - SEGURADOS EMPREGADOS”

3.31. trata-se de valores pagos aos empregados que desempenham a função de técnicos de manutenção externos, a título de reembolsos de materiais comprados pelos mesmos para a manutenção de equipamentos;

3.32. nos demais lançamentos, as parcelas descritas pelo Auditor como “remuneração não incluída na base de cálculo”, não o foram por estrita observância da legislação em vigor, como o pagamento do adiantamento da primeira parcela do 13º salário;

3.33. nas parcelas levantadas aonde não são descritas as Contas contábeis, muito embora o Fiscal tenha dito claramente que foi na contabilidade, temos o pagamento de reembolso de Plano de saúde;

Da omissão na redução da multa

3.34. é indevida a omissão na redução da multa de 50% sobre as contribuições previdenciárias declaradas em GFIP, em decorrência da consideração, pela fiscalização, de valores supostamente integrantes da base de cálculo que ainda não restaram devidamente julgados e que não são considerados com essa natureza pela empresa;

3.35. dada a controvérsia sobre a natureza de tais pagamentos e sua qualificação ou não como base de cálculo das contribuições previdenciárias, o enquadramento jurídico dado pela empresa não pode onerá-la de forma a se concluir sumariamente que a redução da multa não é devida;

3.36. requer seja julgado improcedente o lançamento consubstanciado na Notificação Fiscal de Lançamento de Débito ora atacada.

Da Decisão da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento

Quando da apreciação do caso, a Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento julgou procedente em parte a autuação, conforme ementa abaixo (fl. 1342/1343):

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2002 a 31/10/2005

Decadência parcial - lançamento por homologação.

O direito de a Seguridade Social apurar e constituir seus créditos, inclusive os referentes as contribuições destinadas às entidades e fundos paraestatais, no lançamento por homologação, extingue-se após 5 anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Cerceamento de defesa - inocorrência.

Não merece acolhida a alegação de cerceamento de defesa, haja vista que todos os relatórios foram entregues ao contribuinte, onde consta a indicação de onde os valores foram extraídos.

Salário de contribuição - ganhos habituais em utilidades.

O salário de contribuição é a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades.

Despesas não comprovadas - veículos

Os valores pagos ao empregado a título de ressarcimento pelas despesas decorrentes do uso de seu veículo particular em trabalho, quando não devidamente comprovados, serão considerados como salário de contribuição para fins de incidência das contribuições devidas à Seguridade Social.

Segurados empregados - caracterização.

Verificada a prestação de serviços por segurados que preenchem os requisitos caracterizadores da relação de emprego, não importando qual tenha sido a forma de contratação, é competente o auditor fiscal da Receita Federal do Brasil para lançar as contribuições devidas e incidentes sobre a remuneração paga.

Arbitramento - ônus da prova.

Em caso de recusa ou sonegação de documentos ou informações, a importância reputada devida é lavrada de ofício, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Produção de provas.

O momento para a produção de provas, no processo administrativo, é juntamente com a impugnação.

Lançamento Procedente em Parte

A decisão recorrida acolheu em parte a alegação de decadência para as contribuições lançadas até a competência 09/2002.

Do Recurso Voluntário

O Recorrente, devidamente intimado da decisão da DRJ, apresentou o recurso voluntário de fls. 1365/1409, em que repetiu os argumentos apresentados em sede de impugnação, apresentando em sede de preliminar, a alegação: da não observância do direito ao contraditório no julgamento de primeira instância.

Este recurso compôs lote sorteado para este relator em Sessão Pública.

É o relatório do necessário.

Voto

Conselheiro Douglas Kakazu Kushiya, Relator.

Do Recurso Voluntário

O presente Recurso Voluntário foi apresentado no prazo a que se refere o artigo 33 do Decreto n. 70.235/72 e por isso, dele conheço e passo a apreciá-lo.

DA NÃO OBSERVÂNCIA DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO NO JULGAMENTO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

De acordo com esta preliminar de nulidade, a decisão recorrida deveria ser considerada nula.

