



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

Processo n° 12897.000480/2009-97
Recurso n° Voluntário
Acórdão n° 2302-002.937 – 3ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 22 de janeiro de 2014
Matéria Terceiros
Recorrente TELE SOLUÇÕES TELEMARKETING LTDA.
Recorrida FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS PREVIDENCIÁRIAS

Período de apuração: 01/01/2005 a 31/03/2006

ÔNUS DA PROVA.

Cabe ao interessado a prova dos fatos que tenha alegado. Art. 36 da Lei n° 9.784/99.

PERÍCIA. INDEFERIMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA.

A perícia tem, como destinatária final, a autoridade julgadora, a qual possui a prerrogativa de avaliar a pertinência de sua realização para a consolidação do seu convencimento acerca da solução da controvérsia objeto do litígio, sendo-lhe facultado indeferir aquelas que considerar prescindíveis ou impraticáveis. Nesse sentido, sua realização não constitui direito subjetivo do contribuinte.

PERÍCIA. INDICAÇÃO DE QUESITOS. DADOS DO PERITO.

Considera-se não formulado o pedido de perícia, quando não indicados o nome, o endereço e a qualificação profissional do perito. Art. 16, § 1º, do Decreto n° 70.235/72.

REPRESENTAÇÃO FISCAL PARA FINS PENAIIS

O CARF não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais. Súmula CARF n° 28.

Recurso Voluntário Negado

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do colegiado, por voto de qualidade em negar provimento ao recurso voluntário, nos termos do relatório e voto que integram o presente

julgado. Vencidos na votação os Conselheiros Bianca Delgado Pinheiro, Leo Meirelles do Amaral e Leonardo Henrique Pires Lopes, por entenderem que a multa aplicada deve ser limitada ao percentual de 20% em decorrência das disposições introduzidas pela MP 449/2008 (art. 35 da Lei n.º 8.212/91, na redação da MP n.º 449/2008 c/c art. 61, da Lei n.º 9.430/96).

(assinado digitalmente)
LIEGE LACROIX THOMASI – Presidente

(assinado digitalmente)
ANDRÉ LUÍS MÁRSICO LOMBARDI – Relator

Participaram da sessão de julgamento os conselheiros: Liége Lacroix Thomasi (Presidente), Leonardo Henrique Pires Lopes (Vice-presidente), Arlindo da Costa e Silva, Leo Meirelles do Amaral, Bianca Delgado Pinheiro e André Luís Mársico Lombardi.

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada pela recorrente, mantendo o crédito tributário lançado (fls. 145/152).

Adota-se parte do relatório do acórdão do órgão *a quo* (fls. 146), que bem resume o quanto consta dos autos:

Trata-se de crédito previdenciário lançado pela fiscalização epígrafe (DEBCAD nº 37.234.448-8) contra a empresa acima identificada, referente às contribuições para outras Entidades e Fundos Paraestatais (Terceiros).

2. O valor do presente lançamento é de R\$ 898.613,89, consolidado em 27/08/2009.

3. De acordo com o Relatório Fiscal (fls. 40/43), o crédito lançado tem origem no pagamento de remuneração a seus segurados, sem o recolhimento das contribuições previdenciárias, relativo a valores pagos a título de conciliações trabalhistas efetuadas por Comissão de Conciliação Prévia, conforme Acordo Coletivo de Trabalho, registradas na conta contábil 4.1.01.01.0011, intitulada "Aviso Prévio e Indenizações Trabalhistas", bem como a valores constantes da folha de pagamento e não declarados em GFIP.

4. Foi emitida Representação Fiscal para Fins Penais pela prática, em tese, do ilícito previsto no artigo 337-A do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940).

5. Toda fundamentação legal do lançamento encontra-se discriminada no anexo "Fundamentos Legais do Débito - FLD".

6. Notificada pessoalmente do Auto de Infração, em 27/08/2009, a interessada apresentou impugnação em 28/09/2009, de fls. 101/177, com a comprovação da legitimidade da outorgada que a assina (fls. 108/114), aduzindo as seguintes alegações:

(...)

