



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MINISTERIO DA FAZENDA
Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
De 23 / 12 / 2004
VISTO

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 10925.002429/2002-33
Recurso nº : 124.576
Acórdão nº : 203-09.520

Recorrente : SUPERMERCADO ZABLOSKI LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC

MULTA AGRAVADA - Não estando devidamente comprovado nos autos, a prática por parte da recorrente do evidente intuito de fraude praticada na falta de recolhimento da contribuição não se justifica a aplicação de multa agravada.

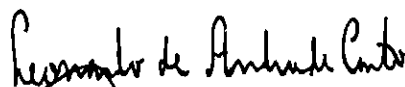
MULTA DE OFÍCIO - MAJORAÇÃO DO PERCENTUAL - SITUAÇÃO QUALIFICATIVA - FRAUDE - O sujeito passivo, ao declarar e recolher valores menores que aqueles devidos, agiu de modo a impedir ou retardar o conhecimento por parte da autoridade fiscal do fato gerador da obrigação tributária principal, restando configurado que a autuada incorreu na conduta descrita como sonegação fiscal, cuja definição decorre do art. 71, I, da Lei nº 4.502/64. A omissão de expressiva e vultosa quantia de rendimentos não oferecidos à tributação demonstra a manifesta intenção dolosa do agente, tipificando a infração tributária como sonegação fiscal. E, em havendo infração, cabível a imposição de caráter punitivo, pelo que, pertinente a inflição da penalidade inscrita no art. 44, II, da Lei nº 9.430.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por:
SUPERMERCADO ZABLOSKI LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes:
I) por unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar de nulidade; e II) por maioria de votos, em negar provimento ao recurso. Vencidos os Conselheiros Valdemar Ludvig (Relator), Maria Teresa Martínez López e César Piantavigna. Designada a Conselheira Luciana Pato Peçanha Martins.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2004.


Leonardo de Andrade Couto
Presidente


Valdemar Ludvig
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Maria Cristina Rosa da Costa e Emanuel Carlos Dantas de Assis.

Eaal/



Processo nº : 10925.002429/2002-33
Recurso nº : 124.576
Acórdão nº : 203-09.520

Recorrente : SUPERMERCADO ZABLOSKI LTDA.

RELATÓRIO

A interessada acima identificada foi autuada pela Fiscalização da Delegacia da Receita Federal de Joaçaba – SC, por falta de recolhimento da Contribuição para Financiamento da Seguridade Social – COFINS, no valor de R\$ 93.462,87, acrescido de juros de mora e multa de ofício agravada em 150%, referente aos períodos de apuração de janeiro de 1997 a julho de 2001.

Inconformada com a autuação a contribuinte apresenta tempestivamente peça impugnatória, levantando em preliminar a tese de Nulidade do Lançamento Fiscal, pelo fato de o mesmo estar em desacordo com o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização. A discordância registrada está diretamente relacionada ao fato de que, em sendo o MPF de Fiscalização os Agentes Fiscais não estavam autorizados a realizarem o auto de infração e nem exigência tributária.

Quanto ao mérito a autuação a impugnante alega em síntese que o arbitramento da base de cálculo da COFINS teve base em livros de Registro de Apuração do ICMS e relação de faturamento, deixando de lado o conceito básico de fiscalização, pois não verificaram outros documentos fiscais importantíssimos, como saldos bancários, notas fiscais, cupons de caixa e outros, que permitiriam chegar ou se aproximar do lucro real. Ela mesma, por intermédio de pessoa habilitada, estranha aos quadros da empresa, efetuou levantamento dos documentos existentes e chegou a valores totalmente diversos dos arbitrados pelo Fisco. Anexa às fls. 238 a 266, Laudo Contábil, Demonstrações de Resultado do Exercício – DRE dos períodos em pauta e demonstrativo dos valores das vendas de cigarros e gás, sobre as quais não poderiam ter sido exigido de ofício a COFINS, tendo em vista que esses produtos estão submetidos à sistemática de substituição tributária.

Contesta o fato de a fiscalização ter utilizado de registros referentes à apuração do ICMS para arbitrar o lançamento do imposto, o que estaria em desacordo com decisão do TRF, 1ª Região.

Insurge-se, também, contra a multa de 150%, primeiramente porque, como já argumentado, os autuantes são incompetentes para tal, segundo porque, sem qualquer embasamento legal, que a contribuinte estaria agindo dolosamente ao omitir receita. Em momento algum demonstraram os fiscais onde houve dolo, sendo que reiteração de ato não o é, uma vez que pode decorrer de ignorância ou mesmo de estarem terceiros agindo de forma a induzir o sujeito passivo a erro.

