



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

Processo nº 19515.004413/2010-71
Recurso nº
Resolução nº 2401-000.572 – 4ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Data 09 de maio de 2017
Assunto SOLICITAÇÃO DE DILIGÊNCIA
Recorrente RODOPA EXPORTAÇÃO DE ALIMENTOS E LOGÍSTICA LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Resolvem os membros do colegiado, por maioria de votos, converter o julgamento em diligência. Julgado em 09/05/2017.

(assinado digitalmente)

Miriam Denise Xavier Lazarini - Presidente

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato - Relator

Participaram do presente julgamento os conselheiros: Miriam Denise Xavier Lazarini, Carlos Alexandre Tortato, Rayd Santana Ferreira, Denny Medeiros da Silveira, Cleberson Alex Friess, Andrea Viana Arrais Egypto, Luciana Matos Pereira Barbosa e Claudia Cristina Noira Passos da Costa Develly Montez.

Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo sujeito passivo em face do Acórdão nº. 33.246 da DRJ-SPI (fls. 359/376) que julgou improcedente a impugnação apresentada, sendo proferido o acórdão assim ementado:

CONTRIBUIÇÕES DA EMPRESA PARA OUTRAS ENTIDADES E FUNDOS - TERCEIROS, OBRIGAÇÃO DO RECOLHIMENTO. *As contribuições destinadas aos Terceiros devem ser recolhidas juntamente com as contribuições previdenciárias, cabendo à Secretaria da Receita Federal do Brasil efetuar sua cobrança.*

ATOS ADMINISTRATIVOS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. *Os atos administrativos, qualquer que seja sua categoria ou espécie, nascem com a presunção de legitimidade, independentemente de norma legal que a estabeleça. Essa presunção decorre do princípio da legalidade da Administração. Outra consequência da presunção de legitimidade é a transferência do ônus da prova de invalidade do ato administrativo para quem a invoca.*

CONSTITUCIONALIDADE/LEGALIDADE. *Não cabe em sede de processo administrativo a discussão sobre legalidade ou constitucionalidade de lei.*

PEDIDO DE DILIGÊNCIA/PERÍCIA. INDEFERIMENTO. *A autoridade julgadora de primeira instância determinará, de ofício ou a requerimento do impugnante, a realização de diligência ou perícia, quando entendê-las necessárias, indeferindo as que considerar prescindíveis ou impraticáveis.*

MULTA DE MORA. NATUREZA DE NÃO CONFISCO. RETROATIVIDADE BENIGNA. INAPLICABILIDADE. *O valor da multa aplicada decorre do disposto na Lei, tendo em vista a mora do contribuinte ao deixar de efetuar o recolhimento as contribuições previdenciárias. Não se aplica às contribuições de terceiros o disposto no artigo 35-A da Lei nº. 8.212/91, acrescentado pela Lei nº. 11.941, de 27/05/2009.*

SUJEITO PASSIVO. INTIMAÇÃO. *Pertence à Delegacia da Receita Federal do Brasil de Administração Tributária - DERAT jurisdicionante do contribuinte a competência para intimação e acórdão emitido pela Delegacia da Receita Federal do Brasil de Julgamento.*

Impugnação Improcedente.

O lançamento refere às contribuições patronais para outras entidades e fundos (terceiros). Nos termos do relatório fiscal (fls. 86/87) e Termo de Verificação Fiscal (fls. 88/97) as contribuições incidiram sobre pagamentos efetuados pela empresa a segurados e contribuintes individuais que lhe prestaram serviços, as quais não teriam sido declaradas na Guia de Recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e Informações à Previdência Social - GFIP.

Referidos pagamentos foram verificados após análise das folhas de pagamento, planilhas de contribuintes individuais e nas contas contábeis dos Grupos 3.1.01.01.01 - Mão de Obra (Custo), 5.1.01.01.01 - Despesa de Pessoal, 3.1.01.05.01 - Serviços de Terceiros Pessoa Física, 5.2.02.01.01.00003 - Comissões sobre Vendas.

