



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

Processo nº 14485.001903/2007-00
Recurso nº Voluntário
Acórdão nº 2301-005.529 – 3ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 8 de agosto de 2018
Matéria CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS
Recorrente AIR LIQUIDE COMERCIAL LTDA
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/10/1999 a 31/05/2000

NOTIFICAÇÃO FISCAL DE LANÇAMENTO DE DÉBITO.
CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. VALORES DEVIDOS.

Deve ser mantida a cobrança do débito fiscal dos valores que o contribuinte não obrou comprovar. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Não tendo o contribuinte apresentado documentação comprobatória de seu direito, deve ser mantida exigência fiscal.

CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA.
INDEFERIMENTO.

Deve ser indeferido o pedido de conversão do julgamento em diligência, quando tal providência se revela prescindível para instrução e julgamento do processo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, pelo voto de qualidade: negar a proposta de conversão do julgamento em diligência; vencidos os conselheiros Wesley Rocha (relator), Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa e Juliana Marteli Fais Feriato. Dando continuidade ao julgamento, acordam os membros do colegiado, por maioria de votos, não conhecer da alegação de prescrição e negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do voto do relator; vencidos os conselheiros Alexandre Evaristo Pinto e Juliana Marteli Fais Feriato, que reconheciam a existência de prescrição. Manifestou interesse de apresentar declaração de voto o conselheiro Alexandre Evaristo Pinto. Designado para fazer o voto vencedor o conselheiro Antônio Sávio Nastureles.

(assinado digitalmente)

João Bellini Júnior – Presidente

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator

(assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Redator designado

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: João Bellini Junior, Monica Renata Mello Ferreira Stoll, Alexandre Evaristo Pinto, Marcelo Freitas de Souza Costa, Antônio Savio Nastureles, Juliana Marteli Fais Feriato, Wesley Rocha, e Reginaldo Paixão Emos.

Relatório

O crédito fiscal constitui-se em razão da Notificação Fiscal de Lançamento de Débito, de nº N F L D 35.418.652-3, lavrado em 22/11/2001 em face de AIR LIQUIDE BRASIL LTDA, em virtude do não recolhimento de contribuições destinadas ao financiamento da Seguridade Social, referentes à parte descontada dos segurados empregados, de acordo com o Relatório Fiscal que integra a NFLD.

O processo foi baixado em diligência mais de uma vez. Nesse sentido, adoto o relatório e voto do relator que me antecedeu, para esclarecimento dos fatos:

“Trata-se de pedido de uniformização de jurisprudência efetuada pelo Serviço da Receita Previdenciária da Gerência Executiva do INSS São Paulo Sul-SP, com base no art. 63 da Portaria MPS nº 88/2004.

Antes da efetiva análise da procedência do pedido, entendo necessário fazer uma breve síntese do histórico do referido processo.

(...)

1. Conforme narrado no relatório fiscal a empresa foi fiscalizada “em decorrência de solicitação da Delegacia de Prevenção e Repressão a Crimes Previdenciários –Inquérito Policial n.º 141522/2000 – DELEPREV/SR/DPF/SP, solicitado através do Ofício n.º 25.173/2000DELEPREV/ SR/DPF/SP.” (fl. 18) 2. Por esse motivo, o fisco procedeu ao lançamento de crédito previdenciário contra a recorrente, referentes à parte da empresa, para o financiamento dos riscos em razão do grau de incidência laborativa decorrentes de riscos ambientais do trabalho, destinadas a Terceiros (SESC, SENAC, Salário Educação, INCRA E SEBRAE).

3. Porém, alega o contribuinte que “efetuiu os pagamentos que lhe cabiam regularmente uma vez que as autenticações mecânicas contidas nas respectivas guias de recolhimento foram perpetradas inegavelmente pela Caixa Econômica Federal – CEF e é contra ela que o INSS tem se insurgir.” (fl. 261)

4. E tal alegação restou demonstrada pelos documentos juntados às fls.

87/201: cópias das GPS (Guias da Previdência Social), autenticadas pela CEF, referentes ao período de apuração; cheques dados em pagamento; e extratos de movimentação de conta da empresa, evidenciando a compensação dos referidos cheques.