A 4ª Turma de Julgamento da DRJ em Florianópolis - SC julgou o lançamento procedente em decisão sintetizada na seguinte ementa:



Processo nº : 10925.002429/2002-33
Recurso nº : 124.576
Acórdão nº : 203-09.520

“Ementa: PRELIMINAR DE NULIDADE. ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DOS AUDITORES-FISCAIS DA RECEITA FEDERAL – Os Auditores Fiscais da Receita Federal são os agentes públicos competentes para efetuar o lançamento. Não há que se falar em nulidade por incompetência dos AFRF para efetuar o lançamento, quando autorizados por meio de Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização (MPF-F), a efetuar a fiscalização à qual o mesmo se refere, ainda mais quando está dentro do prazo previsto para sua execução.

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social – COFINS

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/07/2001

Ementa: COFINS. BASE DE CÁLCULO – A contribuição para a COFINS é calculada mediante a aplicação da alíquota de três por cento (3%) sobre a receita bruta da pessoa jurídica.

As receitas Correspondentes às saídas de mercadorias sujeitas à substituição tributária em etapa precedente são excluídas da base de cálculo da COFINS desde que devidamente comprovadas.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal.

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/07/2001

Ementa: AFIRMAÇÕES RELATIVAS A FATOS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO – O conhecimento de afirmações relativas a fatos, apresentadas pela contribuinte para contraditar os elementos regulares de prova trazidos aos autos pela autoridade fiscal, demanda sua consubstanciação por via de outros elementos probatórios, pois sem substrato mostram-se como meras alegações processualmente inatacáveis.

Assunto: Normas Gerais do Direito Tributário.

Período de apuração: 01/01/1997 a 31/07/2001

Ementa: MULTA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA.

O descumprimento da obrigação tributária, verificado em procedimento fiscal, acarreta a cobrança de imposto devido com o acréscimo de multa de ofício, agravada nos casos de evidente intuito de fraude.”

Cientificada da decisão supra, a recorrente apresenta tempestivamente recurso voluntário dirigido a este Colegiado, registrando em preliminar a tese de nulidade da decisão recorrida, em face de quebra do princípio da publicidade.

Quanto ao restante do recurso voluntário, a recorrente reitera as razões de defesa já expendidas na peça inicial.

É o relatório.



Processo nº : 10925.002429/2002-33

Recurso nº : 124.576

Acórdão nº : 203-09.520

VOTO VENCIDO DO CONSELHEIRO-RELATOR VALDEMAR LUDVIG

O recurso preenche todos os requisitos legais para sua admissibilidade, estando portanto, apto a ser conhecido.

No que se refere à preliminar de nulidade da decisão recorrida, entendo não restar razão à recorrente, tendo em vista que o procedimento adotado pelo Órgão Julgador está em conformidade com as normas previstas no Processo Administrativo Fiscal (Decreto nº 70.235/72), mormente no que se refere à suposta infração ao princípio da publicidade, princípio este não inserido nos procedimentos de julgamento. E como tal não existe nenhuma obrigatoriedade a ser cumprida pela Delegacia da Receita Federal neste sentido.

Quanto ao lançamento fiscal propriamente dito, aqui também, no que se refere à competência dos Agentes Fiscais em lavrar o auto de infração, e com relação a falta de recolhimento da COFINS, não merecem prosperar as razões de defesa levantadas pela recorrente.

A posição da recorrente no sentido de que em sendo o MPF dirigido somente para a fiscalização não estaria autorizando os agentes fiscais a lavrarem o auto de infração contraria frontalmente a descrição dos procedimentos fiscais previstos no artigo 142 do CTN, *verbis*:

"Art. 142. Compete privativamente a autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, em sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível."

Ora, fiscalização é a atividade fiscal que tem por obrigação legal desenvolver conjuntamente, todas as atividades registradas na legislação supra, principalmente constituir o crédito tributário pelo lançamento (auto de infração ou notificação de lançamento) ser o caso.

Quanto à base de cálculo do lançamento, também não se vislumbra qualquer possibilidade de sucesso para a recorrente, uma vez que, os autores da ação fiscal somente se valeram dos registros referentes à apuração do ICMS, para apurarem a base de cálculo da COFINS, por total falta de apresentação dos livros fiscais que estaria obrigada a recorrente, não restando outra alternativa aos representantes do Fisco.

Quanto a possíveis irregularidades na formação desta base de cálculo, restava somente à recorrente a apresentação das provas pertinentes, o que não ocorreu durante os trabalhos da fiscalização, nem por ocasião da impugnação. Pois os laudos técnicos apresentados, por si só, não representam nada, por não estarem acompanhados da competente documentação fiscal que lhes dariam sustentação.

