



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS

Processo nº 10746.001098/2005-75
Recurso nº 235.943 Especial do Procurador
Acórdão nº 9303-001.727 – 3ª Turma
Sessão de 07 de novembro de 2011
Matéria Cofins - AI - Agravamento da multa em razão de não se atender intimação para prestar esclarecimento.
Recorrente FAZENDA NACIONAL
Interessado BOIFORTE FRIGORÍFICOS LTDA.

ASSUNTO: CONTRIBUIÇÃO PARA O FINANCIAMENTO DA SEGURIDADE SOCIAL - COFINS

Período de apuração: 31/01/2003 a 31/12/2004

MULTA AGRAVADA.

Incabível aplicação de multa agravada por acusação de embaraço à fiscalização, quando o contribuinte, apesar de fora do prazo, atende aos termos da intimação e ainda verifica-se que o Fisco possuía em seu poder documentos que possibilitavam efetuar o lançamento.

Recurso Especial do Procurador Negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso especial. Vencidos os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres (Relator), Júlio César Alves Ramos, Rodrigo da Costa Pôssas e Marcos Aurélio Pereira Valadão, que davam provimento. Designada para redigir o voto vencedor a Conselheira Nanci Gama.

Otacílio Dantas Cartaxo - Presidente

Henrique Pinheiro Torres - Relator

Nanci Gama - Redatora Designada

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/11/2012 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 30/11/2012 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 29/11/2012 por Nanci GAMA, Assinado digitalmente em 04/12/2012 por OTACILIO DANTAS CARTAXO

Impresso em 14/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Nanci Gama, Júlio César Alves Ramos, Rodrigo Cardozo Miranda, Rodrigo da Costa Pôssas, Francisco Maurício Rabelo de Albuquerque Silva, Marcos Aurélio Pereira Valadão, Maria Teresa Martínez López, Gileno Gurjão Barreto e Otacílio Dantas Cartaxo.

Relatório

Por bem descrever os fatos, adoto o relatório do acórdão recorrido.

Trata-se de Autos de Infração objetivando a exigência do PIS e da Cofins relativas aos períodos de apuração de janeiro/03 a dezembro/04 em virtude de insuficiência ou ausência de recolhimento das contribuições.

Segundo consta da descrição dos fatos, a contribuinte apresentou DIPJ e DCTF após intimada do início da ação fiscal, e, nos meses em que efetuou recolhimento das contribuições o fez em percentual equivalente a 10% do efetivamente devido, conforme comprovam Livro Razão e GIAM (Guias de Informação e Apuração Mensal do ICMS)

apresentadas ao fisco estadual com os valores corretos do faturamento mensal, correspondente aos valores escriturados no Livro Razão.

O lançamento foi efetuado com multa qualifica (150%), agravada (225%) em virtude de a contribuinte não haver atendido tempestivamente às intimações do Fisco. Foi também formalizada representação fiscal para fins penais.

A contribuinte apresentou impugnação alegando em sua defesa:

1. nulidade do procedimento fiscal uma vez que tendo sido formalizados os autos de infração na vigência da MP'258 que criava a Receita Federal do Brasil e não tendo sido a referida MP aprovada pelo Congresso Nacional os atos praticados pela Receita Federal do Brasil são nulos, pois não foram convalidados, nos exatos termos do art. 59, 11 do Decreto 70235/72;

*2. nos anos calendários em questão as contribuições foram pagas por estimativas z c" em virtude de atraso na escrituração da empresa. fato este constatado pela **fiscalização que chegou a conceder prazo para a atualização:***

3. este atraso não caracteriza contumácia no recolhimento a menor, pelo que se mostram improcedentes as alegações iniciais, inclusive no que tange à qualificação e agravamento da multa;

4. confisco da penalidade aplicada;

*5. em nenhum momento deixou de atender as intimações do Fisco, apenas solicitou prorrogação do prazo para atendimento, **razão pela qual não se pode agravar a multa;***

6. não houve intuito de fraude, inclusive demonstrado pela apresentação ao Fisco dos documentos solicitados, razão pela qual não se pode qualificar a multa.

A DRJ manifestou-se no sentido de julgar procedente o lançamento.

Cientificada a contribuinte apresentou recurso voluntário alegando as mesmas razões da inicial.

Segundo informação contida às fls. 491 a contribuinte não possui bens para • arrolamento.