São considerados nulos, no processo administrativo fiscal, os atos expedidos por pessoa incompetente ou com a falta de atenção ao direito de defesa, conforme preceitua o artigo 59 do Decreto nº 70.235 de 1972:

"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.

§ 1º A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência.

§ 2º Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados, e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§ 3º Quando puder decidir do mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou supri-la a falta.(Redação dada pela Lei nº 8.748, de 1993) "

Ou seja, para que uma decisão ou mesmo para que o auto de infração seja declarado nulo, deve ter sido proferido por pessoa incompetente ou mesmo violar a ampla defesa do contribuinte.

O fato de não acolher à pretensão do contribuinte, não significa que a decisão não observou o contraditório.

Verifica-se sim, que o contribuinte entendeu muito bem a situação em que se encontrou, de modo que exerceu a contento o seu direito de defesa e a decisão apreciou os argumentos apresentados.

Sendo assim, nada a prover quanto a este ponto.

Com relação às demais alegações, verifica-se que o Recurso apresentado repete os argumentos trazidos em sede de impugnação que já foram devidamente analisados e com os quais concordo e me utilizo como fundamentos e razão de decidir, conforme faculta o disposto no artigo 57, § 3º do do RICARF:

Art. 57. Em cada sessão de julgamento será observada a seguinte ordem:

(...)

§ 3º A exigência do § 1º pode ser atendida com a transcrição da decisão de primeira instância, se o relator registrar que as partes não apresentaram novas razões de defesa perante a segunda instância e propuser a confirmação e adoção da decisão recorrida. (Redação dada pela Portaria MF nº 329, de 2017)

Sendo assim, passo a transcrever a decisão recorrida, com a qual concordo e me utilizo como razão de decidir.

(...)

Da inexistência de cerceamento de defesa

16. Este órgão a quo de controle da legalidade do ato administrativo de lançamento posiciona-se absolutamente contrário aos argumentos da impugnante em relação ao suposto do cerceamento de defesa, por não terem fundamento.

17. A notificação está revestida de todos os requisitos legais, uma vez que o fato gerador foi minuciosamente explicitado no relatório fiscal, a base legal do lançamento foi demonstrada no Relatório de Fundamentos Legais - FLD, e todos os demais dados necessários à correta compreensão da exigência fiscal estão dispostos nos diversos discriminativos que integram a NFLD. Foi garantido, ainda, à impugnante o prazo legal de trinta dias para apresentar suas alegações, tendo a mesma, exercido o que lhe foi assegurado no inciso LV do Artigo 5º da Constituição Federal, ou seja, o contraditório e a ampla defesa.

Do mérito

18. Quanto aos demais argumentos apresentados na peça defensiva, os mesmos não são capazes de ilidir o procedimento fiscal, conforme demonstraremos a seguir:

19. Conforme Relatório Fiscal, os lançamentos efetuados foram separados nos seguintes levantamentos:

AUT - Segurados Autônomos - contribuições incidentes sobre as remunerações dos segurados contribuintes individuais, no período, 01/2002 a 01/2003, na filial e 02/2003 a 10/2005, na matriz, cujas bases de cálculo estão discriminadas nos Anexo 2 e 6, às fls. 146/156 e 164/167;

PL - Pró-labore - contribuições incidentes sobre as remunerações dos contribuintes individuais administradores da empresa, no período 07/2003 a 10/2005, na matriz, cujas bases de cálculo estão discriminadas nos Anexos 3, 4 e 7, às fls. 157/161 e 168;

PLI - Pró-labore Indireto - contribuições incidentes sobre as remunerações auferidas de forma indireta pelos segurados contribuintes individuais administradores da empresa, no período 01/2002 a 01/2003, na filial e 02/2003 a 07/2005 na matriz, cujas bases de cálculo estão discriminadas no Anexo 5, às fls. 162/163;

