



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
PRIMEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

Processo nº 10183.004966/2006-72
Recurso nº 164.288 Voluntário
Acórdão nº 1102-00.056 – 1ª Câmara / 2ª Turma Ordinária
Sessão de 29 de setembro de 2009
Matéria Arbitramento
Recorrente FRANCO FABRIL ALIMENTOS LTDA
Recorrida 2a. Turma da RJ de Campo Grande/MS

Ementa: MANDATO DE PROCEDIMENTO FISCAL (MPF)

Irregularidades no MPF não tem o condão de causar nulidade no procedimento fiscal.

PROVA

Presentes às características da prova a saber: admissibilidade, que é aquela não proibida por lei e aplicável ao caso em questão, a pertinência que é a adequada à demonstração dos fatos e à aplicabilidade dos princípios de direito invocados, e a concludência que é aquela que há de trazer esclarecimentos ao ponto questionado, ou confirmar alegações feitas, válida são as provas.

PEDIDO DE JUNTADA DE DOCUMENTOS. PRECLUSÃO TEMPORAL.

A prova documental deve ser apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-lo em outro momento processual.

MULTA QUALIFICADA

Presentes os elementos subjetivos dolo (consciência) e elemento subjetivo do injusto (finalidade) pagar menos imposto, correta é a multa qualificada.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de nulidade. Pelo voto de qualidade negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado. Vencido os conselheiros José Carlos Passuello, José Sérgio Gomes (suplente convocado) e João Carlos de Lima Júnior.

SANDRA MARIA FARONI - Presidente

MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO - Relator

EDITADO EM: 15 SET 2010

Participaram da sessão de julgamento os Conselheiros Sandra Maria Faroni (Presidente), João Carlos de Lima Júnior (Vice Presidente), Mário Sérgio Fernandes Barroso, José Carlos Passuello, José Sérgio Gomes (suplente convocado) e Natanael Vieira dos Santos (suplente convocado).



Relatório

Versa o presente processo de recurso voluntário interposto pela contribuinte acima qualificada a respeito da decisão da DRJ que negou provimento a impugnação da contribuinte.

Trata-se de arbitramento realizado decorrente da omissão de receitas auferidas na venda de mercadorias.

A contribuinte foi intimada a apresentar os livros fiscais de 2000 até 2004, assim como justificar sua movimentação financeira. A contribuinte não se manifestara, e em 2005 foi emitido auto de infração para o ano de 2000, para evitar a decadência.

Intimada e reintimada a apresentar os livros fiscais de 2001 até 2004, para justificar sua movimentação financeira, informado, ainda, ao contribuinte que se não trouxesse os documentos ocorreria o arbitramento baseado nos extratos bancários.

Fiscalização informou ao contribuinte que por ter declarado em 2000 R\$ 321.581.879,65 não poderia ter entregado a declaração de 2001 e as seguintes pelo lucro presumido.

Esclareceu, ainda, a fiscalização que disponibilizara os extratos bancários para que a contribuinte pudesse se justificar adequadamente a respeito dos valores.

Em 06 de novembro de 1996 a contribuinte esclarece as vendas efetuadas em 2001, entrega uma cópia dos livros fiscais de todas as filiais de 2001 até 2004.

Posteriormente, a contribuinte declara que não tem meios de entregara contabilidade da empresa e solicita que o lucro seja arbitrado com base na receita bruta conhecida de 2001 até 2004.

Assim, o lucro foi arbitrado para o ano de 2001 (lavrado separadamente por causa da decadência), pois, a contribuinte intimada a apresentar os livros e documentos da sua escrituração deixou de apresentá-los. Além de ter optado indevidamente pela tributação com base no lucro presumido. As receita bruta que serviu de base para o arbitramento foi informado pelo contribuinte que baseou-se nos livros fiscais. A fiscalização conferiu os valores fornecidos pela contribuinte com a cópia dos livros fiscais, também fornecida pela contribuinte. As bases de cálculo estão reproduzidas no próprio auto de infração.

