



MINISTÉRIO DA ECONOMIA
Conselho Administrativo de Recursos Fiscais



Processo nº 10980.729105/2012-53
Recurso Voluntário
Acórdão nº 2201-006.143 – 2ª Seção de Julgamento / 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária
Sessão de 03 de março de 2020
Recorrente RODOLATINA LOGÍSTICA S.A
Interessado FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/09/2011

NULIDADE.

Ausentes as hipóteses do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, rejeita-se a arguição de nulidade.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SUJEITO PASSIVO.

O sujeito passivo das contribuições sociais previdenciárias é aquele que admite, dirige e assalaria e a quem o trabalhador presta os serviços; é aquele que se beneficia dos serviços do trabalhador.

SEGURADOS EMPREGADOS. EMPRESA INTERPOSTA. SIMULAÇÃO.

Comprovado que o sujeito passivo contratou segurados de forma simulada, através de empresas interpostas de fachada, apenas para burlar o Fisco, prevalece a verdade material sobre a formal.

COMPENSAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO POR TERCEIROS E COM SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode acolher pedido de compensação do débito do sujeito passivo com recolhimentos efetuados pela empresa de fachada interposta em razão de vedação da legislação do SIMPLES, de os recolhimentos apontados terem sido efetuados em nome de terceiro e de resultarem da utilização do artifício da simulação.

SIMULAÇÃO. MULTA.

Comprovada a simulação para impedir/ocultar a ocorrência do fato gerador das contribuições sociais previdenciárias e modificar suas características de modo a reduzir o montante do tributo devido, o percentual da multa aplicável será agravada, com a sua duplicação.

NÃO ATENDIMENTO OU ATRASO NO CUMPRIMENTO DE INTIMAÇÃO . MULTA.

O não atendimento, ou atraso no atendimento, às intimações fiscais para prestar esclarecimentos no prazo marcado determina o aumento da multa em sua metade, após a incidência do agravamento com a sua duplicação.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. Apreciação.

Não cabe à esfera administrativa conhecer de arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo, matéria de competência do Poder Judiciário.

Perícia. Pedido genérico não formulado. Prova documental. Preclusão.

De acordo com a legislação do Processo Administrativo Fiscal, os pedidos de perícia sem indicação de perito e quesitos são considerados como não formulados, e, toda prova documental deve ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão.

Não apresentação de novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa. Confirmação da decisão recorrida.

Não tendo sido apresentadas novas razões de defesa perante a segunda instância administrativa, adota-se a decisão recorrida, mediante transcrição de seu inteiro teor.

Representação fiscal para fins penais. Incompetência do CARF.

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

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

(documento assinado digitalmente)

Carlos Alberto do Amaral Azeredo - Presidente

(documento assinado digitalmente)

Francisco Nogueira Guarita - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros: Daniel Melo Mendes Bezerra, Rodrigo Monteiro Loureiro Amorim, Francisco Nogueira Guarita, Douglas Kakazu Kushiya, Débora Fófano Dos Santos, Sávio Salomão de Almeida Nóbrega, Marcelo Milton da Silva Risso e Carlos Alberto do Amaral Azeredo (Presidente)

Relatório

O presente processo trata de recurso voluntário em face do Acórdão nº **02-53.226 - 6ª Turma da DRJ/BHE**, fls. 513 a 532.

Trata de autuação referente a contribuições sociais destinadas à Seguridade Social e, por sua precisão e clareza, utilizarei o relatório elaborado no curso do voto condutor relativo ao julgamento de 1ª Instância.

Conforme Relatório Fiscal e anexos, o Auto de Infração em epígrafe, DEBCAD 51.034.612-0, 51.006.921-5, 51.034.614-6 se refere à crédito tributário do período janeiro 2009 a setembro de 2011 e é relativo a contribuições sociais previdenciárias patronais, inclusive SAT/RAT, contribuições de segurados e contribuições a outras entidades e fundos/terceiros.

As comentadas obrigações tributárias incidiram sobre a remuneração paga a segurados empregados e segurados contribuintes individuais contratados pelo sujeito passivo de forma simulada, , apenas para burlar o Fisco, através da empresa de fachada interposta optante pelo SIMPLES, Translatina – Transportes e Locação Ltda., CNPJ 10.353.509/0001-71.

O sujeito passivo apresentou defesa, alegando, em síntese:

Ilegitimidade da parte

A empresa que figura no pólo passivo da exigência em foco é parte ilegítima porque o débito em questão refere-se a funcionários contratados pela empresa Translatina, que trabalhavam exclusivamente para esta empresa, a ela eram subordinados jurídica e economicamente, cabendo somente a ela responder pelas eventuais obrigações decorrentes de tais relações.

A única relação que existe entre o contribuinte autuado e a empresa Rodotiba é um contrato de prestação de serviços de operacionalização de transporte e descarga de cimento a granel anexada à defesa.

Cerceamento de defesa

Para exercer o seu direito de defesa, a autuada precisaria ter acesso a todos os documentos da empresa Translatina onde ocorreram os supostos fatos geradores. Entretanto, não o tem. Assim, deve ser reconhecida a nulidade do auto de infração.

Desrespeito às regras do CTN concernentes a responsabilidade tributária.

Após extenso arrazoado teórico acerca da responsabilidade tributária atribuída a terceiros, conclui que no caso concreto da Impugnante, não está presente nenhum dos critérios determinados pelo CTN para atribuição de responsabilidade tributária a terceiros.

Logo, apenas a folha de salários da Rodolatina pode gerar obrigação tributária para a ela.

A legislação não autoriza a fiscalização impor à Rodolatina os tributos devidos pela Translatina.

O Auto de Infração deve ser, portanto, declarado nulo, pois a legislação vigente não autoriza a responsabilização tributária por atividade praticada por terceiros, neste caso, da empresa Translatina qualificada no processo administrativo em debate.

Inexistência de Grupo Econômico

Diante da autonomia de personalidade entre a Impugnante e a empresa Translatina, a fiscalização tentou alegar existência de suposto grupo econômico entre as mesmas, o que não altera a ilegitimidade da Impugnante, mantendo a nulidade dos autos de infração em referência.

Regras jurídicas para a formação do grupo econômico.

Após considerações acerca do conceito de Grupo Econômico e os requisitos legais para a sua caracterização, afirma que no presente caso não há grupo econômico, pois inexistente qualquer convenção ou contrato entre a Impugnante e a Translatina, muito menos registro de aprovação e constituição do mesmo. Repete que o único vínculo contratual existente entre as empresas é o contrato de prestação de serviços.