A ora recorrente apresentou impugnação (fls. 106/122) que fora julgada improcedente pela DRJ, conforme ementa acima reproduzida.

Ainda, a DRJ negou pedido de realização de diligência/perícia em razão da requerente não haver especificado as questões que pretendia esclarecer com a produção dessas provas.

Também não foi acatado o requerimento da contribuinte para reabertura do prazo de defesa, ante a ausência de previsão legal que desse guarida à pretensão. Afastou-se também a nulidade do lançamento por cerceamento ao direito de defesa.

A DRJ/SPI também afastou a alegação da impugnante de que os débitos do presente lançamento teriam sido incluídos em programa de parcelamento, ante o fato de não haver registro de tal procedimento nos sistema da RFB, em virtude das guias transmitidas pela contribuinte terem sido posteriormente substituídas, razão pela qual também foi afastado o argumento de que as remunerações na base de cálculo de lançamento teriam sido declaradas em GFIP.

Inconformada com a decisão *a quo*, a recorrente apresentou seu recurso voluntário (fls. 383/424), onde alega:

- a) não há crédito a ser exigido posto que as contribuições constantes do lançamento já foram incluídos em parcelamento especial;
- b) o órgão julgador trouxe ao processo informações que a recorrente desconhecia, as quais alteraram inclusive a descrição da suposta infração, portanto, merece a recorrente a reabertura do prazo de defesa;
- c) a empresa somente veio a tomar conhecimento de supostas substituições das informações prestadas mediante a GFIP com a decisão recorrida, devendo ser anulado o AI, posto que o fisco não descreveu o fato gerador a contento, deixando de tratar de erros cometidos nas transmissões da guia informativa;
- d) a DRJ, ao detectar os alegados erros que teriam motivado a substituição dos valores declarados, deveria, pelo menos, ter retornado o processo à fiscalização para que fosse procedido a emenda do relatório, com reabertura de prazo para defesa;
- e) além de que a empresa possui os protocolos de envios da GFIP, comprovando suas afirmações, ao passo que o órgão recorrido não juntou aos autos nenhuma comprovação de que os dados teriam sido apagados;
- f) não houve por parte da autuada qualquer retransmissão de dados que pudesse acarretar na falha apontada pela DRJ;

-
- g) ao trazer ao processo fato novo e, com base nesse, decidir contra o sujeito passivo, o órgão recorrido violou a garantia constitucional ao contraditório e à ampla defesa;
- h) agiu conforme a legislação, não podendo ser prejudicada por erros em sistemas sobre os quais não tem gestão;
- i) o julgador de primeira instância deveria ter trazido ao processo as provas de que o sujeito passivo incorreu nos erros que motivaram as autuações, conforme determinam os artigos 36 e 37 da Lei n.º 9.784/1999;
- j) no mínimo, o erro apontado deveria ter sido demonstrado com informações prestadas pela instituição bancária responsável pelo recebimento e processamento dos dados declarados na GFIP;
- k) os AI foram lavrados de forma genérica, dificultando a produção da defesa e, somente após a decisão da DRJ, as circunstâncias em que ocorreram os fatos geradores foram demonstrados;
- l) a recorrente comprovou que bem antes do início do procedimento fiscal já havia declarado, até em montantes superiores, os valores lançados, fato que impediria a constituição dos créditos;
- m) a realização de diligência/perícia é imprescindível para solução da contenda, ainda mais quando a DRJ apresentou novos fatos, sem comprová-los;
- n) para comprovar suas alegações, o sujeito passivo mais uma vez junta aos autos todas as GFIP entregues via sistema;
- o) observe-se que, prevalecendo o entendimento da DRJ, a Fazenda perderá mais de R\$ 2.500.000,00, posto que as contribuições confessadas pelo sujeito passivo suplantam os valores lançados;
- p) o julgamento apresenta-se incoerente, posto que o próprio fisco reconheceu que as contribuições declarados na GFIP estavam provisionadas na contabilidade da recorrente; q) a multa de mora aplicada é confiscatória;
- r) a multa de ofício não deve prevalecer, posto que o sujeito passivo declarou as contribuições na GFIP; s) o fisco não apresentou demonstrativo de comparação da multa mais benéfica, conforme exige a Instrução Normativa n.º 971/2009.