VEI - Veículos Próprios - contribuições incidentes sobre as remunerações auferidas de forma indireta pelos segurados empregados relativas a utilização de veículos próprios no exercício das atividades da empresa, no período 01/2002 a 01/2003, na filial e 02/2003 a 09/2005 na matriz, cujas bases de cálculo estão discriminadas no Anexo 8, às fls. 169/175;

SNI - Segurados Empregados Não Inscritos - contribuições incidentes sobre as remunerações de segurados caracterizados como empregados, período 01/2002 a 01/2003 na filial e 02/2003 a 10/2005 na matriz, cujas base de cálculo estão discriminadas nos Anexos 9, 10, 11 e 12, às fls. 176/194;

SEM - Segurados Empregados - contribuições incidentes sobre diferenças de remunerações de segurados empregados apuradas através da contabilidade, ou de documentos de caixa apresentados, período 07/2002 a 01/2003 na filial e 02/2003 a 11/2003, cujas bases de cálculo estão discriminadas no Anexo 13, às fls. 195/196.

20. Portanto, ao contrário do que alega a interessada, os relatórios fiscais, em conjunto com suas planilhas, atenderam plenamente aos requisitos estabelecidos pelo art. 142, do CTN e pelo artigo 37, da Lei nº 8.212/1991, bem como pela legislação federal atinente ao processo administrativo fiscal (Decreto nº 70.235/ 1972), pois descrevem os fatos que deram ensejo à constituição do presente crédito tributário, caracterizando-os como fatos geradores de contribuições previdenciárias e fornecendo todo o embasamento legal e normativo para o lançamento, apto a possibilitar o exercício do direito de defesa pelo contribuinte, não havendo, pois qualquer nulidade a ser declarada.

Do levantamento “AUT - SEGURADOS AUTONOMOS”

21. Como informado pela Auditoria Fiscal, foi verificada na análise da escrituração contábil da empresa, constatou-se registro de pagamentos pela prestação de serviços, efetuados a pessoas físicas e lançados na conta “3.1.2.01.026 - Serviços Prestados Pessoa Física”. Alguns pagamentos classificados pela empresa como executados por pessoa jurídica, mas não foram apresentadas as notas fiscais de serviços, foram considerados pela Auditoria, como executados por pessoa física, eis que o pagamento foi efetuado contra recibo assinado por pessoa física, ou através depósito em conta de pessoa física.

Portanto, nos termos da legislação pertinente, lançou-se a contribuição social devida a partir da existência deste fato gerador.

22. A verificação quanto à correspondência (ou não) entre aquilo que é consignado nos documentos e livros contábeis e a realidade dos fatos é, em síntese, o âmago da atividade de Auditoria Fiscal. Assim, não poderia o Auditor Fiscal ficar amarrado ao papel de mero homologador das declarações da empresa, razão porque não há como defender que o Auditor não pudesse lançar as contribuições que constatassem serem devidas, após se deparar com todos os indícios, em tese, de tentativa de mascarar valores que, em verdade, correspondem à remuneração de contribuintes individuais e, por isso, fatos geradores de contribuições previdenciárias como parcelas não compreendidas no salário-de-contribuição.

Do levantamento “PL - PRO-LABORE”

23. Quanto à alegação de tributação em duplicidade, cabe esclarecer que, conforme informa a Auditoria Fiscal, o Anexo I (fls. 140/145), “trata-se de discriminativo dos valores apurados através dos documentos apresentados relacionados às contribuições previdenciárias que foram contabilizados de forma incorreta, em razão da classificação em conta inapropriada e, por conter histórico que não condiz com a realidade”. Assim, não há levantamento apurado com base neste Anexo, seus valores estão distribuídos nos diversos levantamentos acima citados, dependendo do tipo de pagamento e da nova classificação dada pela fiscalização. Não existe cobrança em duplicidade.