Conforme o art. 124 do CTN, para haver a responsabilidade solidária, é indispensável a configuração do interesse comum na situação constitutiva do fato gerador da obrigação principal, quando dois ou mais sujeitos da relação jurídica participaram conjuntamente do fato impositivo.

É um grande equívoco concluir-se pela responsabilidade tributária com base apenas na existência de alguma interdependência entre as empresas, caracterizada pela composição do capital ou pela identidade de pessoas que as compõem.

Não se pode confundir interesse jurídico comum na situação que constitua fato gerador de que cuida o inciso I do art. 124 do CTN, com interesse econômico no resultado que constitui o fato gerador da obrigação tributária. Transcreve jurisprudência sobre o assunto.

Da confusão do fisco entre as regras de responsabilidade trabalhista e tributária

A administração tributária aponta ações trabalhistas que buscaram declarar a responsabilidade da Rodolatina por verbas trabalhistas devidas pela Translatina.

Ocorre que, seja sob a ótica da legislação do trabalho, seja da legislação tributária não restou configurada a existência de grupo econômico e, ainda que este estivesse configurado, não poderia haver responsabilização solidária em razão da autonomia das personalidades das pessoas jurídicas, inclusive sob a ótica da própria Justiça do Trabalho.

No caso em voga, o reclamante alegava a formação de grupo econômico apenas pelo fato de existir uma sócia em comum entre a executada e outra empresa, requerendo responsabilidade solidária. Entretanto, sendo o único elo vislumbrado pelo tribunal entre tais empresas esta sócia comum, impossível a caracterização de grupo econômico as sociedades para a formação dos mesmos.

O art. 2º, §2º da CLT é claro quanto ao requisito para a configuração do grupo econômico, não tendo o poder de caracterizá-lo a simples existência de um participante em comum, isoladamente.

O art. 30, IX da Lei 8.212/91 prevê que empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem solidariamente pelas obrigações decorrentes daquela lei.

O art. 494 da IN RFB 971/2009 traz a definição de grupo econômico, a qual guarda compatibilidade com o art. 2º, §2º da CLT.

No campo fiscal, porém, não se aplica a linha principiológica protecionista do campo trabalhistas já que no pólo ativo da relação não está o trabalhador, e sim o Fisco.

Aqui prevalece o princípio da legalidade.

O art. 124 do CTN e art. 31, IX da Lei 8.212/91 somente permitem que a fiscalização busque colocar no pólo passivo da obrigação previdenciária empresas que possuem efetivamente vínculo jurídico de controle ou de administração ou que tenham participado conjuntamente da materialidade do fato gerador.

Cita acórdão do CARF sobre configuração de grupo econômico.

Reitera que qualquer decisão trabalhista não pode ser utilizada para a presente imposição tributária, mesmo se fosse essencial, há outras decisões em sentido contrário.

Cita os seguintes documentos que teriam sido juntados pela autoridade lançadora e que não se prestam a criação do vínculo entre as duas empresas:

1- Busca no sistema google, caracterizando a inexistência de *site* em nome da Rodotiba e o redirecionamento para a *home page* da Translatina:

Ninguém é obrigado a manter um *site* na internet, não podendo este fato ser utilizado para descaracterizar a personalidade jurídica.

Mesmo que a busca no google fosse juridicamente relevante, foi efetuada em 2012, sendo que os fatos geradores ocorreram em 2007 e 2009. Quem pode garantir o que revelaria a mesma busca ao tal google nos anos de 2007 e 2009?

2- NDSs, GFIPs, Relação de empregados, GPS e outros documentos previdenciários e trabalhistas da Translatina.

O principal, ou senão o único, cliente da Translatina foi a Rodolatina. Este fato justifica que a receita em determinados momentos coincide com o faturamento da Rodolatina.

3- Marca Translatina em nome da Rodolatina

Não é vedado registrar marcas, tão pouco cedê-las a terceiros. Foi o que ocorreu no caso concreto, dentro da absoluta legalidade.

4- Documentos diversos, ineptos

Outros documentos imprestáveis foram juntados, aos quais a impugnante não tem acesso para poder defender-se adequadamente de per si, não comprovam absolutamente nada. São, na maioria, telas de computador impressas. Um exemplo é uma tela do sistema Serpro que diz sem movimento que o fiscal denominou RENAVAM TRANSLATINA. Este documento é imprestável e indefensável pelo fato de não ser possível relacionar este e tantos outros ao caso concreto.

O fiscal produziu provas que não se relacionam com o fato gerador em si.

Não se questiona como e quando ocorreu o pagamento de salários, mas se há relação tributária entre as empresas que justifica a responsabilidade que se pretende imputar à atuada. O trabalho fiscal se apóia em presunções e indícios.

Se a hipótese de incidência contiver aspectos baseados em presunções ou ficções, restará, no âmbito do processo, que descobrir se tal fato indiciário aconteceu realmente ou não. Aqui o objeto da prova será a ocorrência do fato auxiliar que nesse sentido assumirá a posição principal da discussão.

Verificando os documentos juntados pela fiscalização, nota-se que se tratam de meros indícios, presunções simples (não legais) de que a Rodolatina é responsável pelos fatos geradores cometidos reconhecidamente pela Translatina, e isto faz com que sejam imprestáveis para comprovar a formação de qualquer grupo econômico entre as mencionadas empresas e conseqüentemente, tornam nulos os autos de infração lavrados contra a Rodolatina.

Valores pagos e não descontados

Mesmo que tais contribuições fossem devidas, a fiscalização calculou as contribuições desconsiderando todos os pagamentos ao INSS realizados pela Translatina. Isto porque a Translatina, por ser optante do SIMPLES, seguramente realizou recolhimentos ao INSS (parte da empresa).

Se for assim, é devida apenas a diferença entre o valor recolhido sob o regime do SIMPLES menos a contribuição devida sob o regime normal, o que não aconteceu.

Por isso o cálculo do fiscal está equivocado.

Nem se diga que se trata de pedido de compensação/restituição a ser providenciado separadamente pela Translatina, pois não se trata de pagamento a maior ou indevido, mas sim de pagamento injustamente desconsiderado pela fiscalização nestes autos.

Verbas indenizatórias, não incidência .