5. Importante ressaltar que, segundo o Ofício da Caixa OFGISES/SP643/2001, juntado à fl. 296, em resposta ao INSS, nas GPS da empresa efetivamente recolhidas na CEF constam o abono do caixa executivo que efetuou a autenticação.

6. Em sua primeira decisão, a 4ª CaJ – Quarta Câmara de Julgamento, determinou que o processo permanecesse sobrestado até que a autoridade policial concluísse o inquérito. E no Despacho n.º 93/2005, a 4ª CaJ baixou os autos em diligência para que fosse informado o resultado da ação penal promovida pela Delegacia de Representação a Crimes Previdenciários DELEPREV.

7. Ao responder à solicitação, a DELEPREV informou que o “IPL 141522/2000, processo n.º 2000.61.81.0080371, da 2ª Vara Criminal de São Paulo/P, foi remetido à Justiça Federal com pedido de baixa em 22/01/2003 e não retornou a este Departamento de Polícia Federal.” (fl. 416)

8. Ocorre que, ao proferir sua decisão, o Juízo Federal proferiu o seguinte entendimento: “... conforme se depreende do documento de fls. 708 a empresa Air Liquide Brasil Ltda. **efetuou o recolhimento integral das mencionadas contribuições previdenciárias.** Assim, remetam-se os autos à Justiça Comum Especial, a qual declino da competência. Dê-se baixa na Distribuição.” (fl. 418).

9. Dessa forma, pode-se dizer que o processo não terminou, apenas foi remetido à Justiça Comum Especial, posto que a Justiça Federal declinou de competência, conforme decisão de 13.08.2004.

10. Por esse motivo, considerando o acima exposto e a necessidade de se comprovar plenamente a ausência de participação do contribuinte em eventual fraude, tenho que o presente julgamento deve ser convertido em diligência, a fim de que o Fisco junte ao processo as seguintes informações: a) o resultado final ou parcial da ação penal promovida, inclusive com cópia de todo o processo em trâmite na Justiça Comum Estadual, conforme relatando no documento de fl. 418”;

Nas fls. 609/615 do e-processo a autoridade fiscal proferiu despacho, contendo informações relevantes ao desfecho da demanda.

Nas fls. 622/644 a recorrente apresentou cópia da decisão judicial, que teria julgado improcedente a ação penal contra os réus indicados, pessoas ocupantes de cargos da CEF.

Nas fls. 646 e seguintes do e-processo, a recorrente apresenta manifestação aduzindo que foi vítima de fraude, como anteriormente vem alegando, e juntou uma série de documentos, que no seu entender excluíram a sua responsabilidade sobre os fatos, juntando cópias dos cheques destinados aos recolhimento das contribuições sociais, e destaque de compensações que efetivamente foram pagas, mas que por um ato ilícito cometido por funcionários da CEF não teriam sido compensadas, tendo adulterações nos cheques emitidos. Juntou ainda auditoria interna da CEF, levantando informações importantes ao presente caso.

Nas fls. 899 e seguintes do e-processo, a recontou apresentou pedidos de conexão, com o processo 14485.001904/2007-46, NFLD 35.418.651-5, referente a cota patronal e de terceiros, devidos pela empresa no mesmo período do presente processo, por haver correlação dos lançamentos dos fatos autuados.

Por fim, cabe mencionar que a recorrente em seu recurso (fls. 402 e seguintes do e-processo), alega que foi vítima de manobra criminoso com o intuito de desviar os pagamentos que, regularmente, encaminhava à CEF, relativamente às suas obrigações previdenciárias, juntando documentos como a inicial da ação penal em desfavor de agentes da CEF.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Wesley Rocha - Relator

O recurso voluntário apresentado está revestido do requisito formal de tempestividade e a matéria de competência dessa Turma. Portanto, dele o conheço.

Assim, sem preliminares a analisar, decido sobre o recurso interposto.

DO PEDIDO DE CONEXÃO

Pede a recorrente, que seja feita a conexão dos processos, uma vez que o processo do processo nº. 14485.001904/2007-46, poderia trazer conflito de decisões. O referido processo teria os mesmos argumentos que a presente demanda, e que também teria lançamento em razão dos mesmos fatos ocorridos nesse feito.

Entretanto, entendo não ser necessário, uma vez que o que for decidido aqui pode fazer coisa julgada material positiva, e não negativa, no sentido de que em eventual decisão favorável no presente julgamento pode favorecer no processo que se pretende a conexão.

