



MINISTÉRIO DA FAZENDA
CÂMARA SUPERIOR DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA TURMA

Processo n.º : 10909.001965/98-81
Recurso n.º : RP/302-127998
Matéria : FINSOCIAL – FALTA DE RECOLHIMENTO
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 2ª. CÂMARA DO 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : SUPERMERCADOS VITÓRIA LTDA.
Sessão de : 09 de novembro de 2004.
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

FRAUDE - MULTA AGRAVADA – DOLO – Segundo os elementos caracterizadores da fraude, expressos no artigo 72 da Lei n.º 4.502/64, é necessária a demonstração da vontade do contribuinte em dissimular suas operações a fim de reduzir ou diferir o tributo. No caso de dúvida quanto à legalidade do procedimento, o contribuinte que adota o mais benéfico, sem decisão judicial em seu favor, fica sujeito à multa de ofício de 75% sobre o valor do débito.

Recurso especial negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto pela FAZENDA NACIONAL,

ACORDAM os Membros da Terceira Turma da Câmara Superior de Recursos Fiscais, por maioria de votos, NEGAR provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro Otacílio Dantas Cartaxo que deu provimento ao recurso.


MANOEL ANTÔNIO GADELHA DIAS
PRESIDENTE


NILTON LUIZ BARTOLI
RELATOR

FORMALIZADO EM: 30 MAI 2005

Participaram ainda do presente julgamento, os Conselheiros: CARLOS HENRIQUE KLASER FILHO, HENRIQUE PRADO MEGDA, PAULO ROBERTO CUCCO ANTUNES, JOÃO HOLANDA COSTA e MÁRIO JUNQUEIRA FRANCO JÚNIOR.

Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

Recurso n.º : RP/302-127998
Recorrente : FAZENDA NACIONAL
Recorrida : 2ª. CÂMARA DO 3º CONSELHO DE CONTRIBUINTES
Interessada : SUPERMERCADOS VITÓRIA LTDA.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional, contra decisão da d. 2ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, que lavrou o Acórdão 202-13.564, consubstanciado na seguinte ementa:

“FINSOCIAL – PRINCÍPIO DA NÃO-CUMULATIVIDADE – Não se aplica o princípio da não-cumulatividade às contribuições sociais, como a Contribuição para o FINSOCIAL, em comento, instituídas com base no artigo 195, inciso I, da Constituição Federal de 1988, conforme já decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Recurso negado quanto a este fundamento.

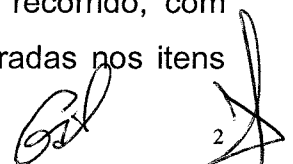
DECADÊNCIA – RECOLHIMENTO – Nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação e quando houver o contribuinte promovido o recolhimento antecipado da exação, mesmo que a menor, a decadência do direito de constituir o crédito tributário se rege pelo artigo 150, § 4º, do CTN, isto é, o prazo para esse efeito será de cinco anos a contar da ocorrência do fato gerador. Recurso negado quanto a este tópico, pelo voto de qualidade.

MULTA AGRAVADA – FRAUDE FISCAL – Em havendo insuficiência de elementos a suportar a alegação de cometimento de fraude, pelo contribuinte, há de ser reduzida a multa agravada aplicada ao patamar de 75% (setenta e cinco por cento).

Recurso ao qual se dá provimento neste particular.”

Do acórdão cuja ementa encontra-se supra transcrita, que decidiu pela redução da multa agravada, a Procuradoria da Fazenda Nacional apresenta tempestivo Recurso Especial, alegando, em síntese, que:

- discorda do entendimento manifestado no acórdão recorrido, com relação à multa agravada, posto que, “as constatações fiscais, registradas nos itens



Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

XVI – c, fls. 12/13; XVII – “c”, fls. 13 e XIX, fls. 14/15, do Auto de Infração, referidas na fundamentação de primeira instância, para sustentar a aplicação da penalidade com agravante, são claras, e sobre o objetivo de suas práticas, elas não deixam dúvidas, não havendo por que se alegar insuficiência de elementos para aplicar a multa agravada diante do voto vencedor, denso de doutrinas, visando contrariar a aplicação da multa agravada.”;