Em homenagem ao princípio da eventualidade, tece arrazoado teórico acerca da não incidência da contribuição previdenciária sobre determinadas rubricas trabalhistas pagas aos empregados.

A impugnante não tem acesso ao detalhamento da folha de salários da Translatina. Assim, a defesa considera o pagamento em tese de rubricas que não sofrem incidência de contribuições pagas aos empregados.

Requer a correção dos valores lançados, para adequar o lançamento à legislação pátria.

Outras rubricas – não incidência

Há, ainda, outras verbas trabalhistas que a jurisprudência nacional é pacífica em reconhecer que não sofrem a tributação comentada, embora o sítio eletrônico da Receita Federal do Brasil não reconheça, tais como o terço constitucional de férias, o abono constitucional de férias e seu adicional, férias indenizadas, vale transporte, vale alimentação, etc.

Discorre sobre a não incidência, em tese, de cada uma dessas rubricas e requer a exclusão do lançamento que porventura tenha incidido sobre elas.

Da inaplicabilidade da Multa de 150%

Não ficaram configurados os requisitos para a aplicação da multa de forma agravada em 150%.

Conforme demonstrado na peça de defesa, não houve sonegação ou fraude.

Foi constatado pela fiscalização que foram declarados todos os pagamentos realizados aos empregados, conforme se extrai das GFIP utilizadas pela fiscalização.

O agravamento somente se justificaria na ausência de informação ou quando o agente fiscal não dispusesse, como dispunha, dos meios necessários à sua verificação.

O CARF tem entendimento sumulado no sentido de que só cabe multa agravada se comprovado dolo de sonegação ou fraude.

Transcreve súmulas CARF e julgados administrativos. A mera discordância do Fisco com a maneira como deve incidir a tributação sobre a movimentação declarada expressamente pelo contribuinte (SIMPLESxNormal) não pode levar a conclusão de que houve dolo de sonegação ou fraude, mormente porque o próprio contribuinte mantinha escrituração regular e em conformidade com os fatos ocorridos.

Para os tributos apurados no Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal, foram impostas multas de 75% (item 5 do Termo) e de 150% (item 6 do Termo) essa última com base no art. 44, inciso I e §1º da Lei 9.430/96, sob a justificativa de que a empresa impugnante teria praticado reiteradas ações de sonegação tributária.

No entanto, o fisco não comprovou o ato doloso da impugnante. Vale dizer, para ser aplicada a multa majorada de 150% a fiscalização deve instruir o auto de infração com documentos que comprovem cabalmente a acusação.

Não ficando comprovada nos autos a ocorrência da conduta dolosa da impugnante, não há que se falar em majoração para 150%.

Todas as intimações foram atendidas e a origem dos depósitos só não havia sido comprovada (item 6.5 do Termo de Verificação e Encerramento da Ação Fiscal) por motivos alheios à vontade da empresa contribuinte, que, conforme já mencionado, deveu-se a documentos de outra pessoa jurídica.

Também não há no processo elementos que comprovem que a impugnante tenha praticado ato que possa ser caracterizado como sonegação.

Alem da aplicação da multa majorada, não é razoável que a Fazenda Pública formalize em processo apartado Representação Fiscal para Fins Penais – item 8 do termo de verificação e encerramento da ação fiscal) sem ter possibilitado à impugnante realizar sua contra-produção de provas.

Deverá, portanto, ser afastado o percentual correspondente ao agravamento da multa, eis que a impugnante não teve o intuito de fraudar o fiscal, ou seja, não houve dolo, e nem qualquer comprovação cabal de tipificação neste sentido pela fiscalização, e multa assim como aplicada configura confisco, em afronta ao art. 150, IV da Constituição Federal.

Inaplicabilidade do agravamento de 50% por suposto não atendimento de intimações

Ainda em homenagem a eventualidade, discorre sobre a multa agravada em 50% sob a alegação de que a empresa teria deixado de atender intimações.

Afirma que não houve, porém, recusa no atendimento de intimações, e as declarações e pagamento havidos encontram-se na sede de empresa diversa da que sofreu autuação, e não foram apresentadas exclusivamente por conta da impossibilidade de fazê-lo no exíguo prazo apresentado pelo Auditor Fiscal.

A empresa não pode ser responsabilizada pela apresentação de documentos de propriedade de terceiros e arcar com multa por eventual não apresentação dos mesmos.

As intimações que não foram atendidas decorreram ou de situações alheias à vontade da impugnante, ou devido a curto prazo para o seu atendimento:, na maioria de 05 a 02 dias. Tais prazos não são razoáveis para o atendimento de intimações com inúmeros lançamentos numa pessoa jurídica relativo a um prazo de mais de 02 anos, como é o caso.

Faz breve histórico das intimações e respectivos atendimentos.

Afirma que não atendeu a intimação para apresentar a relação de veículos com indicação de placas, RENAVAM, marca, modelo e ano de fabricação, porque numa empresa de transportes do porte da Rodolatina, que tem veículos próprios e financiados, locados, vendidos e comprados diariamente, esta informação não é tão simples de ser produzida, o que justifica a demora no atendimento. Contudo a informação foi prestada, tanto que não houve mais reintimações a esse respeito. Anexa cópia do documento entregue (com a rubrica do fiscal).

Deixou também de atender a intimação para apresentação do contrato de prestação de serviços entre a impugnante e a Translatina por causa do acúmulo de trabalho, prova disso é que passa a juntar o referido contrato na presente intimação. Este contrato, como já foi dito inúmeras vezes é a única relação jurídica que une as citadas empresas e não haveria razão para não apresentá-lo.

Assim, conclui que todas as intimações foram atendidas e, apesar de algum atraso ou mal entendido que possa ter havido no curso da fiscalização, o caso não pode ser tido como “não atendimento de intimações”, da forma como calculado pela autoridade fiscal, como se o contribuinte tivesse desaparecido sem prestar qualquer informação.

Ofensa à proporcionalidade e não confisco.

O agente fiscal lançou multa no importe de 225% a qual tem evidente caráter expropriatório, haja visto que não houve intenção de fraudar o fisco e que as declarações e pagamentos havidos encontram-se na sede de empresa diversa da que sofreu autuação e não foram apresentadas por conta da impossibilidade de fazê-lo no exíguo prazo apresentado.

O princípio da boa-fé deverá ser revertido, não devendo uma das partes locupletar-se indevidamente da outra.

Os valores de multa afrontam os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Transcreve decisão do TRF da 4a. Região e do STF.

