



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

Processo n° 19994.000176/2008-18
Recurso n° Embargos
Acórdão n° 2403-002.136 – 4ª Câmara / 3ª Turma Ordinária
Sessão de 16 de julho de 2013
Matéria CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA
Embargante ELECTRO AÇO ALTONA S/A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/09/1996 a 31/12/1998

AFERIÇÃO INDIRETA. PROVA. INEXISTÊNCIA.

Em se tratando de arbitramento da base de cálculo, cabe à empresa trazer elementos probatórios aptos à reduzir a base arbitrada, sob pena de acatamento da aferição realizada, nos termos do art. 33, parágrafo 6º, da Lei n. 8.212/91.

PROVA. ÔNUS DO CONTRIBUINTE.

Compete ao contribuinte a apresentação do conjunto probatório apto à comprovação do alegado, a fim de promover condições de convicção favoráveis à sua pretensão, sob pena de acatamento do ato administrativo realizado.

Embargos Acolhidos.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, acolher os Embargos de Declaração para sanear a omissão apontada, e rerratificar a decisão embargada.

Carlos Alberto Mees Stringari - Presidente

Marcelo Magalhães Peixoto - Relator

Participaram, do presente julgamento, os Conselheiros Carlos Alberto Mees Stringari, Marcelo Freitas de Souza Costa, Ivacir Julio de Souza, Maria Anselma Coscrato dos Santos, Marcelo Magalhães Peixoto, Paulo Maurício Pinheiro Monteiro.

Relatório

Cuida-se de Embargos Declaratórios opostos pela ELECTRO AÇO ALTONA S/A, em face do Acórdão n.º. 2403-000.747, de relatoria do Conselheiro Cid Marconi Gurgel de Souza, no qual foi dado parcial provimento do Recurso Voluntário, para determinar o recálculo da multa de mora, com base na redação dada pela Lei n.º. 11.941/2009 ao art. 35, *caput*, da Lei n.º. 8.212/1991, prevalecendo a multa mais benéfica.

De acordo com a peça embargatória, fls. 345/347, são apontadas as seguintes omissões:

Esta nobre Segunda Seção ao julgar o recurso voluntário interposto pela embargante não verificou a questão do desfecho das ações trabalhistas formuladas pelos Srs. Vilmar Ferreira, Horst Stribel, Fredolino Uhlmann, Estácio Gunchroski, Euclides Iatzac, Horst Harbs e Osni Gonçalves, reputados como empregados da notificada, o que ensejou a notificação para a cobrança de contribuições previdenciárias e multas.

(...)

Por fim, caso ainda se entenda por manter a notificação, por amor à argumentação, a embargante ainda destaca que o acórdão foi omissivo na apreciação do seu pleito no recurso voluntário interposto de que na notificação lavrada não foi descontado o valor recolhido de contribuições previdenciárias pelas empresas destes trabalhadores, cobrando-as mais uma vez duplamente.

Também não foi apreciado o pleito de que o arbitramento da base de cálculo com base nas notas fiscais é totalmente absurdo, devendo o mesmo ser com base na retirada dos sócios, descontando-se os custos da empresa por eles constituídas com tributos, e outras despesas, como contados, ferramentas, transporte, alimentação, entre outros.

Analisados os Embargos de Declaração, foi proferido despacho, fls. 622/624, na qual foi constatada a omissão do julgado quanto ao argumento de que não foi descontado o valor recolhido das contribuições pelas empresas dos trabalhadores mencionados, ensejando cobrança em duplicidade, bem como ao argumento do incorreto arbitramento da base de cálculo.

Contudo, no que tange à alegação de não apreciação dos desfechos das ações trabalhistas dos empregados referidos na peça embargatória, não será apreciado, conforme a fundamentação constante no despacho alhures mencionado, *in verbis*:

Em que pesa a argumentação de que esta Seção não verificou, na ocasião do julgamento, o desfecho das ações trabalhistas formuladas pelos Srs. Vilmar Ferreira, Horst Stribel, Fredolino Uhlmann, Estácio Gunchroski, Euclides Iatzac, Horst Harbs e Osni Gonçalves, reputados como empregados da contribuinte, ensejando a notificação para cobrança de contribuições previdenciárias e multas, entendendo que a tese não merece acolhimento.

Isto porque, pretende o sujeito passivo conferir efeitos infringentes aos presentes embargos, o que, em regra, não tem cabimento, suscitando questões que sequer foram levantadas na impugnação, momento oportuno para rebater todos os pontos de discordância, os motivos de fato e de direito em que se fundamenta, bem como, as provas que possui.

O decisum guerreado analisou todo o conjunto probatório trazido aos autos, até aquele momento, por ocasião do contraditório e da ampla defesa, não havendo qualquer omissão, obscuridade ou contradição a ser sanada neste ponto.

Frisa-se que a sentença judicial, fl. 369, que homologou o acordo firmado entre a contribuinte e seus ex-funcionários (fls. 366/368), data de 27/10/2005, bem como, não reconheceu o vínculo empregatício em razão do pacto assinado pelas partes e somente foi juntada por ocasião dos embargos declaratórios.

Ocorre que referido documento deveria ter sido apresentado juntamente com uma petição incidental (a exemplo de memoriais), consoante preceituam os parágrafos 4º e 5º, do art. 16 do Decreto nº. 70.235/72, para ser analisada por este colegiado, e para contrapor os argumentos levantados pela Seção de Análise de Defesas e Recursos do INSS, mormente quanto à falta de provas da inexistência de vínculo empregatício dos ex-funcionários já mencionados mais acima.