Julgando o feito, a câmara *a quo* deu provimento parcial ao recurso, em acórdão assim ementado:

PIS e COFINS. NULIDADE. Os atos praticados na vigência de medida provisória não aprovada pelo Congresso Nacional são plenamente válidos no período em que estava vigendo a norma jurídica rejeitada pelo Poder Legislativo.

Preliminar rejeitada

ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE. Às instâncias administrativas não competem apreciar vícios de ilegalidade ou de inconstitucionalidade das normas tributárias. cabendo-lhes apenas dar fiel cumprimento à legislação vigente.

MULTA QUALIFICADA. Presente o requisito doloso na ação do agente cujo objetivo era evitar o pagamento de tributo devido, é devida a multa qualificada.

MULTA AGRAVADA. Não cabe aplicação de multa a gravada .o c; por falta de atendimento de intimação quando o Fisco possuía em seu poder os registros contábeis da contribuinte que 2s possibilitavam efetuar o lançamento.

Recurso provido em parte.

Irresignada, a Fazenda Nacional apresentou recurso especial, onde, em síntese, requer o restabelecimento do agravamento da multa, por entender configurada a a situação que agrava a penalidade aplicada.

O recurso foi por mim admitido, nos termos do despacho de fl. 564.

Contrarrazões ao apelo fazendário vieram às fls. 568 a 572.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro Henrique Pinheiro Torres, Relator

O recurso apresentado pela Fazenda Nacional é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade, razão pela qual deve ser conhecido.

A questão que se apresenta a debate, a teor do relatado, gira em torno do agravamento da multa, em razão de o sujeito passivo não haver atendido à intimação dos agentes fiscais para que prestasse esclarecimentos acerca das diferenças entre os valores declarados na DIPJ e os informados ao fisco estadual (ICMS-GIAM), nem haver atendido, no prazo fixado, a intimação para apresentar documentos e livros fiscais.

Delimitada a questão, passa-se, de imediato ao seu exame.

Na fixação das penalidades administrativas, a legislação fiscal determina que se fixe a pena base, *in casu*, multa de ofício, em regara, de 75% do tributo que deixou de ser recolhido, e se houver circunstâncias agravantes ou qualificadoras, exaspera-se a pena nos percentuais estabelecidos em lei.

O embaraço à fiscalização é uma das situações que levam ao agravamento das penalidades a serem infligidas ao sujeito passivo que cometeu alguma irregularidade fiscal e, voluntário e injustificadamente, tentam dificultar ou até mesmo inviabilizar a apuração do ilícito fiscal.

O § 2º do art. 44 da Lei 9.430/1996, com a redação dada pela Lei 9.532/1997 determinou que se agravasse a multa básica nos casos em que o sujeito passivo não atenda, no prazo marcado, as intimações para **prestar esclarecimentos** solicitados pela fiscalização. Em outras palavras, predito dispositivo legal, considerou essa conduta omissiva do contribuinte como embaraço à fiscalização, e, o apenou com a exasperação da multa de ofício. Para melhor clareza, transcreve-se o texto legal citado:

Art.44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I-de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

.....
§ 2º Se o contribuinte não atender, no prazo marcado, à intimação para prestar esclarecimentos, as multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e de duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente. (Alterado pela Lei nº 9.532, de 10.12.97)

Voltando aos autos, verifica-se, que de fato, a conduta do contribuinte se amolda, perfeitamente, à tipificada no § 2º acima transcrito, pois, sem qualquer justificativa,

Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2 de 24/08/2001

Autenticado digitalmente em 22/11/2012 por CLEUZA TAKAFUJI, Assinado digitalmente em 30/11/2012 por HENRIQUE PINHEIRO TORRES, Assinado digitalmente em 29/11/2012 por Nanci Gama, Assinado digitalmente em 04/12/2012 por OTACILIO DANTAS CARTAXO

Impresso em 14/12/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

não atendeu nos prazos marcados as intimações da fiscalização, mais do que isso, não atendeu, também, nos prazos marcados, as reitimações, senão vejamos:

Segundo apontado no Relatório fiscal, a autuada fora regularmente intimada:

a se pronunciar acerca dos valores informados ao Fisco Estadual em contrapartida com a ausência de entrega das declarações à Fazenda Federal, que, não obstante estar contido no Termo de Intimação e constatação Nº 001, de 4 de maio de 2005, não foi respondido no curso do trabalho fiscalizatório.

Além disso, as intimações e reitimações para apresentar livros e documentos não foram atendidos nos prazos estipulados pela Fiscalização.

Essa é, pois, a acusação fiscal que se tem para examinar.