Já, no que se refere à multa agravada de 150% impingida pela ação fiscal, entendo não restar provado nos autos a figura de evidente intuito de fraude cometida pela



Processo nº : 10925.002429/2002-33
Recurso nº : 124.576
Acórdão nº : 203-09.520

recorrente. Pois, mesmo em se tratando da situação sobre o desaparecimento dos documentos contábeis e fiscais da recorrente, não ficou registrado nos autos nenhuma relação desta situação, com um possível embaraço à fiscalização, o único fato que nos poderia levar a justificar a um possível agravamento da penalidade.

Quanto à uma simples falta ou insuficiência de recolhimento da contribuição não nos dá o direito de relacionar este fato como evidente intuito de fraude para justificar o agravamento da multa.

Se assim fosse não existiria espaço legal para a aplicação da multa de ofício de 75% prevista no inciso I do artigo 44 da Lei nº 9.430/96. Da multa de mora (20%) cairíamos de imediato na multa agravada de 150%, pois a multa de 75% é exatamente prevista para os casos de falta de recolhimento dos tributos, falta esta relacionada a falta de declaração ou de declaração inexata.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento às preliminares de nulidade da autuação, bem como da decisão recorrida e, no mérito, dar provimento em parte ao recurso voluntário, para afastar da exigência tributária somente o agravamento da multa em 150%, restando a multa de 75%.

É como voto.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2004

VALDEMAR LUDVIG



Processo nº : 10925.002429/2002-33
Recurso nº : 124.576
Acórdão nº : 203-09.520

VOTO DA CONSELHEIRA LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS
RELATORA-DESIGNADA

Ouso divergir do nobre relator no que pertine à imposição da multa qualificada no percentual de 150%. Entendo não merecer qualquer reparo a decisão recorrida, pois, de fato, as provas acostadas aos autos demonstram o intuito de fraude na conduta dolosa do agente.

A questão fulcral para o deslinde da controvérsia acerca da imposição da multa de ofício no percentual de 150% cinge-se à determinação de se o sujeito passivo, em declarar e recolher valores menores que aqueles constantes da sua escrituração, teria incorrido em pelo menos uma das condutas descritas nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64.

A declaração e recolhimento a menor de receitas comprovadamente auferidas, ao longo de cinco períodos-base, aliados à utilização de um padrão de procedimento sistemático, deixa evidente a voluntariedade da conduta adotada e o escopo de exonerar-se do pagamento de tributos à Fazenda Pública, o que inclui a ação perpetrada pelo sujeito passivo na categoria delituosa de sonegação fiscal, que encontra definição no artigo 71 da Lei nº 4.502/64, *in litteris*:

“Art.71. Sonegação é toda ação ou omissão dolosa tendente a impedir ou retardar, total ou parcialmente, o conhecimento por parte da autoridade fazendária:

I – da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstâncias materiais;

II - das condições pessoais de contribuinte, suscetíveis de afetar a obrigação a obrigação tributária principal, ou o crédito tributário correspondente.”

Da leitura do comando veiculado pelo inciso I do dispositivo legal supra referido, infere-se que a conduta descrita pela norma exige do sujeito passivo o dolo, ou seja, a deliberada intenção de obter o resultado que seria o impedimento ou retardamento, total ou parcialmente, do conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador da obrigação principal, sua natureza ou circunstância materiais.

Nesse sentido, o cerne do comportamento delituoso consiste na ocultação da situação de fato ou situação jurídica que, ocorrendo, determina a incidência da norma tributária, com o escopo do não pagamento do valor do tributo devido.

O dolo, como é de todos sabido, nada mais é do que a vontade livre e consciente de se praticar ou se deixar de praticar um ato com o propósito de determinado resultado. Por ser elemento subjetivo, em não havendo confissão do agente, a comprovação do dolo dá-se de forma indireta, pela análise dos atos praticados e de suas circunstâncias.



Processo nº : 10925.002429/2002-33
Recurso nº : 124.576
Acórdão nº : 203-09.520

Da análise dos autos, verifico que no ano-calendário de 1997 a recorrente declarou à Receita Federal que estava inativa (fls. 113) quando, em verdade, faturou por volta de R\$650.000,00. No ano-calendário de 1998, declarou apenas 57% do seu faturamento, no de 1999, 48%, no de 2000, 23% e no de 2001, 3,5%.

O sujeito passivo, ao declarar e pagar valores menores que aqueles resultantes da sua escrituração, de forma reiterada, interferiu para encobrir os verdadeiros aspectos da situação de fato, capaz de provocar a incidência da norma tributária, para dificultar ou impedir que a autoridade fiscal detectasse o pagamento de valores menores que o devido.

E não se venha cogitar de erro de fato quando da transcrição dos valores resultantes da escrituração contábil para a declaração de rendimentos, pois tal argumento não seria admissível, haja vista a forma reiterada do procedimento adotado por vários exercícios fiscais.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso voluntário.

Sala das Sessões, em 13 de abril de 2004

LUCIANA PATO PEÇANHA MARTINS