



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

206

2.º	PUBLICADO NO D. O. U.
C	D. 07/07/1998
C	<i>Stolutius</i>
	Rubrica

Processo : 10166.005062/97-93

Acórdão : 202-09.646

Sessão : 18 de novembro de 1997

Recurso : 100.923

Recorrente : CONSÓRCIO NAC. DE UTILIDADES UTILAR UTICAR S/C LTDA.


Recorrida : Banco Central do Brasil


CAPTAÇÃO DE POUPANÇA POPULAR - CONSÓRCIO - I) DOCUMENTOS INIDÔNEOS - NOTAS FRIAS - Tendo a Administradora se servido de notas fiscais de pessoas jurídicas para dar cobertura a bens adquiridos de pessoas físicas, para atender o disposto no item 34 da Portaria MF nº 190/89, constitui fraude (simulação) cometida em conluio com as empresas emitentes (art. 73, Lei n. 4.502/64). **II) PENALIDADE** - Inaplicabilidade de qualquer tipo de apuração ou atualização monetária, até a data da lavratura do Auto de Infração ou Notificação, quando as infrações foram cometidas anteriormente à edição da MP n. 492, de 05.05.94 (Lei n. 9.064/95). **III) PENA DE PROIBIÇÃO DE OPERAR** (art. 14, II, Lei n. 5.768/71) - Por ser ato de administração e não envolver valores que podem ser dimensionados, assegurando-se o duplo grau de jurisdição em sede de recurso hierárquico, é decisão do BACEN, não cabendo revisão pelo 2º Conselho de Contribuintes. Apelo que não se conhece neste particular. **Recurso parcialmente conhecido e provido em parte.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por: **CONSÓRCIO NAC. DE UTILIDADES UTILAR UTICAR S/C LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos; **I) não conhecer do apelo quanto à matéria relativa à aplicação da pena prevista no artigo 14, inciso II, da Lei nº 5.768/71, com alterações e, II) dar provimento parcial ao apelo quanto à penalidade pecuniária prevista no inciso IV do mesmo dispositivo, excluindo a correção monetária exigida entre a ocorrência das infrações e a Notificação de 09.03.93.** Ausente, justificadamente, o Conselheiro Helvio Escovedo Barcellos.

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 1997


Marcos Vinicius Neder de Lima
Presidente


José Cabral Carofano
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Antonio Carlos Bueno Ribeiro, Tarásio Campelo Borges, Oswaldo Tancredo de Oliveira, José de Almeida Coelho e Antonio Sinhiti Myasava.

Fclb/gb



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Processo : 10166.005062/97-93

Acórdão : 202-09.646

Recurso : 100.923

Recorrente : CONSÓRCIO NAC. DE UTILIDADES UTILAR UTICAR S/C LTDA.

RELATÓRIO

Este processo já constou de pauta da Sessão de 01.07.97, oportunidade em que o Colegiado decidiu converter o julgamento do recurso em diligência junto ao BACEN, para que este prestasse esclarecimentos sobre a base de cálculo utilizada para aplicação da penalidade sob discussão.

Para lembrança dos Srs. Conselheiros leio o relatório e voto da Diligência n. 202-01.903 (fls. 187/188).

Retornam os autos do processo com a juntada da planilha de cálculo e informações complementares (fls.192/193).

É o relatório.



Processo : 10166.005062/97-93
Acórdão : 202-09.646

VOTO DO CONSELHEIRO-RELATOR JOSÉ CABRAL GAROFANO

No que diz respeito ao mérito do litígio, a decisão recorrida - com base nos documentos e informações contidos na peça acusatória e argumentos e documentos integrantes da petição impugnativa - entendeu não assistir razão à Administradora, pelos seguintes fundamentos:

"5. Registre-se que, ao invés de se defender das imputações, a intimada terminou por trazer à lume a prática de outra conduta delituosa grave, qual seja, a compra e utilização de notas fiscais 'frias' emitidas por revendedoras de veículos. Isso apenas veio confirmar a movimentação ilícita, pela Administradora, de recursos que geria, ainda que, efetivamente, conforme faz questão de frisar, não tenha havido benefícios para ela própria ou para titular da conta de depósito.