A multa foi qualificada, pois, o intuito de fraude foi evidente, aja vista que a contribuinte declarou aproximadamente 0,5% do total de sua receita durante os anos de 2001 até 2004.

A contribuinte na impugnação alegou:

Violação do princípio constitucional da irretroatividade das leis, em razão da utilização da CPMF para instaurar a procedimento administrativo;



Quebra do sigilo bancário, sem autorização judicial, violando o direito à privacidade e a intimidade;

Utilização e provas ilícitas;

Nulidade em face de a autorização para o arbitramento do lucro ser concedida posteriormente à lavratura do auto de infração;

Decadência.

A DRJ julgou procedente com os seguintes argumentos:

Não houvera utilização de dados da CPMF, e sim cruzamento dos valores informados à Receita Federal com aqueles lançados nos livros de apuração de ICMS, valores estes corroborados pela própria fiscalização.

O lançamento sendo ato vinculado e obrigatório, nem mesmo a autoridade que determinou a fiscalização pode impedi-lo. Assim, constatada a necessidade de arbitrar a base de cálculo, o Auditor – Fiscal prescinde de autorização para cumprir o seu dever;

A decadência devido à qualificação desloca-se para o art. 173 do CTN;

Quanto à multa qualificada entendeu ter agido com dolo, pois, para o ano de 2001 a autuada declarou à Receita Federal uma receita de R\$ 2.169.732,89, contudo auferira R\$ 570.508.766,03.

A contribuinte, ora recorrente, nas fl. 417/422 alega (síntese):

Não existe nos autos a cópia dos livros fiscais e dos livros comerciais e nem sequer cópias dos extratos ou planilhas bancárias. Só a declaração de fl. 76 dos autos firmados pelo sócio gerente da empresa autuada, assim, o auto seria nulo, por não ter as provas materiais do fato gerador;

A multa qualificada não é cabível, por falta de fundamentação e prova, inexiste prova documental capaz de provar que houve faturamento ou saídas de mercadorias não escrituradas. Sem a existência da prova material não haveria dolo, fraude ou simulação;

Não existe prova de que o MPF n.º 1.3.01.00-2006-00299-2 (fl. 1) fora protocolado.

Requer provar o alegado por todos os meios de prova em direito admitidas.

É o relatório.



Voto

Conselheiro Mário Sérgio Fernandes Barroso, Relator

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual dela tomo conhecimento para exame das razões trazidas pelo sujeito passivo.

A recorrente alega que não há provas nos autos, neste ponto talvez seja necessário explicar a recorrente o que são provas.

Segundo Clóvis Beviláqua¹, prova em direito “é o conjunto dos meios empregados para demonstrar legalmente, a existência de um ato jurídico” O mesmo doutrinador, ensina que a prova se faz quanto ao fato e, não quanto a um direito.

O direito processual afirma os preceitos que presidem a apreciação da prova em juízo, e a técnica de trazê-la à consciência do julgador.

A prova se classifica como geral ou livre e especial, destacando-se que o princípio genérico que norteia a teoria das provas é o da “liberdade” ou da “livre admissibilidade da prova”²

As características da prova é a admissibilidade, a pertinência e a concludência. A primeira é aquela não proibida por lei e aplicável ao caso em questão. A segunda é a adequada à demonstração dos fatos e à aplicabilidade dos princípios de direito invocados. A terceira é aquela que há de trazer esclarecimentos ao ponto questionado, ou confirmar alegações feitas³.

A admissibilidade vem diretamente relacionada com a licitude da prova que se pretende produzir. A pertinência induz necessariamente a adequabilidade da prova para a demonstração do fato em apuração. Pertinente é a prova que sirva para demonstrar o fato. Por fim, a prova é concludente quando efetivamente esclarece a verdade de sobre o ponto controvertido da questão em julgamento, levando a convicção do julgador. A concludência induz a uma prova plena que demonstre a verdade dos fatos, não se confundindo com um mero indício.