24. Quanto à alegação de que os Srs. Rodrigo Luis Derenne e Márcio Aguiar da Silveira não seriam administradores e sim sócios da impugnante, através da “alteração contratual” juntada pela própria, consta que os únicos sócios da ROUTE TECNOLOGIA LTDA, são as pessoas jurídicas MFJ ASSESSORIA E CONSULTORIA LTDA CNPJ 05.698.138/0001-20, e RRD CONSULTORIA LTDA, CNPJ 04.400.641/0001-94, portanto, os pagamentos efetuados às citadas pessoas físicas caracterizam-se como retribuição pelo trabalho exercido como administradores da empresa.

25. Cabe ainda esclarecer que a distribuição de lucros aos sócios deve respeitar a periodicidade fixada no contrato ou estatuto social, bem como as regras que disciplinam as demonstrações financeiras das sociedades, enquanto os pagamentos às pessoas físicas foram efetuados mensalmente durante o período de 07/2003 a 10/2005.

26. Neste sentido, os art. 201, II e §§1º e 5º, II, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/1999, nos seguintes termos:

Art. 201. A contribuição a cargo da empresa, destinada à seguridade social, é de:

(...)

II - vinte por cento sobre o total das remunerações ou retribuições pagas ou creditadas no decorrer do mês ao segurado contribuinte individual; (Redação dada pelo Decreto nº 3.265/1999)

§ 1º São consideradas remuneração as importâncias auferidas em uma ou mais empresas, assim entendida a totalidade dos rendimentos pagos, devidos ou creditados a qualquer título, durante o mês, destinados a retribuir o trabalho, qualquer que seja a sua forma, inclusive os ganhos habituais sob a forma de utilidades, ressalvado o disposto no §9º do art. 214 e excetuado o lucro distribuído ao segurado empresário. observados os termos do inciso II do § 5º.

§ 5º No caso de sociedade civil de prestação de serviços profissionais relativos ao exercício de profissões legalmente regulamentadas, a contribuição da empresa referente aos segurados a que se referem as alíneas “g” a “i” do inciso V do art. 93, observado o disposto no art. 225 e legislação específica, será de vinte por cento sobre: (Redação dada pelo decreto nº 3.265, de 29/11/1999)

II - os valores totais pagos ou creditados aos sócios, ainda que a título de antecipação de lucro da pessoa jurídica, quando não houver discriminação entre a remuneração decorrente do trabalho e a proveniente do capital social ou tratar-se

de adiantamento de resultado ainda não apurado por meio de demonstração de resultado do exercício. (Redação dada pelo decreto nº 3.265/1999)

Do levantamento “PLI - PRO-LABORE INDIRETO”

27. Através da análise da contabilidade da empresa a Fiscalização constatou o pagamento de faturas do cartão de crédito “American Express” e o reembolso de outras despesas dos administradores da empresa. Note-se que a Autoridade Fiscal solicitou os documentos pertinentes para comprovação das despesas efetuadas nos cartões por parte dos administradores, tais como notas fiscais, faturas, recibos ou contratos que fundamentaram os lançamentos fiscais. Estes elementos foram requeridos através de Termo de Intimação para Apresentação de Documentos - TIAD, emitido em 06/08/2007, no entanto a empresa não os disponibilizou, o que ensejou, inclusive autuação (AI nº 37.125.192-3).

28. Tais elementos teriam (e têm) fundamental importância na efetiva identificação da natureza jurídica da aludida parcela, motivo pelo qual tal conduta omissiva levou o autor do lançamento a considerar remuneração indireta as rubricas em exame, com respaldo nos §§ 1º, 2º e 3º do art. 33, da Lei nº 8.212/1991, abaixo transcritos, não havendo, portanto, que se falar em ilegitimidade do lançamento:

“Art. 33

(...)

§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 solicitadas.

(Atualmente Secretaria da Receita Federal do Brasil)

§ 2º A empresa, o servidor de órgãos públicos da administração direta e indireta, o segurado da Previdência Social, o serventário 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.”(grifei)

29. O tributo incide sobre fatos reais, quando estes são considerados pela norma hipótese de incidência tributária. A autoridade fiscal não se furtou a descrever detalhadamente os fatos geradores e configurar a subsunção do fato à norma que gerou a obrigação de recolhimento do tributo.