6. O procedimento, como se depreende da defesa, tinha como objetivo contornar o dispositivo do item 46, letra 'b', da Portaria do Ministério da Fazenda nº 190/89, que propicia ao consorciado contemplado optar por veículo usado, com até 3 (três) anos de fabricação, mas adquirido de distribuidora autorizada mediante expedição de nota fiscal e certificado de garantia de funcionamento pelo prazo de 3 (três) meses ou 5.000 (cinco mil) quilômetros.

7. Além disso, dos 11 (onze) cheques relacionados na peça acusatória, 6 (seis) se referem a grupos de eletrodomésticos, esvaziando, assim, a argumentação de que a ocorrência da irregularidade era devida a arranjo para que os consorciados pudessem adquirir, de particulares, automóveis usados. Importante notar que, à exceção de veículos, a legislação vigente não prevê a possibilidade de bens usados serem adquiridos via consórcio.

8. É de se ressaltar, também, que a eventual correlação entre os cheques emitidos pela Administradora, os depósitos e as notas fiscais, a demonstrar pagamento final ao terceiro vendedor do bem, em nada contemporiza a irregularidade apontada.

9. A alegação de que o trânsito de cheques pela conta de terceiro visava beneficiar aos consorciados, que teriam, como tal artifício, acesso ao bem desejado, perde sentido em razão de ser o procedimento vedado pelas normas (item 34 da Portaria MF nº 190/89), como, aliás, a própria defendente implicitamente admitiu.



Processo : 10166.005062/97-93
Acórdão : 202-09.646

10. Por fim, o fato de a conduta irregular não ter resultado em prejuízos para os consorciados ou grupos, além de ser apenas alegado pela Administradora, jamais poderia, ao contrário do que é seu entendimento, ser visto como atenuante. Ademais, parece óbvio que o procedimento que decorre do acatamento às determinações legais — caso da garantia dos créditos mediante a realização dos contratos de alienação fiduciária — não deve trazer quaisquer conotações de excepcionalidade a justificar tratamento diferenciado ao obrigado.” (grifos na transcrição)

Estou com a decisão recorrida.

Na verdade a Administradora praticou o ato delitivo de simulação em conluio (art. 73, Lei n. 4.502/64), onde os agentes fazem uma declaração enganosa da vontade, com o fim de produzir efeito diverso daquele que se indica no documento. Tutelando a ordem jurídica, destacou o legislador, para mais severa punição, uma hipótese de declaração falsa em documento fiscal, configurando o ilícito em exame.

Ao se servir de “notas fiscais de favor” a autuada procurou simular operações com quem de fato não eram os verdadeiros fornecedores das mercadorias, uma vez que na realidade os vendedores eram pessoas físicas e as notas fiscais - destinadas a darem cobertura às transações de aquisição dos bens a serem entregues a consorciados contemplados - eram provenientes de pessoas jurídicas que não possuíam os referidos bens. Tais notas fiscais são consideradas inidôneas para todos os efeitos, sendo irrelevante a inocorrência de prejuízo aos consorciados ou aos grupos, ou ainda, que a Administradora tenha se beneficiado do ato incriminado; porquanto este é um ilícito de forma, isto é, que uma vez constatada a infração, a apenação independe do resultado verificado.

A argumentação utilizada pela autuada, tanto na petição impugnativa como no recurso voluntário, não se presta para ilidir os termos da denúncia, uma vez que esta tem suporte em elementos objetivos que constituem prova irrefutável de que o procedimento adotado pela mesma buscou burlar as normas contidas nos artigos 34 e 46, letra b, da Portaria MF n. 190/89.

Uma vez comprovada a fraude (simulação), a penalidade imposta em seu valor máximo (100%), aplicada nos termos do artigo 14, inciso IV, da Lei n. 5.768/71, com as alterações introduzidas pela Lei n. 7.691/88, não merece ser revista, sendo que, neste particular, deve ser mantida a decisão recorrida.

Por outro lado, entendo que a exigência contém uma impropriedade.