Como afirmado, a impugnação apresentada pela recorrente foi julgada improcedente, tendo a recorrente apresentado, tempestivamente, o recurso de fls. 155/160, no qual alega, em apertada síntese, que:

* Os valores mantidos pela DRJ estariam equivocados, sendo bem menores do que os informados. Assevera que a DRJ foi induzida a erro, pois a autoridade fiscal não teria analisado as GFIP's retificadoras entregues pela recorrente;

* Foram levadas em consideração verbas que não sofreriam incidência de contribuição previdenciária, tais como férias proporcionais e respectivo adicional, além de indenizações. Também não incidiria contribuição sobre os valores pagos quando do afastamento do empregado para o INSS, ajuda de custo, alimentação eventual fornecida pelo empregador (inclusive PAT), auxílio-doença, serviços médicos prestados, primeira parcela do 13º, parcela correspondente ao período de aviso indenizado pago na rescisão, férias (abono pecuniário, etc. A autoridade fiscal também teria deixado de verificar diversas guias de recolhimento do período, sendo que a recorrente teve indeferido o seu pedido de produção de prova pericial sem que fossem apontados quais os requisitos legais não teriam sido preenchidos. A decisão *a quo* também teria deixado de apreciar de forma fundamentada as centenas de GFIP's juntadas e a cópia do Auto de Infração debcad nº 37.234.445-3 (CFL 68);

* Não há que se falar em crime fiscal antes de concluído o processo administrativo, razão pela qual não prospera a sustentação de representação fiscal para fins penais, caracterizando até mesmo abuso de poder e constrangimento ilegal;

* Não teria sido observada a redução das multas prevista na Lei nº 11.941, devendo ser aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte em respeito ao artigo 106 do CTN;

Ao final requer seja dado provimento total ao recurso voluntário para reformar a decisão recorrida e julgar insubsistente o crédito tributário ou para reformar a decisão recorrida e determinar a produção de prova pericial contábil, bem como a análise dos documentos apresentados.

É o relatório.

Voto

Conselheiro Relator André Luís Mársico Lombardi

Apuração de Valores. Ônus da prova. Alega a recorrente que os valores mantidos pela DRJ estariam equivocados, sendo bem menores do que os informados, sem apontar, com precisão, quais valores teriam sido lançados a maior.

Primeiramente, é preciso considerar que a recorrente, nem na impugnação, nem no recurso, trouxe qualquer elemento de prova para comprovar algum equívoco no lançamento.

Por outro lado, o Fisco demonstrou, de forma inequívoca, a fonte das informações que geraram o lançamento, sendo certo que os valores indicados não foram objeto de contestação específica da recorrente. Com efeito, o lançamento encontra-se acompanhado de robusto lastro documental e firme descrição dos fatos, conforme já apontado na decisão *a quo*:

o Auditor Fiscal acosta às fls. 63/68 cópia do Livro Razão contendo os lançamentos da Conta Contábil "Aviso Prévio e Indenizações Trabalhistas", de onde foram retirados os valores contidos no lançamento "COC - Conciliação Trabalhista". A análise destas provas documentais juntadas pela fiscalização, em cotejo com os valores lançados como base de cálculo no relatório DAD - Discriminativo Analítico de Débito permitem-nos visualizar claramente que a autoridade fiscal lançou como base de cálculo apenas os valores relativos aos acordos trabalhistas, e não a totalidade dos lançamentos da conta. Como em sua própria peça defensiva a Impugnante confirma que os valores pagos relativos a estes acordos sofrem a incidência da contribuição previdenciária, não há que se falar, aqui também, em retificação do lançamento, eis que fica claro que apenas as verbas relativas aos acordos trabalhistas, pagos nos termos do Acordo Coletivo de Trabalho é que foram consideradas como base de cálculo tributada.

Com isso não se quer dizer que a recorrente não poderia ter apresentado eventuais excessos ou lapsos do labor fiscal. Ocorre que, assim como a impugnação, o recurso encontra-se despidido de apontamento concreto de eventuais vícios no lançamento, restringindo-se a afirmações vagas e genéricas, como quando afirma que foram levadas em consideração verbas que não sofreriam incidência de contribuição previdenciária.