O Código Civil no art. 212 define as espécies de prova admitidas: confissão, o documento, a testemunha, a presunção e a perícia.

A confissão é o reconhecimento da veracidade de um fato. Pode ser judicial, no processo judicial, ou extrajudicial, caso seja levado a efeito fora do processo judicial, como, no caso, no processo administrativo. A confissão judicial constitui prova plena do fato objeto

¹ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil 3 a. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1927, pp 378/379.

² PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de Direito Civil. 19 a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.382

³ BEVILÁQUA, Clóvis. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil 3.a ed. Rio de Janeiro: livraria Francisco Alves, 1927, p 379.

do reconhecimento, enquanto a confissão extrajudicial também constitui prova plena, se escrita.

A prova documental, segundo Caio Mario da Silva Pereira⁴ é a mais nobre das provas, pois por via do escrito perpetua-se o ato, enunciando-se a declaração de vontade. Os documentos particulares são os elaborados pelos próprios interessados, escritos e assinados ou, somente assinados.

Voltando as provas dos autos, há quem entenda que o documento de fl. 76 a 78, poderia ser caracterizado por confissão, no caso, seria a extrajudicial, que constituiria prova plena, por estar escrita. Contudo, prefiro entender tratar-se de prova documental, pois, foi preenchida e assinada pela parte. Essa prova, poderia ter sido ilidida, contudo, não foi, pois a recorrente não trouxe nenhuma outra prova de que aqueles valores não seriam a verdade. Nem sequer desautorizou o signatário. Alegou apenas que faltavam livros nos autos. Ou seja, disse que aquele documento não seria prova, contudo, por tudo escrito acima, o documento referido trata-se de prova admissível, pois, foi obtido por meios lícitos, pertinente, pois foi adequada para a demonstração dos fatos, e concludente, pois, foi uma prova plena, não mero indício.

No mais, nos autos de infração o auditor demonstrou todos os valores utilizados para os cálculos dos autos de infração. Afirmou, ainda, o Auditor-Fiscal no próprio auto de infração fl.09 que as receitas brutas fornecidas pelo contribuinte foram conferidas com a cópia dos livros fiscais que foram fornecidas pelo próprio contribuinte. Neste ponto não custa lembrar a presunção de veracidade de um ato administrativo. Claro, que a recorrente poderia ter negado estas afirmações do Auditor-fiscal, contudo não o fez.

Por fim, a receita bruta utilizada pela fiscalização para o arbitramento da base de cálculo foi fornecida pela própria recorrente nos documentos de fl. 76 a 78, sendo que tais valores coincidem, de acordo com a fiscalização, com os registrados no Livro de Registro de Apuração de ICMS. Estes são os fatos, e as provas.

Quanto à multa qualificada, as provas são as mesmas, pois, fornecidas pela contribuinte. Assim, a recorrente por quatro anos seguidos (2001, 2002, 2003, 2004) declarou menos 0,5 % de sua receita, ou seja, reiteradamente escondeu receitas do fisco.

A conduta dolosa apresenta um tipo objetivo e outro subjetivo. O tipo objetivo se divide em elementos descritivos ou objetivos propriamente ditos, que são aqueles resultantes da simples verificação sensorial como coisa, móvel, explosivo etc, e elementos normativos que exigem juízo de valor jurídico (como cheque documento público etc), e o tipo subjetivo formado pelo dolo e elemento subjetivo do injusto.

O dolo é o elemento subjetivo geral, consciência e vontade de realizar os elementos do tipo. Quanto ao elemento subjetivo do injusto temos a destacar a finalidade transcendente.

Vê-se, que o dolo é à vontade de realizar um fato descrito na lei. A conduta do agente, realizada de acordo com sua vontade (se esta não existir não há conduta).

No caso, temos devidamente enquadrados, os elementos da conduta do agente, pois, ele tinha vontade de omitir os recursos (dolo) realizado por meio da omissão, e o elemento subjetivo do injusto que seria o especial fim de agir, que seria pagar menos imposto, **neste ponto encontro ainda uma outra motivação que seria ficar no lucro presumido**. Ora,

⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil 19.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998. p 383/384

de acordo com o art. 71 da Lei nº 4.502, de 1964, impedir a autoridade fazendária do conhecimento do fato gerador com uma conduta dolosa chama-se de sonegação.