DA CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA

Pelo conjunto probatório, entendo que faltam elementos necessários para o desfecho e compreensão mais detalhada da demanda, a exemplo do resultado da auditoria feita pela CEF, onde consta apenas conclusões imprecisas sobre o evento fraudulento.

Em situação complexa como a dos autos, em que a prova que possa ser produzida deve estar ao alcance do contribuinte, há de se considerar que o julgador pode requerer a análise de provas que entender necessária, dentro dos limites que lhe é permitido. Nesse sentido, verifica-se a contribuinte não teve acesso integral ao resultado da apuração dos fatos pela acusada Caixa. Em especial do que consta dos documentos de e-fls. 819 e seguintes,

as quais remetem a fatos inclusivos do que teria ocorrido, bem como ao que tudo indica, falta informações conclusivas para ter certeza de que foi de fato um erro no procedimento ou a tentativa de lesar o fisco partiu do contribuinte.

Tanto questionável e duvidosa é a situação que, em processo criminal não foi imputada responsabilidade à recorrente, mas também não provado irregularidade perante os procedimentos realizados pelos servidores da CEF. Resultado: estamos diante de um fato que precisa ser melhor esclarecido, e no meu entender, o resultado da auditoria ou as informações prestadas pela CEF poderia ajudar a resolver a questão dos autos, levantada pela recorrente.

Pelo exposto, voto por converter o julgamento em diligência, intimando a Caixa Econômica Federal para que junte ao processo cópia integral da auditoria feita, referente ao presente caso.

Em caso de restar vencido. Passo a proferir o voto de mérito.

MÉRITO DA DEMANDA FISCAL

DA DESFECHO DA AÇÃO CRIMINAL E DO TRIBUTO DEVIDO

Na ação criminal não foi constatada a participação dos agentes da caixa econômica federal, e menciona que eventual lesão de não recolhimento deveria ser ajuizada pela recorrente contra a caixa, que suportaria eventuais danos causados, se assim fosse constatada.

No presente caso, verifico que não há nenhuma informação de ajuizamento de ação cível para buscar o ressarcimento dos valores referentes às contribuições previdenciárias, e que supostamente teria lesado.

Nesse sentido, entendo que não há como afastar a responsabilidade pelas contribuições exigidas. Isso porque elas de fato não foram recolhidas, e eventuais erros no procedimento de pagamento entre recorrente, terceirizada e CEF deve ser resolvido na seara cível, entre as partes envolvidas, diferente do que ocorre no processo .

Veja-se que a recorrente sequer chamou a CEF ou a empresa terceirizada responsável por cancelar os pagamentos junto à instituição financeira para o pólo passivo da ação executiva fiscal. Fato esse que ensejaria no âmbito fiscal a análise e amplo debate para perquirir o verdadeiro responsável tributário do tributo devido. Numa eventual execução fiscal judicial esse procedimento certamente será realizado pela interessada.

Nesse sentido, em processo administrativo fiscal, tal qual no processo civil, o ônus de provar a veracidade do que se alega é do interessado, *in casu*, do contribuinte ora recorrente. Neste sentido, prevê a Lei nº 9.784/99 em seu art. 36:

Art. 36. Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado, sem prejuízo do dever atribuído ao órgão competente para a instrução e do disposto no artigo 37 desta Lei.

Encontra-se sedimentada a jurisprudência deste Conselho neste sentido, consoante se verifica pelo aresto abaixo:

ASSUNTO: PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL

Ano- calendário: 2005

ÔNUS DA PROVA. FATO CONSTITUTIVO DO DIREITO NO QUAL SE FUNDAMENTA A AÇÃO. INCUMBÊNCIA DO INTERESSADO.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado.

(...)

(Acórdão nº 3803004.284 – 3ª Turma Especial. Sessão de 26 de junho de 2013). Grifou-se.

Assim, não obrou a recorrente afastar sua responsabilidade, e, tampouco, provou por meio de documentos idôneos que não deveria ser imputada a tributação para a contribuinte, responsável tributária na relação jurídica com o fisco.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto por Conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, para manter a exigência fiscal.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Wesley Rocha – Relator.