Portanto, o Acórdão embargado merece parcial reforma para que seja analisados os dois pontos omissos suso mencionados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Marcelo Magalhães Peixoto, Relator

DA TEMPESTIVIDADE

Conforme consta na fls. os Embargos são tempestivos e reúnem os pressupostos de admissibilidade. Portanto, dele tomo conhecimento.

DO MÉRITO

Primeiramente, a Embargante alega omissão do julgado que analisou a argumentação de que na notificação lavrada não foi descontado o valor recolhido de contribuições previdenciárias pelas empresas, ensejando cobrança em duplicidade.

Nas razões recursais, fls. 196/218, entretanto, a então Recorrente trata de fato apenas no seguinte parágrafo, *in verbis*:

“As empresas em questão são todas optantes pelo SIMPLES, e vem recolhendo rigorosamente em dias as contribuições previdenciárias na forma determinada pela legislação pertinente, o que será comprovado através das guias que serão juntadas posteriormente e de certidões negativas de débito expedidas pelo INSS”.

Ora, até o momento não houve quaisquer comprovações do adimplemento dessas contribuições previdenciárias, para fins de apropriação dos devidos créditos no processo em epígrafe.

Se à auditoria fiscal não foi possível atestar os recolhimentos supostamente efetuados pelas empresas interpostas, caberia ao contribuinte fazer prova da sua existência, para que houvesse a devida apropriação.

Isso porque, mesmo em matéria tributária, cabe a ambos, ao Fisco e ao contribuinte, não só alegar, como, precipuamente, produzir provas que ofereçam condições de convicção favoráveis à sua pretensão.

Por oportuno, transcreve-se as palavras de Marcos Vinícius Neder:

*“No processo administrativo fiscal, **tem-se como regra que o ônus da prova recai sobre quem dela se aproveita.** Assim, se a Fazenda alega ter ocorrido o fato gerador da obrigação tributária, deverá apresentar a prova de sua ocorrência. Se, por outro lado, o contribuinte aduz a inexistência da ocorrência do fato gerador, igualmente, terá que provar a falta dos pressupostos de sua ocorrência ou a **existência de fatores excludentes**”. (NEDER, Marcus Vinicius; SANTI, Eurico Marcos Diniz de. FERRAGUT, Maria Rita (Coord.). *A prova no processo tributário*. São Paulo: Dialética, 2010, p. 331)*

Logo, ausentes quaisquer elementos probatórios capazes de atestar que as empresas interpostas efetuaram os recolhimentos, os quais são aludidos na peça recursal, persiste a obrigação acessória, conseqüentemente, a imputação da multa aplicada.

Quanto ao argumento de que o arbitramento foi feito equivocadamente, eis o alegado pelo Embargante no Recurso Voluntário:

É completamente descabido o arbitramento dos valores constantes na notificação levando apenas e tão somente os valores constantes nas notas fiscais de serviços, como se estes fossem representativos da remuneração percebida pelos sócios das empresas prestadoras de serviços. Como até as pedras sabem, qualquer pessoa jurídica regularmente constituída tem uma série de despesas fixas, tais como o pagamento de tributos (no caso em tela ISS e o SIMPLES), contratação de contador para manutenção da escrita, despesas com transporte, alimentação, ferramentas, etc., as quais diminuem bastante os valores os quais podem ser retirados pelos sócios da empresa, sob pena de acúmulo de dívidas e inevitável falência.

No entanto, nenhuma destas despesas foi sequer acusada ou descontada pelos senhores fiscais ao arbitrarem o valor da notificação, o que invalida por completo o arbitramento realizado. O arbitramento deveria ter sido realizado levando-se em conta as retiradas dos sócios a qualquer título, sejam pró-labore, distribuição de lucros, adiantamentos, etc., os quais deverão estar devidamente contabilizados pelas empresas prestadoras de serviços nos livros contábeis das mesmas, que foram verificados pela fiscalização. Os próprios fiscais deixaram claro no relatório da notificação em tela que levaram em conta apenas os valores constantes nas notas fiscais de serviços.

Para que tais argumentos fossem passíveis de análise, mister a comprovação das ditas despesas. Explica-se.

A aferição indireta, em se tratando de contribuições previdenciárias, encontra guarida no art. 33, § 6º, da Lei nº. 8.212/1991, *in verbis*:

§ 6º Se, no exame da escrituração contábil e de qualquer outro documento da empresa, a fiscalização constatar que a contabilidade não registra o movimento real de remuneração dos segurados a seu serviço, do faturamento e do lucro, serão apuradas, por aferição indireta, as contribuições efetivamente devidas, cabendo à empresa o ônus da prova em contrário.

Portanto, caberia também à empresa fazer prova das ditas despesas para serem analisadas e eventualmente abatidas da base de cálculo. Aqui, também é válido os argumentos acima expostos no que concerne à apresentação da prova.

Portanto, não havendo elementos probatórios capazes de quantificar as supostas despesas, bem como, diante na ausência dos comprovantes de recolhimento de contribuições previdenciárias das pessoas interpostas, tenho que as alegações da Embargante carecem de respaldo jurídico que permitam a sua procedência.

Processo nº 19994.000176/2008-18
Acórdão n.º **2403-002.136**

S2-C4T3
Fl. 5

CONCLUSÃO

Do exposto, acolho os Embargos de Declaração para sanear a omissão apontada, e re ratificar a decisão embargada.

Marcelo Magalhães Peixoto