30. Assim, uma vez corretamente demonstrado o fato gerador, o ônus da prova em contrário de que não houve o fato infrigente compete ao sujeito passivo, que não cumpriu com o seu dever legal de fornecer à fiscalização os elementos de que esta necessitava para desenvolver seu trabalho e apurar o efetivo cumprimento da obrigação previdenciária. Vale lembrar que ninguém pode se beneficiar da própria torpeza. Como diz a doutrina de Leandro Paulsen:

“Jamais pode o contribuinte se furtar à fiscalização. Poderá, sim, opor-se aos efeitos de eventual lançamento que entenda ilegal. Ocorre, com freqüência, uma confusão entre atividade de fiscalização tributária e seus efeitos. Contra aquela, o contribuinte não pode se opor, tendo inclusive o dever legal de facilitá-la; contra esses, tem abertas inúmeras vias, nas esferas administrativa e judicial, para deduzir seu eventual inconformismo” (in Direito Tributário, Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e jurisprudência, 6. ed, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2004, p. 123 7).

D0 levantamento “VEI - VEÍCULOS PRÓPRIOS”

31. A Fiscalização considerou como salário utilidade a remuneração auferida de forma indireta a título de aluguel de veículos dos empregados da impugnante, os seguros dos veículos, o aluguel de garagens e melhorias realizadas nos mesmos, em razão da não comprovação de tratar-se de parcela indenizatória.

32. A legislação previdenciária ao expressar o conceito de salário-de-contribuição, destacou: "... os ganhos habituais sob a fomia de utilidades", adequando-se ao texto constitucional, que diz: "os ganhos habituais do empregado, a qualquer título, serão incorporados ao salário para efeito de contribuição previdenciária e conseqüente repercussão em benefícios, nos casos e na forma da lei" (CF/88, art. 201, § 11º).

33. Assim, as verbas remuneratórias fornecidas pela empresa, mesmo que sob a forma de utilidades, são bases de cálculo previdenciária, a não ser que se enquadrem nas exclusões previstas no parágrafo 9º do art. 28 da Lei 8.212/1991, que dispõe exhaustivamente sobre as hipóteses em que determinada parcela não integra o salário-de-contribuição, e entre elas, consta especificadamente, na alínea “s”, o ressarcimento de despesas pelo uso de veículo do empregado (...), quando devidamente comprovadas as despesas realizadas, nos termos da redação dada pela Lei nº 9.528/1997.

34. No caso em exame, em que pese a existência de contratos de locação firmados com os empregados, entendemos que os referidos negócios jurídicos têm plena validade e eficácia entre os pactuantes, e isto não se discute, porém os mesmos afiguram-nos inoponíveis ao Fisco, tendo em vista que celebrados com a nítida intenção de afastar a incidência do preceito insculpido no art. 28, § 9º, alínea “s”, da Lei 8.212/1991, que, por sua vez, condiciona a isenção das contribuições previdenciárias devidas à prévia prestação de contas, por parte dos empregados, dos dispêndios efetivos por eles suportados em decorrência do uso do seu próprio veículo em suas atividades laborais.

Do levantamento “SNI - SEGURADOS NÃO INSCRITOS”

35. No caso em tela, a Fiscalização constatou através de lançamentos e documentos contábeis, o pagamento de serviços prestados por pessoas físicas, em que estavam presentes os pressupostos caracterizadores da relação de emprego, quais sejam: pessoalidade, onerosidade, não eventualidade e subordinação jurídica.