Para apuração da exigência - multa por infração administrativa - que atingiu o montante de 9.583,38 UFIR, a fiscalização do BACEN, sem previsão legal à época dos fatos ocorridos, efetuou a correção monetária dos valores-base das infrações.



Processo : 10166.005062/97-93

Acórdão : 202-09.646

Como resultado da diligência, o BACEN juntou a planilha denominada "PAPEL DE TRABALHO" (fl. 192), que demonstra de forma didática o método utilizado para apuração de valores. Verifica-se que na Coluna "8" encontram-se os valores da BTN à data do cometimento das infrações, sendo que ao lado da Coluna "9" as datas (mês/ano) das mesmas.

Tendo sido todas elas praticadas até 12/91, antes da edição da Medida Provisória n. 492, de 05.05.94, não havia previsão legal para o BACEN efetuar a correção monetária dos valores a serem exigidos da Administradora. Para o caso, correto seria manter os valores históricos discriminados na Coluna "7" do demonstrativo e dividi-los pela UFIR vigente à data da NOTIFICAÇÃO, que seria a de 09.03.93 (fl.01).

Inúmeros precedentes e jurisprudência pacífica deste Conselho de Contribuintes.

No que respeita à aplicação da pena de proibição de realizar novas operações pelo prazo de 2 (dois) anos, capitulada no artigo 14, inciso II, da Lei n. 5.768/71, com nova redação dada pela Lei n. 7.691/88, sinto que a mesma, quando objeto de recurso voluntário, deve ter duplo grau julgamento no BACEN, em sede de recurso hierárquico, fugindo da competência deste Conselho de Contribuintes rever este tipo decisão proferida pelo julgador singular.

Sendo o BACEN o responsável pela normatização e fiscalização da atividade de operações de consórcios, cabe somente a ele disciplinar a conduta das administradoras, à vista da legislação de regência. É por isto mesmo que a Autarquia reúne condições de manter em seus registros o comportamento das administradoras, acompanhando a atividade de cada uma, no que respeita aos assuntos econômicos e administrativos. A pena de proibição de realizar operações é aplicada por decisão administrativa, que envolve informações outras, tais como antecedentes, reincidência, comportamento dos gestores da empresa junto ao sistema financeiro, etc. Alfim, muito embora a pena não se refira a valores, implicitamente, seus efeitos podem até refletirem na saída Administradora no mercado, por se ver proibida de atuar na atividade durante o prazo que perdurar a sanção.

Um dos pressupostos de admissibilidade do recurso voluntário é a existência, total ou parcial, de valores constantes na denúncia fiscal e mantidos pela decisão recorrida (art. 33, Decreto 70.235/72, com alterações introduzidas pela Lei n. 8.748/93). Tanto é que o inciso II do artigo 11, do Decreto n. 70.235/72, diz que a notificação de lançamento conterà obrigatoriamente o valor do crédito tributário e o prazo para recolhimento ou impugnação. Assim, mister se faz que este Conselho venha apreciar apelos voluntários em que o recorrente discuta qualquer valor mantido pela decisão singular.

Mais uma prova desta assertiva é que em caso de recurso de ofício, um dos pressupostos de admissibilidade é a observância do valor de alçada, que nos termos do artigo 34 do PAF, deve ser superior a 150.000 UFIR.



Processo : 10166.005062/97-93

Acórdão : 202-09.646

Nada mais claro que este Conselho de Contribuintes deve decidir litígios onde as partes discutem quantias mensuráveis, que podem ser expressos e valorados economicamente, quer em sede de recurso voluntário, quer em sede de recurso de ofício.

Na espécie, a pena de proibição de a Administradora realizar novas operações pelo prazo de 2 (dois) anos sequer consta da Notificação - que este Conselho aceita como peça acusatória - tendo sido imposta somente quando da decisão recorrida. Esta pena que foi fruto da conclusão da decisão recorrida não foi matéria impugnada pela autuada, pelo que só foi levada ao conhecimento da mesma na fase recursal e isto, se fosse o caso, caracterizaria cerceamento do direito de defesa por inobservância do duplo grau de jurisdição, que é assegurado àqueles casos em que há valores expressos discutidos nos apelos.