- as colocações do e. Conselheiro vencido, em sua declaração de voto, são suficientes para contraditar o voto vencedor, posto que lastreadas em argumentos de natureza técnica, oriundos das constatações “in loco” da Fiscalização perante a empresa.”;

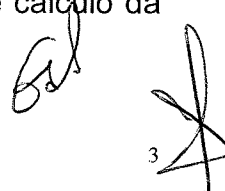
- destaca e toma como razões de seu Recurso Especial, texto da declaração de voto constante do acórdão recorrido.

Conclui que, das práticas cometidas pelo contribuinte autuado, assim como descritas na declaração de voto do acórdão recorrido, não há como entendê-las como “partido de autoria de pessoa que as tenha praticado de boa-fé, pois elas visaram obter resultados indevidos, demais diante do fato de que eram práticas reiteradas, porque sabidamente irregulares por parte do praticante delas, vez que já fora a empresa autuada anteriormente por tais atos. Por isso, é reincidente na falta cometida, cuja conseqüência foi o agravamento da penalidade imposta. Não tem consistência, pois, o entendimento do i. Relator, mediante exaustiva sustentação, tentando demonstrar que não se comprovou a existência de fraude.”

Requer, a Procuradoria da Fazenda Nacional, pela reforma do acórdão recorrido quanto ao agravamento da multa, no sentido de reverter tal decisão, para manter a imposição, conforme decisão de primeira instância.

Instado a apresentar Contra-Razões, o contribuinte manifesta-se tempestivamente às fls. 598/615, aduzindo, em suma, que:

- não incorreu em prática de má-fé, já que seu entendimento à época era o de ser aplicável o princípio da não-cumulatividade na base de cálculo da contribuição para o Finsocial;



3

Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

- o tema não era pacífico na esfera judicial, tenho havido longos debates, culminando com um dissídio jurisprudencial que alcançou a esfera do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, somente vindo a ser pacificada a questão com a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 101-1, publicada no DOU de 06/12/93;

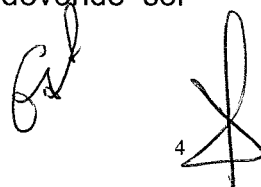
- destaca que a posição doutrinária dominante, como as citadas, continua sendo no sentido de que o princípio constitucional em análise é plenamente auto-aplicável nas contribuições sociais.

Conclui que se “houve algum engano no cálculo das deduções da base de cálculo da contribuição para o FINSOCIAL, ocorreram somente em razão da divergência doutrinária e jurisprudencial que havia à época do fato gerador e do lançamento da exação, sendo absolutamente desprovida de fundamentação hábil a alegação de que o contribuinte agiu com má-fé no caso em análise.”

Aduz, ainda, que, de acordo com as regras processuais e os princípios de direito aplicáveis ao caso, o ônus da prova de existência de fraude cabe ao Fisco, que no entanto, limitou-se a comprovar a fraude alegada, com a juntada do auto de infração, no qual se limitou a descrever a conduta do agente como ilegal e criminosa, sem contudo demonstrar de forma concreta a existência de dolo ou culpa.

Ressalta que no Auto de Infração, em nenhum momento há menção ou fato que evidencie o elemento subjetivo doloso do contribuinte, o que fora reconhecido pelo próprio conselheiro-relator da decisão recorrida, ao afirmar que o procedimento adotado pelo contribuinte decorreu de interpretação legal equivocada acerca da legislação cabível ao caso.

Conclui que se não houve má-fé comprovada, tão pouco há que se falar em reincidência, ao contrário, havendo falta de elementos probatórios a comprovar o alegado, não há que se falar em fraude ou reincidência, e por conseguinte, inaplicável a majoração da multa ao patamar de 150%, devendo ser mantida a decisão de segunda instância.



4

Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

Requer, o contribuinte, seja mantida a decisão recorrida.