Da análise dos autos, dúvida não resta que a contribuinte, deliberadamente, deixou de atender as intimações da Fiscalização, dentro do prazo determinado.

No caso da intimação para prestar esclarecimento, sequer houve resposta. Aliás, deve-se esclarecer que ao caso não se aplica o direito de permanecer calado e de não se auto-incriminar, pois não se está tratando de inquérito ou de denúncia penal, mas sim de fiscalização, que não tem competência judiciária, ou inquisitória para investigar crimes.

De outro lado, a fiscalização não havia imputado ao sujeito passivo qualquer fato criminoso o torpe, tampouco o intimou a depor. Desta feita, inaplicável ao caso, o art. 347, inciso I do CPC.

Demais disso, a intimação foi endereçada a pessoa jurídica que tem obrigação de prestar informações à Administração Tributária. O § segundo do art. 44 da Lei 9.430 vem, justamente, apenar a conduta omissiva daquele que, regularmente intimado, deixa de prestar os esclarecimentos solicitados pela Administração Tributária. Ressalte-se, por oportuno, que o caso dos autos não se equipara ao da testemunha, que é intimada, sob juramento, a falar a verdade sobre fatos que presenciara. Aqui a pessoa jurídica foi intimada a esclarecer fatos relacionados a sua escrituração fiscal, não a testemunhar o que quer seja. Daí, inaplicável ao caso o ²inciso I do art. 406 do CPC, utilizado como um dos fundamentos da decisão recorrida para afastar o agravamento da multa.

Em suma, a reclamante não atendeu a intimação para prestar esclarecimento, nem cumpriu os prazos determinados para entregar os documentos e livros que a Fiscalização lhe intimara e reintimara a fazê-lo. Essa conduta amolda-se, perfeitamente, ao tipo previsto no § 2º do art. 44 da Lei 9.430/1996.

Por derradeiro, mas não menos importante, deve-se ter em mente que nas instâncias administrativas, ao se aplicar penalidades, deve-se atentar para o caráter vinculado do ato administrativo, não podendo ir além nem aquém do que determina a lei. Tampouco, pode-se fazer juízo sobre a pertinência ou impertinência da norma penal, deve-se apenas

¹ Art. 347 - A parte não é obrigada a depor de fatos:

1 - criminosos ou torpes, que lhe forem imputados;

² Art. 406- A testemunha não é obrigada a depor de fatos:

• que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes

• consanguíneos ou afins, em linha reta, ou na colateral, em segundo grau;

verificar se os fatos examinados se subsumem à hipótese normativa, ou como dizem os penalistas, se há a perfeita adequação entre a conduta descrita abstratamente na lei e a verificada no mundo fenomênico. Justamente, o caso dos autos.

Com essas considerações, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial apresentado pela Fazenda Nacional.

Henrique Pinheiro Torres

Voto Vencedor

Conselheira Nanci Gama, Redatora Designada

Com o devido respeito ao voto do ilustre relator, Dr. Henrique Pinheiro Torres, ousou divergir do seu entendimento no sentido de que, na hipótese dos presentes autos, o não atendimento pelo contribuinte às intimações no prazo determinado pela fiscalização constitui embaraço a fiscalização, sendo, portanto, correto o agravamento da multa de que trata o § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96.

Isso porque, como bem apontado no acórdão recorrido, o contribuinte apresentou os documentos solicitados pelo fisco, ainda que em atraso, deixando apenas de se pronunciar sobre a divergência dos valores informados ao Fisco Estadual e os recolhidos a título das contribuições ao PIS da Cofins. E a entrega de documentos, apesar de fora do prazo, com o devido respeito, não constituiu embaraço a fiscalização, autorizador do agravamento da penalidade.

Ademais, como bem observado pelo acórdão recorrido, o fato do contribuinte não prestar os esclarecimentos solicitados pela fiscalização, no tocante às divergências dos valores recolhidos a título do PIS e da Cofins e os valores informados ao Fisco Estadual, não impediu ao Fisco de prosseguir na ação fiscal, já que os documentos, ou pelo menos grande parte deles, encontravam-se em poder da Administração Fazendária e foram entregues a esta pelo contribuinte, possibilitando, assim, a continuidade dos trabalhos fiscais.

Dessa forma, por maior razão, não se justifica a aplicação da multa agravada, sob a alegação de embaraço perpetrado pelo contribuinte.

Ante ao exposto, voto no sentido de negar provimento do recurso da Fazenda Nacional, mantendo o acórdão recorrido por seus próprios fundamentos.

Nanci Gama