Portanto, uma vez que a pena de proibição de realizar novas operações não pode ser quantificada nos autos deste processo administrativo, o Colegiado não dispõe de elementos objetivos para motivar sua convicção para mantê-la, reduzi-la ou extingui-la. Qualquer decisão que fosse dada a mesma poderia ser tomada como arbitrária (à vontade; sem regras; despótica), em lugar do exercício do poder discricionário. Quero dizer: o julgador não pode aplicar a pena dentro dos parâmetros legais, segundo seu arbítrio.

HELENO CLÁUDIO FRAGOSO (Lições de Direito Penal - A Nova Parte Geral, RJ, Forense, 10ª ed.1973) em lição de plena sabedoria, já havia realçado a importância da motivação na aplicação da pena:

A motivação da sentença é exigida de todas as legislações modernas, onde exerce, como diz Franco Cordero, função de defesa do cidadão contra o arbítrio do juiz. De outra parte, a motivação constitui também garantia para o Estado, pois interessa a este que sua vontade superior seja exatamente cumprida e se administre corretamente a justiça. O juiz mesmo protege-se, mediante a obrigação de motivar a sentença, contra a suspeita de arbitrariedade, de parcialidade, ou de outra qualquer injustiça (Manzini).

.... Lothar Schmidt desenvolve a mesma idéia ao afirmar que o 'acusado tem não apenas o direito de saber porque é punido, como também o direito de saber porque recebe esta pena'. Os tribunais adequadamente têm anulado repetidamente decisões que não justificam adequadamente a pena imposta acima do mínimo (Fragoso, 'Jur.Crim.' n° 491). A rigor no entanto, também a pena aplicada no mínimo deve ser justificada, para que a acusação possa adequadamente impugnar a sentença.

Confere a lei ao juiz poder discricionário para que ele possa atender às exigências de adequação da pena que defluem dos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico. Não há aqui poder arbitrário e o juiz não pode fixar a pena a seu capricho. A motivação é o diafragma que separa o poder discricionário do arbítrio (Bricola)." (destaques do original)

Não vejo como motivar minha conclusão, neste particular, para manter, reduzir ou excluir a pena de proibição de realizar novas operações por dois anos, imposta pela decisão recorrida. Aqui estamos tratando de aplicação da pena ao agente, pessoal, e não de



MINISTÉRIO DA FAZENDA

SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Processo : 10166.005062/97-93

Acórdão : 202-09.646

penalidade pecuniária de ordem material e, do Direito Penal, manda a lei considerar, para o primeiro caso, elementos que permitem avaliar a maneira de ser do agente (antecedentes, conduta social, personalidade) e a reprovabilidade do fato punível praticado (culpabilidade, conseqüências).

Ao término, concluo que a pena sob exame prevista no artigo 14, inciso II, da Lei n. 5.768/71, com alterações, é ato de administração do BACEN, único responsável pela normatização e fiscalização da atividade de consórcios, ainda mais porque é o órgão que tem o poder para conceder e caçar autorizações de funcionamento (Comunicado nº 2.379/91 e Resolução nº 2.196/92), suspender atividades, até, de decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial das administradoras que operarem fora das prescrições legais. Em nenhuma destas hipóteses, as decisões do BACEN são objeto de recurso para este Conselho de Contribuintes, pelo que me convenço de que a decisão de proibir o exercício da atividade é ato de administração do órgão que a utiliza com o propósito de salvaguardar os interesses dos consorciados (mercado) contra possíveis prejuízos causados por tais administradoras. Por isto que tais decisões, ainda que assegurado ao infrator o duplo grau de jurisdição em sede de recurso hierárquico, são de competência única no BACEN.

Pelo fio do exposto, voto no sentido de: I) não conhecer do apelo quanto à matéria relativa à aplicação da pena prevista no artigo 14, inciso II, da Lei nº 5.768/71, com alterações e, II) dar provimento parcial ao apelo quanto à penalidade pecuniária prevista no inciso IV do mesmo dispositivo, excluindo a correção monetária exigida entre a ocorrência das infrações e a Notificação de 09.03.93 (cf. fl. 192).

Sala das Sessões, em 18 de novembro de 1997


JOSE CABRAL GAROFANO