Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA / /
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10480.000130/2003-00
Recurso nº : 125.639
Acórdão nº : 201-77.630

Recorrente : REMANÇO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Recife - PE

MINISTÉRIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 07 / 04 / 05
VISTO

COFINS. CIRCUNSTÂNCIAS QUALIFICADORAS.

As diferenças constatadas entre os valores recolhidos e os potencialmente devidos apurados no trabalho fiscal, bem como a inexistência de DCTF, não se enquadram entre as circunstâncias qualificadoras referidas nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964.

MULTA DE OFÍCIO. DESQUALIFICAÇÃO.

Restando incomprovada nos autos a presença de circunstância qualificadora, o contribuinte deve responder pela conduta simples e a multa deve ser reduzida para 75%.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por REMANÇO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA.

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, **por maioria de votos, em dar provimento parcial ao recurso** para reduzir a multa de ofício. Vencidos os Conselheiros Rogério Gustavo Dreyer (Relator), Rodrigo Bernardes Raimundo de Carvalho (Suplente) e Gustavo Vieira de Melo Monteiro, que propunham a exclusão total da multa de ofício. A Conselheira Adriana Gomes Rêgo Galvão votava originariamente pela manutenção da multa agravada e acompanhou a corrente da redução. Designado o Conselheiro Antonio Carlos Atulim para redigir o voto vencedor.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004.

Josefa Maria Coelho Marques
Presidente

Antonio Carlos Atulim
Relator-Designado

MIN DA FAZENDA - 2.º CC
CONFERE COM O ORIGINAL
BRASÍLIA 30 / 06 / 04
VISTO

Participou, ainda, do presente julgamento o Conselheiro José Antonio Francisco.
Ausente o Conselheiro Antonio Mario de Abreu Pinto.

Processo nº : 10480.000130/2003-00
Recurso nº : 125.639
Acórdão nº : 201-77.630

Recorrente : REMANÇO DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS LTDA.

RELATÓRIO

Contra a contribuinte em epígrafe foi exigida a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, relativa a vários períodos de apuração ocorridos entre janeiro de 1998 e agosto de 2002, acrescida dos consectários legais, entre estes a multa de 150%, com base no art. 44, II, da Lei nº 9.430/96.

A contribuinte, em sua impugnação, repulsa a exigência, trazendo à colação, em preliminar, a confusa legislação infringida que cerceou seu direito de defesa.

Quanto ao mérito, repele a multa aplicada, por falta de motivação para tal. Igualmente repele a aplicação da taxa Selic, por ilegalidade.

Pede perícia.

A decisão ora vergastada sustenta a manutenção do auto de infração, com base em sua total regularidade, inclusive quanto à multa mais grave imposta, rejeitando a preliminar e a perícia.

Inconformada, a contribuinte volta ao processo pela interposição do presente recurso voluntário, sem acrescentar argumentos aos expendidos na peça impugnatória.

Os autos subiram amparados em arrolamento de bens.

É o relatório.

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR
ROGÉRIO GUSTAVO DREYER

Inicialmente, incumbe esclarecer que a contribuinte resumiu a sua defesa à preliminar de cerceamento do direito de defesa e, no mérito, somente quanto à multa e à aplicação da taxa Selic. Em nenhum momento opôs resistência à exigência do principal, quer quanto ao seu cabimento, quer quanto aos cálculos perpetrados a tal título.

A questão preliminar não merece qualquer reparo quanto aos termos em que foi julgada. A matéria legal que dá supedâneo à exigência é a aplicável, nada havendo em sua disposição que não tenha alguma forma de enquadramento com os fatos inquinados de irregularidades. Ainda que a legislação aposta fosse, em parte, estranha à identidade da infração ou infrações perpetradas, não ocorreria o prejuízo para a defesa. Este ocorreria na omissão de regra que fundamentasse o lançamento. Inexistente tal circunstância, insustentável a alegação, pelo que rejeito a preliminar.