Ao final pede:

- a) a declaração de nulidade do acórdão recorrido, em razão da inovação nos fundamentos das autuações;
- b) a improcedência das lavraturas, posto que as contribuições já haviam sido confessadas;
- c) a exclusão das multas aplicadas;

d) que o processo seja baixado em diligência, de modo que lhe sejam apresentados os motivos que levaram à desconsideração das declarações efetuadas;

e) que lhe seja dada oportunidade de se manifestar sobre esses fatos, antes da nova decisão de primeira instância.

Inicialmente distribuído o presente processo ao Ilmo. Conselheiro Kleber Ferreira de Araújo, foi incluído em pauta de julgamento de 18 de abril de 2013 onde, os julgadores da então composição desta r. Turma, decidiram por maioria de votos, converter o julgamento em diligência por meio da Resolução nº. 2401-000.277 (fls. 2731/2740), nos termos do voto da Redatora Designada Elaine Cristina Monteiro e Silva Vieira, nos seguintes termos:

Ou seja, existe realmente um descompasso entre as informações trazidas pelo auditor fiscal em seu relatório e aquelas utilizadas pelo órgão julgador para manutenção do lançamento, contudo, não entendo que isso implica a nulidade da referida decisão ou mesmo do lançamento, necessitando apenas sejam prestados esclarecimentos, de forma a possibilitar ao contribuinte ter apreciadas suas alegações, e os documentos colacionados aos autos.

Não identifico na referida decisão, nulidade, tendo o julgador esclarecido ao recorrente que a entrega posterior de novas GFIP na mesma chave, implica sobreposição das mesmas, apagando-se dos sistemas da Receita Federal as informações anteriores. Todavia, o recorrente, alega não ter sido informado dessa sobreposição durante o procedimento fiscal, o que realmente não consta do relatório, fato que criou obstáculo aos seus argumentos, impossibilitando o pleno exercício do direito de defesa. É nesse ponto, que entendo devam ser prestados esclarecimentos detalhados entre os documentos GFIP que o contribuinte diz ter entregue para declarar os fatos geradores e aqueles descritos pelo auditor fiscal como constantes do sistema e que servirão de base para a comparação entre os valores declarados, não declarados e recolhidos.

É nesse ponto, que entendo ser desnecessária a declaração de nulidade, visto que tal fato poderá ser sanado por meio de uma diligência, na qual seja O RECORRENTE INTIMADO: a apresentar planilha detalhada (inclusive em meio magnético), por competência com cada uma das GFIPs entregues, com a respectiva data de entrega, competência a que se refere e código de entrega; em relação a cada GFIP informar a base de cálculo declarada; Deve ser enfatizado ao recorrente, que o mesmo não deverá indicar na planilha apenas, as GFIPs que alega ter entregue, para rebater o lançamento, mas todas as GFIP, por ele transmitidas em cada competência.

De posse desses documentos (planilha contendo as informações), deverá auditor elaborar nova planilha, agora incluindo, os valores das bases de cálculo apuradas durante o lançamento nos documentos apresentados pela empresa e da GFIP constante nos sistemas da Receita.

Entendo que dessa forma, poderemos esclarecer no lançamento em questão, o que foi apurado de base, as GFIP entregues, a GFIP entregue por último, e a GFIP constante do SISTEMA.

Dito fato, embora trabalhoso, mostra-se necessário, uma vez que descreveu a autoridade fiscal ter apreciado as GFIPs apresentadas pelo contribuinte durante o procedimento e não ter mencionado a sobreposição das mesmas em seu relatório, quando utilizou as informações dos sistemas da Receita para comparar com os fatos geradores apurados durante o procedimento.

Ademais, apenas com esse comparativo será possível afastar ou acatar os argumentos do recorrente de que não houve entrega de novas GFIPs capazes de sobrepor as anteriores, e da impossibilidade de lançar no presente AIOP valores já declarados.