Assim, a multa qualificada foi corretamente aplicada pela autoridade fiscal.

Quanto ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF). Primeiramente, necessário esclarecer que o MPF é um instrumento administrativo que visa o cumprimento de aspectos de impessoalidade e imparcialidade inerentes às ações desenvolvidas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB), dando ciência ao contribuinte do Auditor designado para desenvolver as atividades na empresa, o período a ser fiscalizado, o tributo a ser auditado, além de outras informações. Não tem tal documento o condão de tornar nulo a procedimento fiscal efetivado em conformidade com as disposições do Decreto nº 70.235/72 e da Lei nº 5.172/66 (CTN).

A questão aqui discutida foi à prorrogação do MPF. Aparentemente, a recorrente não teria sido intimada de tal prorrogação, contudo, primeiramente, informo que quando do início dos procedimentos fiscais a contribuinte recebe uma senha chamada de código do procedimento fiscal que serve para ele, somente ele o contribuinte acompanhar por meio do "site" da RFB, os procedimentos referentes ao MPF, sobretudo às prorrogações.

Primeiramente, transcrevo o art. 245 do Código de Processo Civil (CPC):

"Art. 245 A nulidade dos atos deve ser alegada na primeira oportunidade em que couber à parte falar nos autos, sob pena de preclusão"

Compulsando a impugnação não encontro referência ao Mandado de Procedimento Fiscal (MPF), assim, de acordo com o art 245 do CPC a matéria estaria preclusa.

De qualquer maneira, pelo amor ao bom debate, quanto à intimação, das prorrogações, entendo não haver nenhum prejuízo ao contribuinte o fato de ele não ser intimado no momento da prorrogação, pois, o ato da contribuinte de sua defesa seria a impugnação que foi realizada sem nenhum prejuízo.

A propósito a única irregularidade que não poderia ser sanada seria a falta do MPF, pois, o Decreto nº 3.724, de 10 de janeiro de 2001, condiciona a instauração de procedimento fiscal à emissão de MPF. E como todos sabemos o regimento interno desta casa nos vincula a decreto.

De qualquer maneira, caso alguém entenda que houve alguma nulidade, transcrevo o art. 249 do Código de Processo Civil (CPC):

"Art. 249 O juiz ao promuniciar a nulidade, declarará que atos são atingidos, ordenando as providências necessárias, a fim de que sejam repetidos, ou retificados.

§1º O ato não se repetirá nem se lhe suprirá a falta quando não prejudicar a parte"

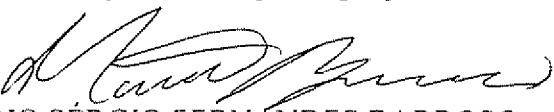
WY *Y*

O fato em questão em nada prejudicou a recorrente que se defendeu adequadamente. Assim, em homenagem a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (CPC), mesmo para quem entende que irregularidades no MPF possa fulminar o procedimento, não há como fugir do parágrafo primeiro artigo citado.

Entendo, por fim, que não foi desobedecido o princípio da legalidade, muito pelo contrário, pois, o CTN e o Decreto nº 70.235/72 foram respeitados. De qualquer maneira, a portaria do MPF não teria o condão de anular lançamento, e, ademais, nem legislação tributária na é acepção do art. 100 do CTN.

Quanto ao pedido de provar seu alegado por todos os meios de prova, a recorrente já teve oportunidade de provar tanto na impugnação e até mesmo no recurso, na realidade, como dito antes, ela não trouxe prova alguma, até porque se ela trouxesse seria para corroborar o que ela própria já trouxera aos autos na fl. 76 até 78.

Por todo o exposto, voto por negar provimento ao recurso.



MÁRIO SÉRGIO FERNANDES BARROSO