Voto Vencedor

Conselheiro Antonio Sávio Nastureles - Redator designado¹.

1. Esclareça-se de início, que o teor do presente voto vencedor está circunscrito à decisão a que chegou o Colegiado, por voto de qualidade, na sessão de julgamento realizada em 08/08/2018, no que respeita à rejeição da proposta de conversão do julgamento em diligência formulada no voto do Ilustre Relator, que tinha por desiderato obter e instruir os autos com informações conclusivas sobre auditoria interna empreendida pela Caixa Econômica Federal para apurar eventuais irregularidades na função de agente arrecadador de tributos.

2. Conforme relatado, o lançamento foi derivado da instauração do Inquérito Policial - IPL Nº 14-1522/200, conduzido pela Deleprev/SR/DPF/SP. Seguindo o curso, no campo processual penal, após o trânsito pela Justiça Federal, foi feita a autuação do processo judicial nº 2000.61.81.008037-1 perante a 2ª Vara Criminal de São Paulo- SP.

3. Detendo-se nas peças anexadas ao processo administrativo fiscal, e conforme já acentuado no Relatório da presente decisão, verifica-se terem sido exaradas duas Resoluções anteriores (Resolução nº 2301-000.097 e Resolução nº 2301-000.401), ao proporem a conversão dos julgamentos em diligência, para se obter informações conclusivas de processos judiciais em matéria penal conexos ao processo fiscal.

¹ Durante a sessão realizada em dois de outubro de dois mil e dezoito, às oito horas e trinta minutos, o Colegiado votou, por unanimidade de votos, para retificar a ata de oito de agosto do ano de dois mil e dezoito, às oito horas e trinta minutos, em relação ao Processo 14485.001903/2007-00. Dentre as deliberações, consta a designação do conselheiro Antonio Sávio Nastureles para redigir o voto vencedor.

4. Pode-se divisar também a produção de duas informações fiscais pela Equipe de Orientação da Recuperação de Crédito - EqRec, vinculada à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária em São Paulo (Derat): a primeira, datada de 25/05/2012 (e-fls 545/552); a segunda, de 06/02/2014 (e-fls 609/615).

5. Sob a perspectiva da exigência fiscal, o Colegiado se depara com a relevante questão de estabelecer se o conjunto probatório presente nos autos, se mostra suficiente para dirimir a controvérsia instaurada sobre a caracterização do alegado pagamento.

6. E, no curso dos debates, não obstante a intrincada controvérsia instaurada no campo do processo penal, parte dos membros do Colegiado entendeu que os autos estão instruídos com informações suficientes e seguras para formar a convicção sobre o deslinde da controvérsia, sob o ângulo do processo administrativo fiscal.

7. Tal convicção encontra alicerce nas informações produzidas no Despacho (e-fls 609/615) exarado pela Derat/EqRec, e destacadamente pelas razões expostas no item 6 do citado despacho, que ora se transcreve:

- ficou claro e evidente de que a empresa não podia garantir que seus cheques de fato chegavam na agência determinada da Caixa Econômica Federal conforme defendeu na impugnação e no recurso, de acordo com o depoimento do Sr. Carlos Emilio de Miranda o próprio gerente financeiro da empresa, fls. 297 e 298 nos autos;

- evidente que se a empresa se utilizava do serviço de malote era porque muitos documentos e muitos cheques seguiam para a agência da Caixa Econômica Federal determinada, pois não haveria encaminhamento do malote com apenas um cheque e uma guia da Previdência Social;

- não existem os elementos, portanto, para se cogitar de que eventual prova de que o malote teria sido recebido na agência da Caixa Econômica Federal pudesse isentar a empresa de sua obrigação não cumprida, ou de que houvesse algum ilícito perpetrado entre agências desta instituição, uma vez que ficou comprovado pelas palavras de seu próprio gerente financeiro (da empresa) que a empresa usava serviços de terceiros sem os devidos cuidados, haja vista: "... QUE os cheques são (eram) entregues para o representante da empresa Rápido Skiva Ltda-ME, o qual fica (ficava) em uma sala junto à tesouraria; QUE sempre no dia seguinte recebia de volta as guias devidamente autenticadas, .. "

- o procurador da empresa na impugnação e no recurso, obviamente ocultando a forma negligente da empresa de encarregar "o representante da empresa Rápido Skiva Ltda-ME", que "ficava em uma sala junto à tesouraria" de preparar e encaminhar o malote para os pagamentos feitos na agência da Caixa Econômica Federal, defende indevidamente que a decisão do processo administrativo deve ocorrer após a decisão judicial, e agora a decisão judicial veio confirmar que este processo judicial não poderia trazer nenhum subsídio validamente aplicável no julgamento do presente processo administrativo fiscal.