Por fim, apenas no intuito de esclarecer, foi colacionado recentemente pelo recorrente uma planilha, com informações semelhantes, porém apenas, destacou as GFIP que o mesmo alega ter entregue, sem prestar informações sobre outras GFIP entregues para a mesma competência, razão pela qual imprescindível a diligência requerida.

Após a auditoria emitir suas conclusões, verificando inclusive os documentos acostados após a apresentação do recurso, deverá ser facultado a empresa o prazo legal para manifestação e, somente após esse contraditório, cabe a emissão de nova decisão de primeira instância. (grifamos)

É o relatório.

Voto

Conselheiro Carlos Alexandre Tortato - Relator

Em que pese a **determinação** deste colegiado, como visto acima, para o auditor fiscal "*elaborar nova planilha, agora incluindo, os valores das bases de cálculo apuradas durante o lançamento nos documentos apresentados pela empresa e da GFIP constando nos sistemas da Receita*", tal determinação não foi cumprida.

Ainda antes da edição da referida resolução, a própria recorrente se adiantou e trouxe aos autos petição contendo o atendimento ao determinado na mencionada decisão (fls. 2742 e ss.)

Em 18/03/2014 a contribuinte apresenta nova petição (fl. 3.288 e ss.), em resposta a intimação para realização da diligência/perícia, contendo a Relação de GFIPS entregues, conforme informação atestada pelo próprio AFRFB.

E, já em 20/03/2014 (**dois dias depois**) é elaborado o Termo de Diligência, Informação Fiscal e de Encerramento (fls. 3651 e ss.), onde são apresentadas as seguintes conclusões:

Com relação a planilha de Base de Cálculo apurada e GFIPs válidas já constam no Relatório Fiscal que acompanhou os lançamentos dos AI -Autos de Infração em questão, inclusive detalhando competência, segurado, NIT, estabelecimento, base de cálculo declarada e não declarada, contribuição de segurado declarada e não declarada e diferenças apuradas.

Lembramos que todas as GFIPs entregues constam no sistema, sejam elas válidas ou substituídas, sendo considerada válida aquela entregue por último à época do lançamento.

Em 18/03/2014 o contribuinte apresentou relação de GFIPs entregues, (**anexa** ao processo nesta data) porém só relacionou as primeiras de cada estabelecimento e não **todas** como solicitado, inclusive com os códigos de entrega divergentes aos que constam no sistema, portanto não atendeu as solicitações do Termo de Início de Procedimento Fiscal de 03/02/2014 que intimava o sujeito passivo a: Apresentar planilha detalhada (inclusive em meio magnético), por competência com cada uma das GFIPs entregues, com a respectiva data de entrega, competência a que se refere e código de entrega, em relação a cada GFIP informar a base de cálculo declarada. **INDICAR NA PLANILHA TODAS AS GFIPs ENTREGUES (TRANSMITIDAS) EM CADA COMPETENCIA E NÃO SOMENTE AS ALEGADAS PARA REBATER O LANÇAMENTO DE CRÉDITO.**

Diante do exposto, estamos procedendo ao encerramento da presente diligência fiscal mantendo os lançamentos dos Autos na sua totalidade e dando ciência ao contribuinte supracitado, por via postal com Avisos de Recebimento - AR, da diligência, do seu encerramento e do resultado da diligência, cientificando também o contribuinte do prazo de **10 (dez) dias**, conforme art. 44, Lei 9.784 de 29/01/1999, para, caso não concorde com os resultados **desta diligência**, apresentar contra-razões por escrito, nos Centros de Atendimento ao Contribuinte – CAC conforme segue:

Como se vê, resta nítido que o AFRFB não cumpriu qualquer das determinações desta c. Turma na Resolução nº. 2401-000.277, mas sim emitindo opiniões e apresentando suas convicções, as quais, como visto no trecho da resolução acima reproduzida, não foram solicitadas.