Mesma sorte atribuível à perícia requerida, não somente nos termos da decisão ora recorrida, bem como por faltar ao pedido o adequado enquadramento aos requisitos exigidos no inciso IV do art. 16 do Decreto nº 70.235/72.

Quanto ao mérito, inicio pela contestação da aplicação da taxa Selic. Esta matéria é remansosa no Conselho de Contribuintes, dando conta de sua aplicabilidade como taxa de juros, nos termos do art. 161 do CTN, com ênfase aos termos do seu parágrafo único, pelo que perfeitamente adequada a sua imposição.

Já quanto à multa aplicada, com razão a recorrente, ainda que não sob o manto da confiscatoriedade.

Esclareço, como consta do relatório, que a multa foi aplicada com base no disposto no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, em percentual de 150% (cento e cinqüenta por cento), por ocorrência do evidente intuito de fraude.

A sustentação da penalidade, como imposta, calcou-se em comportamento da contribuinte que, a juízo da fiscalização, teria agido ou se omitido dolosamente com o intuito de retardar a ação da fiscalização.

Em tal desiderato, a fiscalização alegou que a contribuinte apresentou declarações inexatas nas suas declarações de IRPJ e deixou de declarar valores em DCTF.

Data venia, com relação ao IRPJ e à CSSLL, igualmente exigidos da contribuinte em ritos próprios, a questão até pode prosperar. No entanto, o que aqui se trata é da Cofins, e como tal deve ser analisado.

Neste caso, não se sustenta a acusação. O próprio trabalho fiscal, ao levantar os valores acusadamente recolhidos a menor, valeu-se das informações contidas nos livros de registro e apuração do ICMS.

A contribuinte efetivamente recolheu valores à insuficiência, visto sequer ter rejeitado os cálculos da fiscalização nas suas peças de defesa. Igualmente não apresentou DCTF. Não criou, no entanto, óbices ao acesso aos livros de registro e apuração do ICMS regularmente escriturados. Pelo menos não há prova bastante quanto a este procedimento.

A contribuinte que recolhe valores a menor e não apresenta DCTF, *data venia*, não age dolosamente por mera presunção do agente fiscal, principalmente se mantém escriturados livros que possibilitam à fiscalização exercer o seu mister, cabendo então à fiscalização apontar inequivocamente a prática dolosa de sonegação, fraude ou conluio. E isto a fiscalização não logrou conseguir. Aliás, nem mesmo preocupou-se em demonstrar. Limitou-se a, em dois minúsculos parágrafos, citar a legislação aplicável, sem apontar fatos por ela tipificados.

Nestas condições, a multa deveria ter sido aplicada com base no inciso I do art. 44 da Lei nº 9.430/96. Inaplicável, portanto, a penalidade imposta.

Incumbe esclarecer a minha decisão pela pura exclusão da multa sem a sua substituição pela multa acima indicada.

Dois argumentos no sentido de sustentar a tese que defendo.

Cristalino que a matéria não trata do agravamento da multa de ofício que me atrevo a apelidar de mínima, no percentual de 75% (setenta e cinco por cento), comumente aplicada de ofício. Trata-se de multa específica, vinculada à tipificação estanque que a ela dá sustentação. No caso do inciso I, a multa, autônoma, é imposta pela infração tipificada sem incidente da prática dolosa de fraude, conluio ou sonegação. Já no inciso II, é penalidade igualmente autônoma, mais gravosa, proporcional à dimensão do procedimento delituoso da contribuinte.

Fosse a multa fixada em grau básico, com inflição de acréscimo determinado pelo comportamento vil da contribuinte, a discussão cingir-se-ia na manutenção ou não do gravame.

No presente caso, esta não é a discussão. Limita-se à análise da propriedade ou não da multa aplicada. Sendo imprópria, deve ser afastada, de pronto, por inadequada.