35.1. O segurado Arnaldo Cruz Menezes, nomeado pelos sócios, exerceu a gerência e administração da empresa no período de 22/03/2002 a 22/07/2003 e recebeu salário, comissões e demais benefícios no período de 01/01/2002 a 31/10/2003;

35.2 Os segurados Bruno de Souza Jordão e Renato Duarte Fulche, empregados da empresa, como técnicos, até 31/07/2002, quando foram demitidos. Continuaram prestando serviços e foram readmitidos em 05/03/2003;

35.3. A segurada Viviane Bueno Davila, empregada da empresa até 13/06/2003, como assistente administrativa. Continuou prestando serviços até 01/02/2004, sendo readmitida em 02/02/2004;

35.4. Os segurados Vinicius Bueno Davila e Luis Fernando Domingos Frade, foram empregados da empresa, no período fiscalizado, recebendo salários, comissões e demais benefícios;

35.5. Os segurados Eduardo Val Pegorim e André Santiago Pegorim, foram empregados da empresa na função de técnicos, até 31/10/2003, recebendo salários e reembolso de plano de saúde e outras despesas. A partir de 01/11/2003 passaram a receber como a pessoa jurídica EVP - Comércio e Representações de Materiais Elétricos Eletrônicos e Serviços Ltda, CNPJ 32.198.509/0001-87;

35.6. Informa ainda a Autoridade Fiscal que “estes segurados não estão relacionados no Livro de Registro de Empregados, nem constam das folhas de pagamento, RAIS e GFIP do sujeito passivo, nos respectivos períodos”.

36. O artigo 229, § 2º do Regulamento da Previdência Social - RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999, expressamente dispõe que “se o Auditor Fiscal da Previdência

Social constatar que o segurado contratado como contribuinte individual, trabalhador avulso, ou sob qualquer outra denominação preenche as condições referidas no inciso I do caput do art. 9º. deverá desconsiderar o vínculo pactuado e efetuar o enquadramento como segurado empregado. Referido artigo 9º reproduz o contido no inciso I do artigo 12 da Lei nº 8.212/1991, que define quem deve ser considerado como segurado empregado, para fins de contribuições previdenciárias.

37. Tal competência advém do Princípio da Busca da Verdade Material, que rege toda a atividade tributária, ou seja, não importa sob que forma determinado contrato foi celebrado, devendo ser considerada a verdadeira situação fática em que se encontram os segurados. Assim, é lícito à Fiscalização da Receita Federal do Brasil reconhecer a existência de relação de emprego com a finalidade de constituir e cobrar tributos, sem que tal procedimento acarrete o afastamento da competência institucional da Justiça do Trabalho, pois não visa ao reconhecimento de direitos decorrentes da relação empregatícia. É o que se extrai dos seguintes julgados:

“EMBARGOS INFRINGENTES. TRIBUTÁRIO. ATIVIDADE FISCAL DO INSS. RECONHECIMENTO DE VÍNCULO TRABALHISTA. POSSIBILIDADE.

1. Se o 'Termo de Cessão de Local', celebrado entre a Embargante e os professores ministrantes de cursos nas suas dependências, não contém apenas cláusulas referentes à locação do espaço para realização das aulas, mas diversas outras que demonstram a ingerência da Autora sobre a própria atividade realizada pelo cessionário, não há falar em inexistência de subordinação hierárquica, evidenciando-se a relação de emprego.

2. É lícito ao INSS reconhecer a existência de relação de emprego com a finalidade de constituir e cobrar tributos e demais exigências legais, sem que tal procedimento acarrete a usurpação da competência institucional da Justiça do Trabalho, pois não implica o reconhecimento de direitos decorrentes da relação empregatícia. "

(TRF 4ª Região, Primeira Seção, Rel. Juiz Dirceu de Almeida Soares, Processo n.º 19980401 0615341, j. em 5/6/2002, DJ em 17/7/2002)

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSUAL CIVIL. PREVIDENCIÁRIO. VÍNCULO EMPREGATÍCIO. (...).

1. O vínculo entre empregador e trabalhador não se confunde com a relação entre o fisco e o contribuinte, embora a caracterização do liame empregatício a ambas interesse.

