



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

Processo nº 13963.001003/2009-71
Recurso nº 000.000
Resolução nº **2401-000.195 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária**
Data 19 de janeiro de 2012
Assunto Solicitação de Diligência
Recorrente IRMÃOS DA ROLT TRANSPORTES IMP E EXPORTAÇÃO LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

RESOLVEM os membros do colegiado, por unanimidade de votos, converter o julgamento do recurso em diligência.

Elias Sampaio Freire - Presidente

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira - Relatora

Participaram do presente julgamento, os Conselheiros Elias Sampaio Freire, Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Kleber Ferreira de Araújo, Cleusa Vieira de Souza, Marcelo Freitas de Souza Costa e Rycardo Henrique Magalhães de Oliveira.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração de Obrigação Acessória, lavrado sob o n.º 37.237.591-0, em desfavor da recorrente, originado em virtude do descumprimento do art. 32, IV, § 5º da Lei n.º 8.212/1991, com a multa punitiva aplicada conforme dispõe o art. 284, II do RPS, aprovado pelo Decreto n.º 3.048/1999.

Segundo a fiscalização previdenciária, durante a fiscalização verificou-se que através de procedimentos de auditoria constatou-se que o sujeito passivo apresentou Guias de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social - GFIP com dados não correspondentes aos fatos geradores de todas as contribuições previdenciárias. O procedimento fiscal abrangeu, além do sujeito passivo, as pessoas jurídicas R.M.G. Transportes Ltda ME, R.A. Transporte Ltda ME, Transporte e Reforma de Carretas da Rolt Ltda, Ulis Transportes Ltda, F.J.B. Transportes Ltda, J.C.M.F. Transportes Ltda ME, R.P.R.M. Transportes Ltda ME. A auditoria constatou as seguintes práticas irregulares no sujeito passivo:

Fracionamento meramente formal da empresa Irmãos Da Rolt Transportes Imp e Exp Ltda, com transferência dos vínculos empregatícios para as pessoas jurídicas abrangidas. Tal estratégia tem por finalidade a obtenção indevida do tratamento tributário favorecido que foi instituído pela Lei 9.317/96 - Lei do SIMPLES. Os trabalhadores registrados apenas formalmente nas pessoas jurídicas abrangidas não foram, conseqüentemente, inseridos nas folhas de pagamento do autuado nem os fatos geradores respectivos declarados através de GFIP.

Pagamento extra-folha de comissões sobre fretes aos motoristas, constatado em reclamações trabalhistas e em processo investigatório no Ministério Público do Trabalho. A remuneração paga a título de comissão não foi inserida nas folhas de pagamentos do autuado nem os fatos geradores respectivos declarados em GFIP.

Os fatos acima descritos estão demonstrados no relatório fiscal do Auto de Infração no 37.237.594-4, em anexo.

Importante, destacar que a lavratura da NFLD deu-se em 10/09/2009, tendo a cientificação ao sujeito passivo ocorrido no dia 11/09/2009.

Não conformada com a notificação, foi apresentada defesa pela notificada, fls. 95 a 127.

A Decisão de 1 instância confirmou a procedência total do lançamento, fls. 137 a 142.

Não concordando com a decisão do órgão previdenciário, foi interposto recurso pela notificada, conforme fls. 145 a 180. Em síntese, a recorrente em seu recurso alega o seguinte:

1. Depreende-se do relatório fiscal de fls. 14 a 68, que a autoridade fiscal utilizou o arbitramento como forma de apontamento da base de cálculo das contribuições previdenciárias, seja no aspecto de pagamento de comissões sobre o frete, ou seja na determinação de que as empresas abrangidas pelo procedimento fiscal fazem parte de um grupo econômico.