Os autos foram distribuídos a este Conselheiro, constando numeração até às fls. 619, última.

É o Relatório.



Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

VOTO

Conselheiro NILTON LUIZ BARTOLI Relator.

O Recurso Especial de Divergência oposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional é tempestivo, atende aos demais requisitos de admissibilidade e contém matéria de competência desta E. Câmara de Recursos Fiscais, o que habilita esta Colenda Turma a examinar o feito.

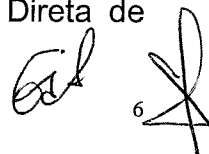
O ilustre Procurador da Fazenda pleiteia, através do presente recurso, reforma da decisão proferida pela C. Segunda Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, a qual deu provimento parcial ao Recurso Voluntário do Contribuinte no sentido de reduzir a multa agravada em virtude da ausência de elementos para caracterização de fraude fiscal.

Em seu recurso de ofício, reafirma as informações de caráter técnico aduzidas no voto do i. Conselheiro Adolfo Montelo.

O Contribuinte, intimado, apresentou suas contra-razões, ocasião em que defendeu a redução da multa, pelas razões expostas às fls. 602 e seguintes dos presentes autos.

Passo a decidir.

A questão sobre a possibilidade de apuração do FINSOCIAL através da utilização do mecanismo da não-cumulatividade foi alvo de acirrada disputa judicial, que teve início durante a vigência desta contribuição, sendo somente sepultada pelo E. Supremo Tribunal Federal com o julgamento da Ação Direta de



6

Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

Inconstitucionalidade 101-1, a qual somente veio a produzir seus efeitos a partir da data de sua publicação, qual seja, 06 de dezembro de 1993.

Portanto, a discussão que o i. Procurador traz à baila é aquela relativa à caracterização da fraude por parte do contribuinte, em virtude da utilização de apuração do FINSOCIAL através do mecanismo não-cumulativo.

Consoante a Resp. decisão proferida pela Câmara Recorrida do E. 2º Conselho de Contribuintes, não existem nos presente autos elementos suficientes para configuração da fraude, consoante o mandamento do artigo 72 da Lei n.º 4.502/64, já transcrito às fls. 569, o qual destacamos pela relevância de seus elementos:

“Art. 72 – Fraude é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou a excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou a evitar ou diferir seu pagamento.”

Portanto, a fraude é ato eivado de vontade, ou seja, é necessária a persecussão e constatação do dolo para sua caracterização, para que sejam originados seus reflexos na esfera patrimonial com a majoração da multa de ofício.

No entanto, subsiste a argumentação do contribuinte para afastar a fraude, uma vez que comprovadamente, à época dos fatos geradores objeto da infração, havia dúvida sobre a possibilidade de aplicação do princípio da não-cumulatividade em vários níveis da esfera judicial.

Não se deve ainda cogitar que o contribuinte tenha agido com má-fé ao manter sua escrituração da forma mais vantajosa patrimonialmente, uma vez que a opção pela escrituração com o benefício da não-cumulatividade estava em processo de consolidação jurisprudencial ainda em andamento.



7



Processo n.º : 10909.001965/98-81
Acórdão n.º : CSRF/03-04.221

Adicionalmente, deve-se considerar que o agravamento da multa de ofício é uma exceção que somente deve ser utilizada no momento em que existir prova inequívoca sobre a intenção do contribuinte em fraudar, seja v.g. através de omissão de receitas, seja através da adoção de procedimentos contábeis duvidosos, e não quando adotar procedimentos de apuração de tributos baseados em jurisprudência em formação, considerando que para tal já há ônus patrimonial elevado, até mesmo impeditivo, à base de 75% sobre o valor não recolhido.

Isto posto, MANTENHO A DECISÃO RECORRIDA por seus próprios fundamentos, sendo portanto, improcedente o Recurso Especial interposto pela Procuradoria da Fazenda Nacional.

Sala das Sessões/DF, Brasília 09 de novembro de 2004.


NILTON LUIZ BARTOLI