Conclui que a multa deve ser reduzida a parâmetros que não caracterizem o confisco.

Impor multa de 75% e 150% sobre o imposto poderá inviabilizar as atividades da empresa, trazendo consequências desastrosas do ponto de vista social.

Quanto ao princípio do não confisco, aplica-se a todas as espécies de tributos.

O Valor da multa merece, pois, ser reduzido para 20%, no máximo, para 50% caso haja crédito tributário remanescente.

Não se pode alegar inexistência de Lei autorizando o julgador administrativo a se pautar nos princípios da proporcionalidade e boa fé para rever o ato administrativo, pois os artigos. 3º e 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, autorizam a aplicação da analogia e dos princípios gerais de direito quando não houve Lei regulando determinada situação.

Suspensão do tramite da Representação Fiscal para Fins penais

Não há que se falar em crimes previstos na Lei 8.137, como aduz a fiscalização.

O art. 3º da Portaria RF 665/2008 estabelece que a Representação Fiscal ficará suspensa até estar definitivamente constituído o crédito tributário.

Assim, o tramite da Representação Fiscal deverá permanecer suspenso.

Ao final, pede deferimento da impugnação, requerendo:

- a) Nulidade dos AI por ilegitimidade passiva do autuado.
- b) Nulidade dos AI por inexistência de grupo econômico entre a impugnante e a Translatina.
- c) Nulidade dos AI por cerceamento de defesa ante a ausência de documentos e informações de terceira empresa, distinta da impugnante, para o que requer a baixa do processo em diligência para providências da Receita Federal de juntada de documentos

e informações sobre a empresa Translatina, qualificada nestes autos, oportunizando-lhe a ampla defesa por parte da impugnante.

d) Sejam considerados os recolhimentos pagos pela Translatina no sistema SIMPLES e não consideradas pelo Fiscal. Para tanto, requer sejam juntadas pela Receita Federal todas as informações a respeito.

e) Seja afastada a incidência de contribuição sobre verbas indenizatórias, não excluídas pelo fiscal. Para tanto, requer que a Receita Federal traga ao processo a folha de pagamento analítica de forma que seja possível segregar todas as verbas indenizatórias das efetivamente remuneratórias, pagas pela empresa Translatina.

f) Seja afastada a incidência da multa agravada de 150% devido a ausência de fraude, posto que todas as informações contábeis e fiscais que deram origem aos fatos geradores estão devidamente declarados pelo contribuinte;

g) Seja afastada a incidência do agravamento de 50% pelo suposto não atendimento de intimações, pois o contribuinte atendeu todas as intimações, mas o fiscal muitas vezes não foi claro nos seus pedidos e concedeu prazos exíguos para seu cumprimento, acarretando dificuldades no atendimento nos prazos e formas estabelecidos.

h) Seja reconhecida a falta de proporcionalidade e o efeito confiscatório na aplicação das multas.

i) Seja proporcionada a oportunidade para realização de sustentação oral no monumento oportuno, bem como a ampla produção de provas, especialmente a documental e pericial, se necessário.

Em sua decisão, o órgão julgador de 1ª instância, decidiu que não assiste razão à contribuinte, de acordo com a seguinte ementa:

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2009 a 30/09/2011

NULIDADE.

Ausentes as hipóteses do art. 59 do Decreto n.º 70.235/72, rejeita-se a arguição de nulidade.

CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SUJEITO PASSIVO.

O sujeito passivo das contribuições sociais previdenciárias é aquele que admite, dirige e assalaria e a quem o trabalhador presta os serviços; é aquele que se beneficia dos serviços do trabalhador.

SEGURADOS EMPREGADOS. EMPRESA INTERPOSTA. SIMULAÇÃO.

Comprovado que o sujeito passivo contratou segurados de forma simulada, através de empresas interpostas de fachada, apenas para burlar o Fisco, prevalece a verdade material sobre a formal.

COMPENSAÇÃO. RECOLHIMENTO EFETUADO POR TERCEIROS E COM SIMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

Não se pode acolher pedido de compensação do débito do sujeito passivo com recolhimentos efetuados pela empresa de fachada interposta em razão de vedação da legislação do SIMPLES, de os recolhimentos apontados terem sido

efetuados em nome de terceiro e de resultarem da utilização do artifício da simulação.

SIMULAÇÃO. MULTA.

Comprovada a simulação para impedir/ocultar a ocorrência do fato gerador das contribuições sociais previdenciárias e modificar suas características de modo a reduzir o montante do tributo devido, o percentual da multa aplicável será agravada, com a sua duplicação.

NÃO ATENDIMENTO OU ATRASO NO CUMPRIMENTO DE INTIMAÇÃO . MULTA.

O não atendimento, ou atraso no atendimento, às intimações fiscais para prestar esclarecimentos no prazo marcado determina o aumento da multa em sua metade, após a incidência do agravamento com a sua duplicação.

CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. ILEGALIDADE E INCONSTITUCIONALIDADE. APRECIAÇÃO.

Não cabe à esfera administrativa conhecer de arguições de inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei ou ato normativo, matéria de competência do Poder Judiciário.

SUSTENTAÇÃO ORAL. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. PERÍCIA. PEDIDO GENÉRICO NÃO FORMULADO. PROVA DOCUMENTAL. PRECLUSÃO.

De acordo com a legislação do Processo Administrativo Fiscal, não há previsão para a produção de prova oral, os pedidos de perícia sem indicação de perito e quesitos são considerados como não formulados, e, toda prova documental deve ser apresentada na impugnação, sob pena de preclusão.

Considerando que o contribuinte apresentou tempestivamente este recurso voluntário às fls. 550 a 641, conheço do mesmo, que será analisado conforme o voto apresentado a seguir.

Voto

Conselheiro Francisco Nogueira Guarita, Relator

Por ser tempestivo e por atender as demais condições de admissibilidade, conheço do Recurso Voluntário.

Ao compararmos este recurso voluntário, com a impugnação da recorrente junto ao órgão julgador de primeira instância, percebemos a mesma não apresentou novas razões de defesa, nem novas provas, onde os argumentos trazidos são os mesmos, nem contestou qualquer omissão da decisão sobre sua impugnação perante o órgão julgador de primeira instância, como também o fato de que eu concordo plenamente com o decidido pelo acórdão recorrido, além de seguirmos o mandamento do § 3º do artigo 57 do Regimento Interno deste Conselho (RICARF) que reza:

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

I - verificação do quórum regimental;

II - deliberação sobre matéria de expediente; e

III - relatório, debate e votação dos recursos constantes da pauta.