- O próprio Ministério Público Federal no despacho da conclusão equivocada, fl. 718 do processo judicial e fl. 534 do presente processo, de que "Apurou-se que a empresa AIR LIQUIDE LTDA efetuou o recolhimento (fls. 708) das contribuições previdenciárias mencionadas, assim que apurados os valores pela autarquia previdenciária", na verdade aplicou o raciocínio lógico de que não seria razoável que pudesse haver um desfecho diferente para a questão que não seja a

obrigação da empresa de assumir a responsabilidade pelo recolhimento, a qual posteriormente deveria buscar o seu direto ao ressarcimento junto aos seus prestadores de serviços.

8. Evidencia-se, portanto, que os autos do processo administrativo fiscal estão instruídos com elementos de provas suficientes para dar prosseguimento ao julgamento da controvérsia devolvida ao Colegiado, dentre as quais se destaca a minuciosa exposição contida no despacho produzido pela Derat/EqRec (e-fls. 609/615).

9. Assim, voto por rejeitar a proposta de conversão do julgamento em diligência.

(Assinado digitalmente)

Antonio Sávio Nastureles - Redator designado.

Declaração de Voto

Conselheiro Alexandre Evaristo Pinto

O presente processo traz uma situação extremamente complexa, na qual são exigidos tributos (acrescidos de multa e juros) que já foram pagos pela Recorrente.

Conforme pode ser observado nos documentos trazidos ao longo do processo, o não recolhimento das contribuições previdenciárias se deu em razão de fraude praticada no âmbito interno do agente financeiro arrecadador, agente este que foi autorizado pela Fazenda Nacional.

Tal fraude resta comprovada em ação pena transitada em julgado, de modo que a Caixa Econômica Federal, enquanto agente arrecadador, deveria ser responsabilizada pelo crédito tributário aqui lançado, em situação na qual membros do agente arrecadador autenticavam “fraudulentamente” as guias de arrecadação e devolviam tais guias autenticadas para a Recorrente.

Vale destacar que a Recorrente agiu de boa-fé, na medida em que cumpriu com todas as obrigações acessórias relativas aos tributos aqui lançados, bem como efetuou o pagamento, tendo um decréscimo em seu fluxo de caixa (fluxo financeiro), ainda que o agente arrecadador não tenha devidamente cumprido com a sua obrigação e repassado o tributo recolhido aos cofres públicos.

A própria entrega da obrigação acessória relativa às contribuições previdenciárias, no caso a GFIP, também configura um lançamento tributário, para ser mais preciso o lançamento por homologação, ainda que não houvesse disposição expressa em tal sentido na época dos fatos geradores.

Diante do exposto, entendo que o lançamento tributário efetuado de ofício pela Fazenda Nacional deve ser declarado nulo.

Ainda que não seja declarado nulo, entendo que a Caixa Econômica Federal deverá ser responsável tributária pelo recolhimento, destacando-se que o artigo 46 da Portaria

SRF n. 2.609/01, que regula a rede arrecadadora de receitas federais, dispõe que “o agente arrecadador é responsável pelas ações e omissões de seus funcionários ou prepostos”.

Por fim, ainda que seja entendido que a Caixa Econômica Federal não deve ser considerada responsável tributária pelos tributos lançados no presente processo administrativo, fica claro que a Caixa Econômica Federal deve ser responsabilizada civilmente pelos danos causados à Recorrente, (i) ressarcindo-a pelo crédito tributário aqui lançado, (ii) ressarcindo-a pelos demais custos decorrentes de todos os processos administrativos e judiciais relacionados com o crime praticado no seio da Caixa Econômica Federal; e (iii) outros danos causados à Recorrente (ex.: danos morais, lucros cessantes).

Ante o exposto, voto por dar provimento ao Recurso Voluntário.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Alexandre Evaristo Pinto