2. O INSS, ao constatar o trabalho prestado por alguém a uma empresa, por ocasião de fiscalização, não invade a competência da Justiça do Trabalho, a quem cabe dizer da existência da relação de emprego, mas se encontra investida da atribuição institucional de fiscalizar a relação entre o contribuinte e a Previdência Social, a partir de situação concreta.

4. Apelação improvida."

(TRF 1ª Região, Segunda Turma Suplementar, Rel. Juiz Lindoval Marques de Brito, Processo n.º 199701 000352290, j. em 26/6/2001, DJ em 15/8/2001)

38. Pelo texto normativo transcrito no item 33 acima, comprova-se que o Auditor Fiscal tem o dever de verificar o perfeito enquadramento dos segurados para poder declarar a regularidade das contribuições recolhidas pela empresa. Veja-se ainda que no caso em questão, os motivos que o levaram ao reenquadramento dos segurados, encontram-se detalhadamente descritos nos subitens 18.1 a 18.12 do Relatório Fiscal às fls. 128/130, onde estão devidamente demonstrados todos os pressupostos para o enquadramento dos mesmos como segurados empregados, ou seja, a não eventualidade, a pessoalidade, a onerosidade e a subordinação jurídica, o que motivou a conclusão pela procedência do lançamento.

39. O fato de a empresa tratar o serviço prestado pelos profissionais como serviço prestado por pessoa jurídica, por existir contrato formal para tanto, não é suficiente para afastar a vinculação empregatícia, cuja remuneração pelos serviços, é fato gerador da contribuição previdenciária.

40. Para fins previdenciários, o que importa é a realidade fática, o que se chama, em geral, de “contrato realidade”, e não apenas o que foi formalmente estabelecido entre as partes, sendo que a existência de um contrato formal entre supostas pessoas jurídicas não é suficiente para afastar a vinculação empregatícia entre as partes.

41. O que se faz, aqui, é tão somente desconsiderar, para fins previdenciários, a interposição da pessoa jurídica como contratada, já que, de fato, esta apenas foi utilizada para lançar um véu sobre uma relação trabalhista real.

42. Quanto à autonomia de vontade e de liberdade das partes para contratar, é notório que tais fundamentos são basilares no Direito Pátrio, no entanto, a autonomia das partes e a liberdade dos contratos não podem se sobrepor às normas de Direito Público, sendo que as partes não podem afastar, mediante convenções particulares, a aplicação das normas imperativas de ordem pública, nas quais se enquadram as normas tributárias.

43. Diferente do que afirma o contribuinte, o auditor fiscal não está vinculado a uma ordem de preferência no exame da documentação da empresa. Não há elementos primários ou secundários. Todos os documentos fiscais são obrigatórios, têm o mesmo valor probante e servem igualmente para formar a convicção acerca da existência do fato gerador.

Do levantamento “SEM - SEGURADOS EMPREGADOS”

44. Ao analisar os lançamentos contábeis e documentos apresentados durante a ação fiscal a Fiscalização constatou o pagamento de diferenças de remunerações não incluídas em folha de pagamento, como diferenças de décimo terceiro salário, diferenças de folha de pagamento, reembolso plano de saúde e outras despesas. Assim, a única forma de promover alteração no lançamento é provar que as verbas salariais pagas constam das folhas de pagamento, que o plano de saúde é extensivo à totalidade dos empregados e dirigentes e, apresentar demonstrativos das despesas efetuadas pelos empregados, o que não ocorreu na impugnação apresentada pela empresa.

45. Cumpre ressaltar que a base de cálculo da contribuição previdenciária prevista constitucionalmente é composta não só da folha de salários como também dos demais rendimentos do trabalho pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física (art. 195, I, “a”, CF).

46. Os ganhos habituais sob a forma de utilidades, a exemplo dos valores pagos de reembolso de plano de saúde, são em regra parcelas integrantes do salário-de-contribuição. Ocorre que o art. 28, § 9º enumerou rubricas que não se incluem no salário-de-contribuição, além de outras rubricas que somente sob alguma condição são excluídas do referido conceito e da base de cálculo da contribuição previdenciária. Assim, se a parcela não estiver prevista como excluída da incidência previdenciária ou se a condição prevista não for atendida, aquela rubrica é considerada integrante do salário-de-contribuição.