2. Quando a autoridade fiscal arbitra tal procedimento não há como manter a exigência da multa por descumprimento de obrigação acessória com o arbitramento, em que há uma inversão do Onus da prova, contudo deve a autoridade fiscal identificar o fato gerador da obrigação principal.
3. Desta forma não há como ser mantida a exigência de tal crédito tributário pois, no aspecto de comissão de frete foi efetuado com base de em arbitramento sem a identificação de ocorrência do fato gerador.
4. No outro aspecto, de fracionamento de folha de pagamento, a afirmação da autoridade fiscal é de que houve falta de informações em GFIP no tocante a esses fatos geradores que abrangem as demais pessoas jurídicas, contudo, a própria autoridade fiscal elencou a base de cálculo, do crédito tributário lançado de ofício, extraída da própria GFIP entregue pelos sujeitos passivos, demonstrando assim, que não houve omissão na declaração e entrega da GFIP • dos fatos geradores, o que **ocorreu foi a desconsideração** dos fatos pela autoridade fiscal em quando há o arbitramento não há como prevalecer a aplicação de multa por descumprimento de obrigação acessória, pois o arbitramento é incompatível com o auto de infração por descumprimento de obrigação acessória.
5. Acerca desta declaração que consta no acórdão, podemos afirmar que conforme dispõe a legislação, quando utilizado a presunção (arbitramento) não se pode constatar que houve infração a legislação tributaria, pois, abandona-se os fatos e presumissem outros.
6. No Relatório de Verificação Fiscal e de Encerramento de Fiscalização de folhas 50 a 105, especificadamente ao item 14 folhas 97, a autoridade fiscal faz menção somente a presunções, ou seja, utilizou-se de prática tida pela autoridade fiscal como pública e notória (fls. 97) no segmento de transporte de cargas presumindo o pagamento de 10% (dez por cento) sobre o valor dos fretes realizados aos empregados.
7. Ocorre que tais fatos não ***ocorreram nem tão pouco foram comprovados pela autoridade*** fiscal no decorrer do procedimento fiscalizatório e na apresentação do relatório final de verificação fiscal a fls. 50 a 105, sendo impossível a admissibilidade deste entendimento como pressuposto de ocorrência do fato gerador da obrigação principal, conforme será demonstrado em item a seguir.
8. Contudo, na exposição de motivos do relatório final (fls 50 a 105), podemos constar que não há a identificação **precisa do fato gerador da obrigação principal**, ou seja, além de utilizar-se da **presunção simples** (para inverter o ônus da prova), a autoridade fiscal tem o **dever de identificar o fato • gerador da obrigação tributária** e, identificando-a, deve constar no relatório final para que seja dada oportunidade de ampla defesa e contraditório ao contribuinte, sujeito passivo do crédito tributário lançado de ofício.
9. Desta forma, podemos afirmar que no relatório de folhas 50 a 105, **não houve por parte do auditor fiscal identificação do fato gerador, apenas aplicou a inversão do ônus da prova, aplicando o percentual de 10% (dez por cento) sobre o faturamento, conforme fls. 86, para fins de arbitrar o referido valor tido como pago aos motoristas.**
10. Assim, resta por cercear o direito de defesa do contribuinte neste aspecto, lhe imputando **multa por descumprimento de obrigação acessória sem a devida identificação dos fatos.**

11. Desta maneira paira uma pergunta: é possível aplicar multa por descumprimento de obrigação acessória, por não entregar a GFIP contendo fatos arbitradamente (presumidamente) ocorridos?
12. Destarte, consta a fls 122, o Termo de Encerramento do Procedimento Fiscal — TEPF, o qual demonstra no campo "Informações Complementares" que a autoridade fiscal verificou os livros Diários de n.º 09 a 18 referente aos exercícios de 2006 a 2008, do contribuinte ora impugnante, contudo, em nenhum momento na verificação dos fatos contábeis elencados nos Livros Diários, houve a identificação, por parte da autoridade fiscal, de pagamentos aos empregados e que fosse considerado como fato gerador da obrigação principal que ensejasse na constituição do crédito tributário referente as contribuições sociais.
13. Salientamos que diante do posicionamento da autoridade fiscal que somente efetuou a inversão do ônus da prova sem identificar o fato gerador, cerceia a defesa do contribuinte, ora impugnante, pois, a não identificação completa do fato gerador implica numa defesa sem objetivo real, ou seja, implica numa defesa sem impugnar os verdadeiros fatos que estão sendo imputados ao contribuinte.
14. Conforme consta no relatório final de verificação fiscal, as folhas 50 a 105, onde a autoridade fiscal descreve os fatos ocorridos, podemos constatar que houve a utilização de fatos "presumidos" pela autoridade fiscal, especificadamente no item 14 a fls 97.
15. Assim, conforme acima, fica evidenciado que houve a utilização de presunção por parte da autoridade fiscal, que, utilizando-se desta presunção fez ***nascer o fato imponível levando este a presunção de ocorrência do fato gerador dos tributos.***
16. A presunção legal deve ser utilizada quando o contribuinte tenta ludibriar a autoridade fazendária, e a presunção existe para, no caso do Direito Tributário, para inverter o ônus da prova, contudo não pode existir somente a presunção, esta deve coexistir com a ocorrência do fato gerador, que é o fato imponível disposto na legislação. Em outras palavras a mera presunção legal em lei não indica ocorrência do fato gerador, apenas a possibilidade do fisco presumir que tal fato ocorrido é fato gerador de tributo.
17. Em nenhum momento a autoridade fiscal identificou na contabilidade da empresa os possíveis depósitos ou pagamentos efetuados aos empregados a título de comissões de fretes, pois nem poderia, eis que tais fatos imputados ao contribuinte não ocorreram.
18. A autoridade fiscal apenas logrou presumir que *"seja uma. praxe do sujeito passivo já a muito tempo, são pagas em dinheiro e não figuram na folha de pagamento ou na contabilidade apresentadas a auditoria fiscal."* (folhas 85) , contudo indícios não são fatos geradores de tributos.
19. Com o condão de afirmar o seu entendimento de necessidade de comprovação fático-probatória a autoridade fiscal acosta ao relatório fiscal o que chama de "acerto de contas Irmãos Da Rolt" e "Relatório para Controle de Viagens", contudo, sem identificar a ocorrência do fato gerador.
20. Colaciona decisões do Conselho de Contribuinte, dando provimento ao recurso da recorrente naquele processo, pois, a Autuante (Fisco) não logrou comprovar o efetivo