Mais ainda: se o órgão julgador cometesse o atrevimento de alterar o fundamento legal da penalidade, e somente para argumentar, estaria manifestamente cerceando o direito de defesa da contribuinte, impossibilitado, no decorrer do processo, de defender-se do que não foi lançado.

O segundo aspecto é o da impossibilidade de o órgão julgador funcionar como lançador, forte na obediência dos termos do art. 142 do CTN, que atribui à autoridade administrativa, privativamente, constituir o crédito mediante o lançamento, englobando aí a determinação da penalidade aplicável.

Por isto, não é defeso à tal autoridade, ocorrido o evento da exclusão da multa, voltar a lançá-la, com base no perfeito tipo à mesma atinente, verificados os aspectos atinentes ao procedimento.

Processo nº : 10480.000130/2003-00
Recurso nº : 125.639
Acórdão nº : 201-77.630

Esclarecido o meu posicionamento, voto pelo provimento parcial do recurso somente para afastar a multa equivocadamente aplicada, mantendo no mais o lançamento como perpetrado.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004.

ROGÉRIO GUSTAVO DREYER

Processo nº : 10480.000130/2003-00
Recurso nº : 125.639
Acórdão nº : 201-77.630

VOTO DO CONSELHEIRO-DESIGNADO
ANTONIO CARLOS ATULIM

Conforme narrou a fiscalização, foi constado que a contribuinte, nos períodos de apuração compreendidos entre outubro de 1997 e agosto de 2002, não entregou as DCTFs e recolheu o PIS e a Cofins em valores inferiores aos apurados com base no faturamento consignado no livro de apuração do ICMS.

Tendo em vista que com esta a conduta omissiva deixou de dar conhecimento às autoridades tributárias de seus débitos fiscais, concluiu o fisco que estavam presentes as qualificadoras dos arts. 71 e 73 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964 (sonegação e conluio).

Ora, se estava tudo consignado nos livros, não está tipificada nem a sonegação e muito menos o conluio, o que impede manutenção da multa no patamar de 150%.

Entretanto, não posso concordar com a tese do ilustre Relator, que parte da leitura isolada do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, para concluir que não é caso de se desqualificar a infração, mas sim de pura exclusão da multa de 150%, sob o fundamento de serem independentes as multas do art. 44 e de que não é dado à autoridade julgadora alterar o auto de infração para lançar multa diversa da que foi infligida pela fiscalização.

A desqualificação da conduta encontra justificativa legal e teórica.

Sabe-se que a conduta qualificada engloba a conduta simples. A infração qualificada é a infração simples acrescida de um "plus" que a torna mais grave. No caso dos autos existiu falta de recolhimento da contribuição, mas a fiscalização entendeu que a omissão no cumprimento de obrigação acessória se constituía no "plus" a que se refere a Lei nº 4.502, de 30/11/1964 (sonegação).

Não verificada aquela circunstância, é cabível que a contribuinte responda somente pela falta de recolhimento simples, pois, além de o art. 142 do CTN afirmar que a autoridade administrativa apenas propõe a penalidade cabível, o art. 68 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, determina que as penas de multa devem ser fixadas partindo-se da pena básica estabelecida para a infração, como se atenuantes houvessem, só ocorrendo a majoração em razão das circunstâncias agravantes ou qualificativas provadas no processo.

Portanto, a interpretação sistemática do art. 142 do CTN, do art. 68 da Lei nº 4.502, de 30/11/1964, e do art. 44 da Lei nº 9.430, de 27/12/1996, autoriza a desqualificação da conduta e a conseqüente redução da multa para o percentual básico de 75% nos casos em que a autoridade julgadora verifique a inocorrência da qualificadora.

Por tais motivos, voto no sentido de desqualificar a conduta e reduzir a multa para 75% em lugar de suprimi-la por completo.

Sala das Sessões, em 12 de maio de 2004.

ANTONIO CARLOS ATULIM