De duas uma, ou a impugnação e o recurso estão mal instruídos ou a versão de que houve compensação não passa de um devaneio. Em ambas as situações a conclusão é pela negativa de provimento das razões recursais.

É sabido que alegações desacompanhadas das devidas comprovações de nada valem, ensejando a aplicação do aforismo jurídico “allegatio et non probatio, quasi non allegatio”. Alegar e não provar é o mesmo que não alegar.

No processo administrativo, há norma expressa a respeito:

Lei n° 9.784/99

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 art. 37 desta Lei.

Afirma a recorrente ainda que a autoridade fiscal também teria deixado de verificar diversas guias de recolhimento do período. Nos socorremos novamente da decisão *a quo* para demonstrar o desacerto da recorrente:

*Após análise das guias de pagamento, acostadas pela Impugnante aos autos do processo 12897.000482/2009-86, DEBCAD 37.234.446-1, a este apensado, em confronto com o RDA - Relatório de Documentos Apresentados, fls. 13/18, relatório no qual estão discriminados todos os documentos considerados pela auditoria fiscal, verificamos que deste relatório constam todas as guias juntadas pela Impugnante. Isto demonstra que o Auditor Fiscal apropriou os valores referentes a **todas** as guias constantes dos autos, não havendo que se falar em recolhimentos não considerados. De outro lado, embora a Impugnante alegue que foram lançados como base de cálculo valores que não sofrem a incidência da contribuição previdenciária, ela não produz nenhuma prova sobre este fato, limitando-se a arrolar a letra do artigo 28, § 9 .da Lei 8.212/91, que dispõe sobre as hipóteses de exclusão da base de cálculo das contribuições previdenciárias.*

Por fim, aponta ainda a recorrente que a DRJ foi induzida a erro, pois a autoridade fiscal não teria analisado as centenas de GFIP's juntadas e a cópia do Auto de Infração debcad n° 37.234.445-3 (CFL 68). Novamente a resposta contida na decisão *a quo*, conjuntamente com os argumentos supra transcritos, são suficientes para demonstrar o despropósito das afirmações:

*o que se verifica no caso em análise é que as GFIP's retificadoras **não foram apresentadas** no decorrer da ação fiscal, sendo assim, seria mesmo impossível que a autoridade fiscal tivesse qualquer outro procedimento que não o lançamento de ofício dos valores não pagos e não declarados.*

Incontestavelmente, o lançamento encontra-se revestido de todas as formalidades exigidas por lei, dele constando diversos relatórios e termos, tendo sido o sujeito

passivo cientificado de todas as decisões de relevo exaradas no curso do presente feito, restando garantido, por conseguinte, o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Inexiste, portanto, qualquer óbice procedimental da parte da fiscalização.

Por tudo que se expôs até aqui, não há como se dar guarida ao inconformismo da recorrente.

Prova pericial. Documentos apresentados. Afirma a recorrente que teve indeferido o seu pedido de produção de prova pericial sem que fossem apontados quais os requisitos legais não teriam sido preenchidos.

Não é verdade. A decisão *a quo* apontou sim as razões do indeferimento. Vejamos:

Já o pedido de perícia contábil requerido pela impugnante não atende aos requisitos previstos no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72 e também estabelecidos no art. 7. inciso IV da Portaria RFB nº 10.875, de 16 de agosto de 2007, pois não foram formulados os quesitos referentes aos exames desejados, assim como não foi indicado o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito, portanto, nos termos do § I do art. 16 do Decreto nº 70.235/72, e também de acordo com o § I do art. 11 da supracitada Portaria, tal pedido considera-se não formulado.

Segundo Pontes de Miranda, "a perícia serve à prova de fato que dependa de conhecimento especial, ou que simplesmente precise de ser fixado (...)" (Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo IV, pg. 625, Forense, 2ª Edição, 1979). Em outras palavras, só se admite perícia se o fato depender de conhecimento especial, o que não é o caso do presente processo. Assim sendo, não há que se aplicar a perícia no caso em tela.