Em que pese o entendimento do AFRFB, de que tais documentos e/ou informações já estariam nos autos, este não foi o entendimento da anterior composição desta r. Turma, tampouco é o entendimento deste relator.

Assim, continua fazendo-se necessário o cumprimento da determinação exarada na Resolução nº. 2401-000.277, a qual, como visto, não foi cumprida.

Por essas razões, entendo que deve ser determinada a realização de nova diligência, para o fim de ser atendida a determinação anteriormente exarada por esta r. turma, as quais novamente reproduzo:

É nesse ponto, que entendo ser desnecessária a declaração de nulidade, visto que tal fato poderá ser sanado por meio de uma diligência, na qual seja O RECORRENTE INTIMADO: a apresentar planilha detalhada (inclusive em meio magnético), por competência com cada uma das GFIPs entregues, com a respectiva data de entrega, competência a que se refere e código de entrega; em relação a cada GFIP informar a base de cálculo declarada; Deve ser enfatizado ao recorrente, que o mesmo não deverá indicar na planilha apenas, as GFIPs que alega ter entregue, para rebater o lançamento, mas todas as GFIP, por ele transmitidas em cada competência.

De posse desses documentos (planilha contendo as informações), deverá auditor elaborar nova planilha, agora incluindo, os valores das bases de cálculo apuradas durante o lançamento nos documentos apresentados pela empresa e da GFIP constante nos sistemas da Receita.

Entendo que dessa forma, poderemos esclarecer no lançamento em questão, o que foi apurado de base, as GFIP entregues, a GFIP entregue por último, e a GFIP constante do SISTEMA.

Dito fato, embora trabalhoso, mostra-se necessário, uma vez que descreveu a autoridade fiscal ter apreciado as GFIPs apresentadas pelo contribuinte durante o procedimento e não ter mencionado a sobreposição das mesmas em seu relatório, quando utilizou as informações dos sistemas da Receita para comparar com os fatos geradores apurados durante o procedimento.

Ademais, apenas com esse comparativo será possível afastar ou acatar os argumentos do recorrente de que não houve entrega de novas GFIPs capazes de sobrepor as anteriores, e da impossibilidade de lançar no presente AIOP valores já declarados.

Por fim, apenas no intuito de esclarecer, foi colacionado recentemente pelo recorrente uma planilha, com informações semelhantes, porém apenas, destacou as GFIP que o mesmo alega ter entregue, sem prestar informações sobre outras GFIP entregues para a mesma competência, razão pela qual imprescindível a diligência requerida.

Após a auditoria emitir suas conclusões, verificando inclusive os documentos acostados após a apresentação do recurso, deverá ser facultado a empresa o prazo legal para manifestação e, somente após esse contraditório, cabe a emissão de nova decisão de primeira instância

Assim, tendo em vista o não cumprimento da diligência anteriormente requerida, entendo que o julgamento deve ser novamente convertido em diligência, a fim de que a mesma seja efetivamente realizada.

CONCLUSÃO

Pelo exposto, voto por CONVERTER O JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA, nos seguintes termos:

a) para que a fiscalização, admitindo que não há nestes autos as informações que ora se requer, apresente planilha com as bases de cálculo por competência utilizadas no lançamento, bem como todas as GFIP's que constam nos sistemas da RFB e as GFIP's utilizadas como parâmetro para o presente lançamento (ou seja, a última entregue e considerada válida no sistema informatizado da RFB);

b) acaso a fiscalização identifique que em alguma das competência houve a ocorrência de entrega de GFIP antes do procedimento fiscal, não considerada na lavratura do Auto de Infração e que seja capaz de alterar o lançamento, que também faça constar referida informação no resultado da diligência; e

c) que seja a Recorrente intimada para se pronunciar sobre quais GFIP's teriam sido entregues e que não sejam aquelas utilizadas pela fiscalização como parâmetro do lançamento, que não constem na planilha a vir a ser elaborada pela fiscalização, com a devida prova de suas alegações.

É como voto.

(assinado digitalmente)

Carlos Alexandre Tortato