§ 1º A ementa, relatório e voto deverão ser disponibilizados exclusivamente aos conselheiros do colegiado, previamente ao início de cada sessão de julgamento correspondente, em meio eletrônico.

§ 2º Os processos para os quais o relator não apresentar, no prazo e forma estabelecidos no § 1º, a ementa, o relatório e o voto, serão retirados de pauta pelo presidente, que fará constar o fato em ata.

§ 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. (grifo nosso).

À exceção dos emanamentos relacionados à sustentação oral e à representação fiscal para fins penais, decido por adotar como voto, a decisão integral do órgão julgador a *quo*, a qual transcrevo a seguir:

O verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária exigida e a simulação na contratação de trabalhadores.

Os argumentos relativos à inexistência de Grupo Econômico entre a empresa autuada, Rodolatina Logística SA, e a empresa Translatina – Transportes e Locação Ltda, bem como as alegações sobre responsabilidade de terceiros, solidariedade, etc. não serão objeto de análise uma vez que tais matérias são alheias ao lançamento fiscal em pauta.

O feito fiscal não deixa dúvidas de que a exigência tributária decorre da constatação de que o verdadeiro sujeito passivo direito do crédito tributário exigido é a empresa autuada, a Rodolatina Logística SA, que, utilizando-se de simulação, contratou trabalhadores para lhe prestar serviços através de empresa “de fachada”, a Translatina – Transportes e Locação Ltda,

Assim, antes de passarmos a análise da questão principal do processo, ou seja, a análise de qual empresa seria o verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária, importa registrar que, de acordo com o art. 118 do Código Tributário Nacional, para os fins de definição do fato gerador, deve-se abstrair a validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes.

Ocorrido o ato jurídico que a lei tributária erigiu em fato gerador, está nascida a obrigação tributária, eis que no Direito Tributário o que prevalece é a materialidade e a verdade real, em detrimento das formalidades praticadas.

O mesmo se verifica no Direito do Trabalho, em que prevalece o princípio da primazia da realidade, segundo o qual o contrato de emprego não se circunscreve ao que está escrito, devendo-se pesquisar a prática concreta efetivada ao longo da prestação de serviços.

Assim, é que, com base no princípio da materialidade do Direito Tributário e da primazia da realidade que norteia as relações trabalhistas, a autoridade fiscal interpreta a norma jurídica tributária, verifica a situação fática e procede à subsunção do fato à norma, enquadrando o trabalhador numa das categorias de segurado, identificando o sujeito passivo da obrigação tributária e apurando o *quantum* a ser exigido.

O artigo 229, § 2º, do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto 3.048/99, estabelece expressamente que a fiscalização não pode se limitar às definições formais que as partes se atribuem. Assim, dúvidas não há quanto à prevalência da realidade fática sobre os aspectos formais.

Registre-se, ainda, que a identificação do sujeito passivo da obrigação tributária deve ser feita à luz do inciso I do parágrafo único do art. 121 do Código Tributário Nacional, segundo o qual o sujeito passivo é o contribuinte, ou seja, aquele que tem relação pessoal e direta com a situação que constitua o fato gerador tributário.

No caso das contribuições sociais previdenciárias incidentes sobre a folha de pagamento, o sujeito passivo direto da obrigação tributária principal é a empresa, assim definida no art. 15, inciso I da Lei nº 8.212/91, e que, no Direito do Trabalho, corresponde à figura do empregador, ou seja, aquele que contrata o trabalhador aos seus serviços de forma remunerada tendo em contrapartida deste a prestação de trabalho:

“Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviços” (art. 2º, caput, CLT).

O sujeito passivo das contribuições sociais previdenciárias é, portanto, aquele que admite, dirige e assalaria e a quem o trabalhador presta os serviços; é aquele que se beneficia dos serviços do trabalhador.

No caso concreto, em que pesem os atos constitutivos formais de duas empresas e os trabalhadores estarem formalmente vinculados à empresa optante pelo SIMPLES, Translatina – Transportes e Locação Ltda, os documentos e informações do processo comprovam que esta empresa (Translatina) é apenas “de fachada”, ou seja, inexistem duas empresas. A única empresa que existe de fato e de direito é a Rodolatina Logística SA.

É, portanto, a Rodolatina Logística SA que assume os riscos da atividade econômica, que admite, assalaria e dirige a prestação dos serviços, ou seja, é o efetivo sujeito passivo das obrigações tributárias lançadas, tendo simulado a contratação de empresa interposta com o único objetivo de reduzir a sua carga tributária.

Tal realidade se revela através dos fatos minuciosamente descritos no Relatório Fiscal e fartamente comprovados através dos documentos anexos ao processo, donde destacamos, a título de ilustração, os seguintes:

1- Quadro social da Translatina – Transportes e Locação Ltda – sócios de fachada ligados à empresa Rodolatina.

No quadro social da Rodolatina “figura” como sócia Maria Martins Tessari, cunhada de Agostinho Bruno Zibetti sócio majoritário e administrador da Rodolatina Logística SA e irmã da esposa deste (Marcia Martins Tessari Zibetti), que também é sócia da Rodolatina.

“Consta”, ainda, no quadro social da Translatina, Felipe Zibetti, filho do casal que compõe a Rodolatina, ou seja, filho de Agostinho Bruno Zibetti e Marcia Martins Tessari Zibetti, e, também, ex-sócio da mesma Rodolatina.

2- A Rodolatina era a única e exclusiva “cliente” da Translatina.

As declarações anuais do Simples Nacional (DASN) da Translatina, a contabilidade da Rodolatina e a própria defesa atestam que a Rodolatina era cliente da Translatina, ou seja, sua a única fonte de recursos.

Os Valores pagos pela Rodolatina à Translatina superam a receita declarada desta:

Competência	Receita bruta da <u>Translatina</u> conforme DASN	Pagamentos à <u>Translatina</u> feitos pela Rodolatina conforme contabilidade desta
01/2009	-	R\$ 1.591,22
02/2009	-	R\$ 9.877,98
03/2009	-	R\$ 13.019,84
04/2009	-	R\$29.792,71
05/2009	R\$ 18.505,30	R\$111.189,01
06/2009	R\$166.731,01	R\$163.640,45
07/2009	R\$199.972,77	R\$164.085,62
08/2009	R\$179.070,93	R\$244.892,27
09/2009	R\$140.175,19	R\$134.174,83
10/2009	R\$223.542,41	R\$318.037,53
11/2009	R\$193.129,86	R\$169.587,50
12/2009	R\$190.908,79	R\$255.231,22
Total 2009	R\$1.312.036,26	R\$1.615.120,18

3- A receita bruta da Translatina quase igual ou inferior aos valores gastos com pessoal.