47. No caso da presente NFLD, a empresa deixou de apresentar à época da ação fiscal uma série de documentos, já relacionados nesse decisum, que seriam fundamentais à auditoria fiscal na identificação das hipóteses de exclusão da incidência previdenciária.

48. A negativa do contribuinte em fornecer estes elementos, comprovando a origem dos pagamentos efetuados a título de despesas, deixou a fiscalização com apenas um caminho, o de lançar o crédito a partir da aferição indireta, nos termos do art. 33, §3º, da Lei 8.212/1991, tendo como base os registros contábeis.

Da omissão na redução da multa

49. A incidência de multa moratória sobre as contribuições sociais e outras importâncias arrecadadas pela Previdência Social, incluídas ou não em notificação fiscal de lançamento, pagas em atraso, objeto ou não de parcelamento, são calculadas conforme determinação legal (art. 35 da Lei nº 8.212/1991), de caráter irrelevável e natureza jurídica indenizatória, tendo seu cálculo explicitado e fundamentado no Relatório dos Fundamentos Legais do Débito (fls. 87/90), no item ACRÉSCIMOS LEGAIS - MULTA, não tendo ocorrido a hipótese prevista no §4º do mesmo artigo, para que a

impugnante fosse beneficiada com a redução de 50% da multa, com exceção do Levantamento FP - Folha de Pagamento, competência 07/2004.

50. Assim, como os dispositivos legais aplicados nesta NFLD não foram declarados inconstitucionais nem por ação direta nem por via indireta (com suspensão de sua aplicação pelo Senado Federal), continuam eles em pleno vigor, restando à Administração Pública, então, aplicá-los e, no caso da autoridade fiscal, deve fazê-lo sob pena de responsabilidade funcional (CTN, artigo 142, § único). Da mesma forma, continuam em pleno vigor, os atos normativos no que tange à sua legalidade, restando à autoridade fiscal o dever inafastável de cumpri-los.

51. O momento para a produção de provas, no processo administrativo, é juntamente com a impugnação. Portanto, caso se constatasse alguma incorreção no lançamento, deveria a impugnante ter trazido prova aos autos, em respeito ao princípio da verdade material que norteia o processo administrativo tributário. A partir do momento que o lançamento respeitou a legislação vigente, o ônus de comprovar as alegações trazidas na impugnação é do sujeito passivo, a teor do art. 16 do Decreto nº 70.235/1972. No presente caso, o que se verifica é que não foram apresentados os documentos durante a ação fiscal e, na impugnação, os documentos juntados não conseguiram ilidir o procedimento fiscal. Ademais, a mera alegação de apresentação de documentos por amostragem devido ao grande volume, não afasta a legitimidade do lançamento fiscal.

52. Cumpre destacar que a ação fiscal teve início em 06 de junho de 2007, com a intimação para apresentação de documentos, que poderiam ser elisivos à constituição do crédito tributário, sendo que a NFLD foi recebida pelo contribuinte em 24 de outubro de 2007, ou seja, decorridos mais de quatro meses. Este prazo foi suficiente para que a empresa reunisse toda a documentação necessária ao exercício do pleno contraditório. Não bastasse isso, sua defesa foi apresentada em 23 de novembro de 2007, sem que a impugnante tivesse acostado aos autos a totalidade da documentação para que se aduzisse fatos novos.

53. Finalmente, a presente Notificação Fiscal de Lançamento de Débito - NFLD é PROCEDENTE EM PARTE, tendo sido lavrada de acordo com os dispositivos legais e normativos que disciplinam o assunto.

(...)

Portanto, não há o que prover.

Conclusão

Diante do exposto, conheço do recurso voluntário e negar provimento.

(documento assinado digitalmente)

Douglas Kakazu Kushiya