Como bem destacado no decisório de primeira instância, a recorrente descumpriu o artigo 16, IV, do Decreto nº 70.235/72, que ora regulamenta todo o Processo Administrativo Fiscal no âmbito federal, inclusive o julgamento do recurso em comento.

Com efeito, as disposições retro citadas exigem que, no caso de solicitação de perícias, no corpo da própria impugnação, devem ser indicados os “quesitos referentes aos exames desejados, assim como, no caso de perícia, o nome, o endereço e a qualificação profissional do seu perito”, sob pena de ser considerado não formulado (artigo 16, § 1º, do Decreto nº 70.235/72)

É verdade que o artigo 18 do Decreto nº 70.235/72 faculta a determinação de ofício da diligência ou perícia, quando entendê-las necessárias. No entanto, como visto anteriormente, não há que se cogitar de maiores investigações sobre o fato em debate se a própria recorrente não apresenta a documentação necessária. Outrossim, consigne-se que,

diferentemente do que pretende a recorrente, a realização da prova pericial não constitui direito subjetivo do contribuinte, pois, em razão do livre convencimento motivado, compete ao julgador deferi-la, se entendê-la necessária.

Assim, sendo a prova pericial forma inadequada de comprovação da questão controvertida e considerando-se que a recorrente descumpriu dos requisitos necessários ao seu pleito, conclui-se que nenhum reparo há que ser feito na fundamentação, pelo órgão *a quo*, do indeferimento do pedido de perícia.

RFFP. Alega a recorrente que não há que se falar em crime fiscal antes de concluído o processo administrativo, razão pela qual não prospera a sustentação de representação fiscal para fins penais, caracterizando até mesmo abuso de poder e constrangimento ilegal.

Realmente consta do Relatório Fiscal que foi formalizado processo de "Representação Fiscal Para Fins Penais", tendo em constatação, em tese, de crime de sonegação, previsto no art. 337-A do Código Penal, com adição pela Lei nº9.983/2000 (COMPROT nº 12897.000473/2009-95).

Ocorre que a súmula CARF nº 28, de observância obrigatória, exclui a competência deste Conselho para se pronunciar sobre controvérsias referentes a Processo Administrativo de Representação Fiscal para Fins Penais.

Súmula CARF nº 28:

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

Destarte, as razões recursais relativas à Representação Fiscal para Fins Penais não devem ser apreciadas por este relator e nem pelo colegiado.

Multas. Direito Intertemporal. Afirma a recorrente que não teria sido observada a redução das multas prevista na Lei nº 11.941, devendo ser aplicada a multa mais benéfica ao contribuinte em respeito ao artigo 106 do CTN.

Todavia, a multa aplicada no caso em comento foi aquela vigente na época da ocorrência dos fatos geradores, conforme redação anterior do art. 35, II, da Lei nº 8.212/91. Com a alteração legislativa referida pela recorrente, a multa aplicada na hipótese de lançamento de ofício tornou-se mais gravosa, sendo de 75%, conforme artigo 35-A da Lei nº 8.212/91 c.c. artigo 44 da Lei nº 9.430/96:

Lei nº 8.212/91:

Art. 35-A. Nos casos de lançamento de ofício relativos às contribuições referidas no art. 35 desta Lei, aplica-se o disposto no art. 44 da Lei nº9.430, de 27 de dezembro de 1996.(Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009).

Lei nº 9.430/96:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexata; (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 2007)

(...)

Portanto, se cotejarmos os percentuais de multa previstos no antigo artigo 35 da Lei nº 8.212/91 com o percentual de multa previsto no artigo 44, I, da Lei nº 9.430/96, concluiremos que, a princípio, a multa prevista na legislação pretérita, vigente à época dos fatos geradores, é menor e, portanto, mais benéfica que a multa estabelecida na novel legislação.

Destarte, correto o lançamento fiscal.

Pelos motivos expendidos, CONHEÇO do recurso voluntário para, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

André Luís Mársico Lombardi - Relator