Ano	Remuneração a empregados e contribuintes individuais	Receita bruta
2010	R\$2.739.435,92	R\$2.399.715,06
2011	R\$2.111.256,73	R\$329.853,68
Total 2010/2011	R\$4.850.692,65	R\$2.729.568,74

4- Inexistência de atividade na Translatina

A empresa Translatina não tem outros clientes que não a Rodolatina, não tem departamento comercial ou departamento de vendas, nem vendedores, nem possui sede, telefone, endereço eletrônico, etc.

A autoridade lançadora localizou várias reclamações trabalhistas em que as duas empresas são as reclamadas.

Dentre essas reclamações trabalhistas, a autoridade lançadora cita, a título de exemplo, o processo de número 34282-2010-651-09-00-1 da 17ª Vara do Trabalho de Curitiba/PR, confirmando que as “duas” empresas são uma só: - o reclamante teve seu vínculo de emprego registrado pela Translatina, porém, seu crachá foi expedido pela

Rodolatina, onde consta que o empregado estaria “lotado” na Translatina; - As duas reclamadas, Rodolatina e Translatina, outorgaram procuração para os mesmos advogados, no mesmo dia, com o mesmo teor, assinaturas reconhecidas no mesmo tabelionato; as empresas situam-se no mesmo endereço e são representadas por duas irmãs, Márcia Tessari Zibetti e Maria Martins Tessari.

5- Empregados formalmente vinculados à Translatina

As GFIP demonstram que a Translatina não possuía empregados em cargos essenciais ao seu funcionamento, como, por exemplo, em setores relacionados à compra ou a contabilidade.

Outro fato curioso no quadro de pessoal da Translatina é que, embora a esta empresa possuísse apenas dois caminhões, empregava um número expressivo de motoristas de veículos de carga: - em 2010 – empregou 32 motoristas, em 2011 – empregou 63 motoristas.

6- Sede da Translatina

A sede da Translatina é no mesmo endereço da autuada, Rodolatina.

7- As GFIP da Translatina são confeccionadas pela Rodolatina

As GFIP da Translatina são feitas na sede da Rodolatina, constando no campo “responsável” o mesmo endereço IP, mesmo telefone da Rodolatina e o mesmo domínio de email.

8- Proprietária da marca Translatina

No Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, a marca Translatina pertence a empresa Rodolatina.

9- Pagamentos de despesas de pessoal da Translatina pela Rodolatina.

Na contabilidade da empresa Rodolatina constam lançamentos de pagamentos de despesas da empresa Translatina, tais como salários, INSS sobre folha Translatina, etc.

Impossibilidade de análise dos fatos fora do seu contexto.

A defesa tenta desqualificar os fatos apontados pela Autoridade Lançadora e utilizados pelas partes para encobrir e disfarçar a realidade dos vínculos empregatícios, analisando de forma isolada cada um deles.

Realmente, os fatos apontados pela autoridade lançadora, se vistos de forma isolada, não autorizariam às conclusões que determinaram o lançamento fiscal. Porém, como se pode observar, não se trata de um único fato isolado.

Foram várias as circunstâncias que, no contexto que se inserem, apontam para uma única direção: - a empresa Translatina assumiu formalmente a contratação de mão-de-obra como um artifício para que a empresa Rodolatina autuada deixasse de recolher as contribuições em questão. Isto porque, a impugnante, em razão do volume de seu faturamento, não se enquadrava nos requisitos da legislação da tributação favorecida, Simples Nacional e Simples Federal, e não estava apta a se beneficiar da substituição tributária.

Ressalte-se que o SIMPLES, ao substituir, entre outros tributos, as contribuições à Seguridade Social, previstas no art. 22 da Lei nº 8.212/91, pela aplicação de uma alíquota única sobre a receita bruta, buscou favorecer e dar tratamento diferenciado às micro e pequenas empresas, tanto que permitiu a substituição tributária apenas para as

empresas que não ultrapassassem os limites anuais de faturamento, pré-determinados na legislação própria.

Assim, a simulação na contratação de trabalhadores por interpostas empresas, notadamente as optantes do SIMPLES, ocasiona a redução de encargos previdenciários e causa prejuízos à Seguridade Social.

De Plácido e Silva, conceitua simulação como sendo “o artifício ou o fingimento na prática ou na execução de um ato, ou contrato, com a intenção de enganar ou de mostrar o irreal como verdadeiro, ou lhe dando aparência que não possui (...) No sentido jurídico, sem fugir ao sentido normal, é o ato jurídico aparentado enganosamente ou com fingimento, para esconder a real intenção ou para subversão da verdade. Na simulação, pois, visam sempre os simuladores a fins ocultos para engano e prejuízo de terceiros” (Silva, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. Ed. Forense, 1990).

Os renomados tributaristas Ives Gandra Martins e Paulo Lucena de Menezes, assim se pronunciaram a respeito da simulação:

(...) na simulação, a declaração recíproca das partes não corresponde à vontade efetiva. (...) Colocando-se de outra forma, duas realidades distintas concorrem na simulação: existe uma verdade aparente jurídica, que se exterioriza para o mundo, e existe uma outra verdade (real), que não é perceptível, ao menos à primeira vista, e que se restringe ao círculo dos participantes do engodo. A causa da ocultação está sempre voltada para a obtenção de algum benefício que não poderia ser atingido pelas vias normais, o que demonstra tratar-se de um ato antecipadamente deliberado pelas partes envolvidas, que se volta para um fim específico. Daí porque a própria legislação determina que a simulação não será considerada como defeito do ato ou negócio jurídico, 'quando não houver intenção de prejudicar a terceiros ou de violar disposição de lei' (CC, art 103).

(...) No campo do direito tributário, portanto, a verdade material prevalece sobre a estrutura jurídica de direito privado adotada para encobrir a real intenção das partes, não obstante esta possa até ser válida, sob o prisma formal.(grifamos)(Elisão Fiscal, em Revista Dialética de Direito Tributário nº 63, dezembro de 2000, p. 159, apud Leandro Paulsen, Direito Tributário, Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 628).

A simulação é, portanto, a prática de produzir-se uma situação aparente, que não existe, devendo, ainda, estar presente o aspecto volitivo no intuito de obter vantagens indevidas, trazendo prejuízos a terceiros. A autoridade fiscal, ao verificar que o sujeito passivo se utilizou de simulação para elidir-se do pagamento de tributo, tem o dever de aplicar a legislação tributária de acordo como os fatos efetivamente ocorrem, em detrimento daquela verdade jurídica aparente. Esta é a tese defendida pelos mencionados tributaristas, Ives Gandra e Paulo Lucena, segundo os quais “*No campo do direito tributário, portanto, a verdade material prevalece sobre a estrutura jurídica de direito privado adotada para encobrir a real intenção das partes, não obstante esta possa até ser válida, sob o prisma formal*” (Martins, Ives Gandra da Silva e Menezes, Paulo Lucena de. *Elisão Fiscal*, em *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 63, dezembro de 2000, p. 159).

Constatando que a forma jurídica adotada não reflete o fato concreto, o Fisco encontra-se autorizado “a determinar os efeitos tributários decorrentes do negócio realmente realizado, no lugar daqueles que seriam produzidos pelo negócio retratado na forma simulada pelas partes” (Amaro, Luciano, ob. cit., p. 233/234).

O Código Tributário Nacional (CTN), prevê a simulação como motivo para a fiscalização efetuar ou rever de ofício o lançamento, conforme se vê abaixo:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:

(...)

VII – quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação.

Na espécie sob análise, em que a aparente legalidade, os negócios e atos jurídicos não possuem causa legítima, são simulados.

Inocorrência de situações que inquinem o lançamento fiscal de nulidade

A defesa alega nulidade do lançamento fiscal sob os argumentos de ilegitimidade passiva da impugnante; inexistência de grupo econômico entre a impugnante e a empresa Rodotiba e cerceamento do seu direito de defesa em razão de não possuir documentos e informações sobre a empresa Rodotiba e necessários à sua defesa.

Entretanto, do exposto anteriormente constata-se que o lançamento fiscal não cogitou da formação de grupo econômico entre a autuada e a empresa Rodotiba e nem de qualquer outra hipótese de imputação de responsabilidade tributária atribuída a terceiros, como pretendeu a defesa. Prejudicadas, portanto, todas as alegações relacionadas.

Por outro lado, os documentos e informações do processo não deixam dúvidas de que a exigência fiscal resulta da constatação de que, apesar das formalidades produzidas pelas partes, não existem duas pessoas jurídicas: - a única empresa que existe, de fato e de direito, é a empresa a autuada, a Rodolatina Logística SA.

Quanto à pessoa jurídica Translatina – Transportes e Locação Ltda., CNPJ 10.353.509/0001-71 (correção nossa), que “figurava” como optante pelo SIMPLES e como tomadora dos serviços dos trabalhadores arrolados no Auto de Infração, trata-se de empresa de “fachada”, cuja existência é apenas formal, criada apenas para que a Rodolatina Logística SA pudesse usufruir indevidamente do tratamento favorecido de tributação..

Os trabalhadores em questão, de fato, prestaram serviços à autuada, logo sendo esta o único e verdadeiro sujeito passivo direto da obrigação tributária exigida.

O art. 59 Decreto 70.235, de 06 de março de 1972 enumera as situações que afetam o processo de lançamento tributário de nulidade. São elas: - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente, bem como os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

No caso concreto, o Auto de Infração está instruído com as peças indispensáveis, contendo descrição dos fatos suficiente para determinar a exigência em foco, não se vislumbrando a ocorrência de preterição do direito de defesa.

Rejeita-se, pois, os argumentos de nulidade.

Base de incidência as contribuições lançadas

A defesa contesta o lançamento fiscal com alegações em tese e genéricas acerca de verbas legalmente liberadas da tributação, bem como acerca de verbas que a jurisprudência tem entendido como não integrantes da base de cálculo das contribuições previdenciárias.

O relatório fiscal deixa claro que as bases de cálculo das contribuições lançadas neste processo corresponderam às bases de cálculo informadas nas GFIP elaboradas em nome da empresa Translatina.

Por outro lado, de acordo com as referidas GFIP da Translatina, a Rodolatina é a responsável pelas informações ali prestadas e pela confecção dos documentos fiscais em questão.

Logo, no mínimo estranho que a própria empresa que apurou tais bases de cálculo e foi indicada como a responsável pelas informações prestadas, venha agora requer esclarecimentos sobre a composição dessa base de cálculo que ela própria apurou!

Não é demais lembrar que restou comprovado que não existem duas empresas, mas apenas a empresa autuada Rodolatina, responsável pela apuração das bases de cálculo informadas nas GFIP donde foram extraídos os salários de contribuição lançados neste Auto de Infração.

Portanto, prejudicadas as alegações que colocam dúvidas sobre a tributação sobre as verbas tomadas como base para incidência das contribuições lançadas.

Impossibilidade de aproveitamento dos recolhimentos efetuados

Quanto ao pedido de que sejam considerados os recolhimentos pagos pela Translatina no sistema SIMPLES, também não pode ser acolhido, pois os citados recolhimentos fazem parte de um cenário de simulação, utilizado com o único objetivo de a autuada usufruir indevidamente de tratamento favorecido de tributação do Simples, em prejuízo da Seguridade Social. Tal circunstância atrai a incidência do princípio geral do Direito "*nemo turpitudinem suam allegare potest*", segundo o qual a ninguém é dado alegar a sua própria torpeza para beneficiar-se.

Além do mais, a legislação que regula a matéria (art. 44, §6º da Instrução Normativa RFB nº 900/2008 e §6º do art. 56 da Instrução Normativa RFB 1.300 de 20/11/2012) veda a compensação de contribuições previdenciárias com o valor recolhido indevidamente para o Simples Nacional e para o Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte.

Por fim, não há permissivo legal de compensação de tributo recolhido em nome de um contribuinte para abater obrigação tributária devida por outro contribuinte.

Multa agravada de 150%

É devida a qualificação da multa de ofício, com a duplicação do seu percentual, quando restar comprovado o uso de simulação para impedir/ocultar a ocorrência do fato gerador e/ou modificar suas características de modo a reduzir o montante do tributo devido (art. 35-A da Lei 8.212/91 c/c/ art. 44, I, §1º da Lei 9.430/97).

No caso concreto, não se trata de simples discordância do Fisco com a maneira como deve incidir a tributação sobre a movimentação declarada expressamente pelo contribuinte (SIMPLES x Normal), como pretende a defesa.

A exigência do próprio tributo lançado neste Auto de Infração, decorre da constatação de que a empresa autuada efetuou contratações de trabalhadores de forma simulada utilizando-se de empresa de fachada optante pelo SIMPLES, com o único objetivo de usufruir indevidamente desse tratamento tributário favorecido.

Assim, correta a aplicação da multa qualificada de 150%.

Multa agravada em sua metade (50%)

O §2º do art. 44 da Lei 9.430/1997 estabelece que, sobre o percentual qualificado de multa (150%) citado no item anterior, será devido, ainda, o aumento de metade, caso o sujeito passivo não atenda no prazo marcado as intimações para prestar esclarecimentos.

A própria defesa expressamente admite que atendeu fora do prazo marcado a intimação para apresentar relação de seus veículos com indicação de placas, RENAVAM, marca, modelo e ano de fabricação.

O texto do citado §2º do art. 44 da Lei 9.430/1997 é expresso no sentido de que a exigência legal é relativa não só a obrigação da empresa prestar os esclarecimentos, mas que o faça dentro do prazo marcado.

Quanto às justificativas apresentadas para a demora no atendimento às intimações fiscais relativas aos veículos, não encontram previsão legal capaz de afastar o comentado agravamento previsto no §2º do art. 44 da Lei 9.430/1997.

O atraso confessado e comprovado é, portanto, fato capaz e suficiente para, por si só, atrair a regra de agravamento do comentado §2º do art. 44 da Lei 9.430/1997.

Ademais, os documentos comprovam (e a defesa confirma) que não foram prestados à autoridade lançadora os esclarecimentos relativos ao contrato de prestação de serviços entre a autuada e a empresa Translatina.

O agravamento comentado neste tópico é, pois, procedente.

Inconstitucionalidade. Não cabimento da discussão.

A defesa alega que as multas aplicadas afrontam os princípios constitucionais do não confisco e proporcionalidade.

Tais alegações, porém, não são passíveis de análise no Contencioso Administrativo Fiscal porque os valores lançados se pautaram em legislação vigente, que se encontra discriminada no FLD – Fundamentos Legais do Débito, e porque não compete à autoridade administrativa declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade ou ilegalidade de lei, pois essa competência foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário.

Assim, não pode este órgão julgador desconsiderar norma válida no ordenamento jurídico por expressa vedação contida no art. 26-A do Decreto nº 70.235 de 1972,

in verbis:

Art. 26-A. No âmbito do processo administrativo fiscal, fica vedado aos órgãos de julgamento afastar a aplicação ou deixar de observar tratado, acordo internacional, lei ou decreto, sob fundamento de inconstitucionalidade.

Representação Fiscal para Fins Penais

A impugnante, requer sobrestamento do processo de Representação Fiscal para Fins penais.

O art. 83 da Lei 9.430/96 estabelece que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. Logo, o sobrestamento requerido pela autuada se opera *ex lege*.

Ademais, foge à alçada das Delegacias de Julgamento examinar questões relativas a processos de Representação Fiscal para fins penais, conforme se extrai do art. 229 do Regimento Interno da RFB, aprovado pela Portaria MF nº 587, de 21 de dezembro de 2010, e alterações posteriores.

Prova oral, documental e perícia.

Finalmente, a impugnante requer o direito de apresentar outras provas tais como documentais, periciais, inclusive, em momento oportuno, sustentação oral.

A sustentação oral não encontra fundamento na legislação processual tributária, por inexistir dispositivo legal regulando a matéria. A manifestação do contribuinte se dá, tão somente, por escrito nos termos do comando contido no artigo 15, do Decreto nº 70.235, de 1972, a seguir reproduzido:

Art. 15. A impugnação, formalizada por escrito e instruída com os documentos em que se fundamentar, será apresentada ao órgão preparador no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data em que for feita a intimação da exigência.

Os pedidos de perícia são disciplinados pelo inciso IV, do art. 16, do mesmo Decreto n.º 70.235, de 1972, com a redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 8.748, de 9 de dezembro de 1993:

“Art. 16. A impugnação mencionará:

(...)

IV - as diligências, ou perícias que o impugnante pretenda sejam efetuadas, expostos os motivos que as justifiquem, com a formulação de quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional de seu perito;

(...)

§ 1º Considerar-se-á não formulado o pedido de diligência ou perícia que deixar de atender aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16.

(...)” (Grifou-se)

No caso concreto, a interessada apenas protestou, de forma genérica, pela prova pericial, sem exposição de motivos, formulação de quesitos, nem indicação do perito, devendo-se, portanto, ser considerado não formulado.

Quanto à prova documental, deve ela ser apresentada na impugnação, de acordo com o art. 16, §4º do Decreto n.º 70.235, de 1972, a seguir transcrito:

§ 4º A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual, a menos que:

- a) fique demonstrada a impossibilidade de sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;
- b) refira-se a fato ou a direito superveniente;
- c) destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

Assim, precluso o direito de juntada de novos documentos.

Pelo exposto, voto pela improcedência da impugnação e manutenção crédito tributário lançado.

DO PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL

A recorrente pugna pela utilização de sustentação oral de sua pretensão recorrente quando de sua análise e julgamento.

Quanto a esta solicitação, vale lembrar que este tema não deve ser objeto do recurso, pois é um direito do contribuinte nos termos da Portaria do Ministério da Fazenda nº 343/2015 (RICARF), cuja ciência do contribuinte ao julgamento dá-se pela publicação da pauta de julgamento, cuja sessão será pública e o contribuinte e/ou patrono pode comparecer à sessão, se habilitar e fazer a sustentação oral.

DA REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

Quanto à Representação Fiscal para Fins Penais, igualmente às DRJ's, informo que este Conselho, também não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Este entendimento está de acordo com a súmula CARF nº 28, que dispõe::

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Por conta disso, não conheceremos desta parte do recurso voluntário.

Conclusão

Assim, tendo em vista tudo que consta nos autos, bem como na descrição dos fatos e fundamentos legais que integram o presente recurso, conheço do mesmo, para no mérito, NEGAR-LHE provimento.

(assinado digitalmente)

Francisco Nogueira Guarita