- pagamento aos terceiros beneficiários, e, para tanto a contabilidade restou por provar a presunção em contrario levantada pelo Fisco.
21. Desta forma, em não sendo a contabilidade desconsiderada a mesma faz prova a favor do contribuinte, ora impugnante.
 22. Desta forma resta cristalino que não houve a identificação de ocorrência do fato gerador, pois a própria autoridade afirma que o levantamento foi efetuado com base no faturamento, ou seja, através de arbitramento.
 23. Podemos afirmar que "a caracterização de um ilícito pode dar-se por uma de duas vias: por uma presunção legalmente estabelecida ou, então, pela comprovação material, inequívoca, concludente da infração".
 24. A autoridade fiscal relacionou a fls 73 a 86, um gama de informações em processos do âmbito trabalhista, contudo, tais fatos, em quase • sua totalidade, são de processos que tramitaram antes da data de início dos procedimentos de fiscalização e, portanto, não podem ser usados como prova fático-probatória de ocorrência de fatos geradores.
 25. No âmbito do processo trabalhista, é notório que o demandante sempre relaciona fatos que não condizem com a realidade dos fatos, cabendo ao juízo do processo a constatação dos fatos elencados e foram esses fatos que foram destacados pela autoridade fiscal para desconsiderar a necessidade de identificação de pagamento de comissão, ou seja, o fato gerador.
 26. A natureza da multa moratória fiscal tem um perfil nitidamente sancionatório, isto é, visa a punição, e não o ressarcimento como leva a crer o seu rótulo. Assim, por óbvio, a mora do devedor provoca danos ao patrimônio do credor, do Fisco em se tratando de tributos, que devem ser indenizados.
 27. A imposição da penalidade de 100% é absolutamente imprópria, pois configura confisco, o que é expressamente refutado pela Constituição Federal de 1988. Assim, a previsão dessa multa em percentual tão elevado configura ato legislativo da mais absoluta inconstitucionalidade, eivandose, por conseguinte, a sua aplicação do mesmo vício.
 28. Resta claro que a taxa SELIC não pode ser exigida na composição dos débitos tributários.
 29. Face ao exposto, requer o Contribuinte a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais que seja conhecido e provido o presente Recurso, para reformar a decisão proferida pela 5ª Turma de Julgamento, para o fim de cancelar os Autos de Infração, face à improcedência dos mesmos.

A Delegacia da Receita Federal do Brasil, encaminhou o processo a este Conselho sem o oferecimento de contra-razões.

É o relatório.

Conselheira Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, Relatora

PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE:

O recurso foi interposto tempestivamente, conforme informação à fl. 147. Superados os pressupostos, passo as preliminares ao exame do mérito.

DAS QUESTÕES PRELIMINARES:

Apesar de terem sido apresentados e rebatidos diversos argumentos em sede de recurso, entendo haver uma questão prejudicial ao presente julgamento. A decisão da procedência ou não do presente auto-de-infração está ligado à sorte das Notificações Fiscais lavradas sob fatos geradores de mesmo fundamento, quais sejam: DEBCAD N° 37.237.594-4, , 37.237.596-0, sendo que não se identificou decisão final a respeito das mesmas nos sistemas. Não fosse apenas esse o obstáculo, nessa mesma sessão foi colocado em julgamento o processo 13963.001001/2009-81, DEBCAD N. 37.237.595-2, cujo encaminhamento foi no sentido de anular a decisão de primeira instância.

Assim, para evitar decisões discordantes faz-se imprescindível a análise tendo por base o resultado dos referidas AIOP.

Dessa forma, para que se possa proceder ao julgamento, devem ser prestadas informações acerca da das AIOP conexas. Caso as referidas AIOP já tenham sido quitadas, parceladas ou julgadas deve ser colacionada tal informação aos presentes autos.

Considerando a relação direta entre o AI em questão e os DEBCAD citados, principalmente com relação ao DEBCAD N. 37.237.595-2, cujo acórdão foi anulado e para que se evite um descompasso quando do retorno do processo a este Conselho, entendo relevante seja o processo ora em análise, apensado para que possam ser apreciados em conjunto.

CONCLUSÃO:

Voto pela **CONVERSÃO** do julgamento **EM DILIGÊNCIA**, devendo ser prestadas as informações nos termos acima descritos. Do resultado da diligência, antes de os autos retornarem a este Colegiado deve ser conferida vista ao recorrente, abrindo-se prazo normativo para manifestação.

É como voto.

Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira