



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

PROCESSO Nº : 12466.001659/96-65
SESSÃO DE : 22 de março de 2000
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280
RECURSO Nº : 119.912
RECORRENTE : CIA. AÇOS ESPECIAIS ITABIRA - ACESITA
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ

MULTA DE OFÍCIO - ART. 44, INCISO II, DA LEI 9.430/96 - Para aplicação da multa de ofício agravada, na forma do inciso II, do art. 44 da Lei nº 9.430/96, é imprescindível que haja descrição e incontestada comprovação da ação ou omissão dolosa, na qual fique evidente o intuito de sonegação, fraude ou conluio, capitulados na forma dos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, respectivamente.

**RECURSO NÃO CONHECIDO QUANTO AO IMPOSTO.
RECURSO PROVIDO QUANTO À PENALIDADE.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Terceiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, em não tomar conhecimento do recurso, relativamente ao Imposto objeto de parcelamento e em dar provimento quanto à penalidade, na forma do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

Brasília-DF, em 22 de março de 2000.


JOÃO HOLANDA COSTA
Presidente


NILTON LUIZ BARTOLI
Relator

19 2 JUL 2000

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ANELISE DAUDT PRIETO, ZENALDO LOIBMAN, MANOEL D'ASSUNÇÃO FERREIRA GOMES, JOSÉ FERNANDES DO NASCIMENTO, IRINEU BIANCHI e SÉRGIO SILVEIRA MELO.

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280
RECORRENTE : CIA. AÇOS ESPECIAIS ITABIRA - ACESITA
RECORRIDA : DRJ/RIO DE JANEIRO/RJ
RELATOR(A) : NILTON LUIZ BARTOLI

RELATÓRIO

Contra a empresa acima qualificada foi lavrado auto de infração exigindo-lhe crédito tributário relativo ao não recolhimento do Imposto de Importação e multa de 450%, com fulcro no art. 4º, inciso II, § 1º, da Lei nº 8.218/91, uma vez que, ao analisar em ato de revisão aduaneira a operação de importação realizada no Porto de Vitória, sob o amparo da DI nº 000264/001, constatou-se não constar na base de dados do "Sistema de Informações da Arrecadação Federal" o Documento de Arrecadação de Receitas Federais, referente ao recolhimento do referido imposto.

Diante da irregularidade encontrada, a repartição de origem notificou o banco arrecadador quanto à ausência do repasse financeiro, sendo que, em atendimento, o referido banco alegou ser a autenticação constante do documento mencionado, referente a pagamento de serviços da CODESA no valor muito inferior ao do imposto (de R\$ 1.923,14), fls. 21/32.

De posse das informações recebidas pelo agente arrecadador, a empresa importadora foi intimada a apresentar a via original do DARF informando banco e agência do recolhimento.

Para tanto, foi concedido o prazo de 08 dias, o qual não foi cumprido pela empresa dando origem ao auto de infração para cobrança do Imposto de Importação e multa agravada em 450% pelo intuito de fraude e originando também o processo para fins penais nº 12466.001633/96-71. Fundamentando a exigência fiscal às fls. 02/05.

A recorrente apresentou impugnação de fls. 44/82 alegando que:

- I) para execução de serviços relativos ao desembaraço aduaneiro bem como quitação dos impostos foi nomeado como procurador o Sr. José Manoel Moraes de Lima, despachante devidamente habilitado a operar junto à Alfândega do Porto de Vitória, sendo que este, desde agosto de 1995, constituíra empresa denominada Marvi Importação e Exportação a quem eram realizados os pagamentos pelos serviços prestados, mediante apresentação da competente Nota Fiscal de Serviços;

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

- II) o valor dos tributos, referentes a importação da máquina de solda a laser desembaraçada em 16/01/96, foi remetido em favor da MARVI (fl.76);
- III) a impugnante não teve conhecimento dos fatos que importaram no não recolhimento do imposto, cabendo, portanto, à autoridade competente punir os envolvidos na "fraude" investigando principalmente quem dela se beneficiou;
- IV) não obstante, a multa imposta conforme o art. 4º, inciso II, da Lei nº 8.218/91 não deve prosperar já que, conforme os fatos narrados, em nenhum momento houve por parte da impugnante a intenção de fraude;
- V) quanto ao atraso na apresentação da via original do DARF (fl.82), justifica-o o fato de a intimação ter sido remetida para a sede da empresa, sendo que não se tinha, ainda, conhecimento se o documento encontrava-se arquivado na empresa ou na unidade de Timóteo - MG, razão pela qual não pode ensejar o agravamento da multa de ofício;
- VI) entende que descabe a aplicação da multa de 450% que configura confisco, e se coubesse algum tipo de moratória deveria ser fixada a base de 75% do valor do imposto conforme art. 44, inciso I, da Lei nº 9.430/96;
- VII) dispõe-se a pagar o tributo exigido acrescido de juros de mora, mas não concorda com nenhum tipo de cobrança de multa por prática de fraude ou de multa moratória.

Em 29/01/97, a Recorrente volta a se manifestar nos autos, por petição de fls. 85, pela qual apresenta cópia do pagamento relativo ao Imposto de Importação e dos respectivos juros de mora, que a recorrente julgara devidos (fls. 87).

Importante notar que, apesar de ter sido dado ciência do lançamento ao contribuinte, em 13/02/97, e este já haver se manifestado pela impugnação de fls. 44 a 57, o Aviso de Recebimento devolvido pelos Correios, estava datado de 22/01/97, sem a assinatura do destinatário, o que ensejou, por parte da autoridade preparadora, o requerimento de apresentação de 2ª via do AR, pelos Correios, com a assinatura de recebimento assinada pelo contribuinte.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

No intuito de evitar eventual perda de prazo, em face da nova notificação, a recorrente ratificou os termos de sua impugnação às fls. 89/90 e requereu a juntada de cópias das providências tomadas junto ao Ministério Público Federal e Delegacia de Defraudações e Falsificações, contra José Manoel Morais de Lima.

O processo foi encaminhado à Delegacia da Receita Federal de Julgamento do Rio de Janeiro, fls.101/108, que concluiu por considerar procedente em parte o lançamento sendo devido o Imposto de Importação e reduzindo a multa de ofício nos termos da retroatividade benigna, por força do art. 44, inciso II, da Lei 9.430/96, totalizando a quantia de R\$ 358.553,75.

Em relação à aplicação da penalidade agravada, após análise da legislação aplicável, entendeu a autoridade julgadora de primeira instância que é indiscutível a materialidade do fato sobre a falsificação da guia de recolhimento; logo, houve fraude fiscal e se foi com ou sem o consentimento da recorrente não importa, uma vez que esta se beneficiou ao ter as mercadorias desembaraçadas sem o pagamento dos direitos aduaneiros, bem como, é devido o agravamento da penalidade pelo não atendimento à intimação.

Intimada da decisão monocrática, em 23/09/98, a Recorrente protocolizou, em 23/10/98, Recurso Voluntário reiterando o que já havia sido dito anteriormente e alegando que:

- I) não pode admitir a cobrança de 150% decorrente de infração dolosa, nem as equivocadas presunções da autoridade de julgamento da Receita Federal, ao dizer que a não contestação da exigência do Imposto de Importação e dos juros de mora, configurou-se fraude fiscal decorrida da falsificação da guia de recolhimento e nem tão pouco que teria a Recorrente logrado efetiva vantagem;
- II) a decisão é nula pois não foram comprovados os fatos alegados, tendo como pressuposto a fraude e o dolo por parte da Recorrente, fato este que ainda está sendo averiguado em Inquérito Policial;
- III) requer a anulação da decisão recorrida e a devolução dos autos a origem sobrestando o andamento até que seja apurada a autoria da falsificação;
- IV) conforme demonstrado às fls. 117/134, a recorrente agiu de boa-fé sem auferir qualquer vantagem com o procedimento ilícito não devendo ser punida, já que não cometeu nenhum ilícito.

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

Cabe salientar que consta dos autos termo de perempção às fls. 113, de 23/10/98, mesma data da apresentação do Recurso, o que fez com que a Recorrente apresentasse arrazoadado, esclarecendo quanto à tempestividade, que houve apenas erro material e que recebeu a decisão em 23/09/98 e não 22/09/98, como manuscrito consta no AR, sendo que, para tanto, juntou declaração da Agência dos Correios e cópia autenticada do extrato emitido pela mesma.

Segundo informação do Chefe da SESIT, acostada às fls. 136 dos autos, a Recorrente obteve concessão de liminar, nos autos do Mandado de Segurança nº 98.0009466-0, junto à 4ª Vara Federal de Vitória, para que a Alfândega processasse e encaminhasse o recurso, independentemente do depósito recursal de trinta por cento.

É o relatório.



RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

VOTO

Preliminarmente, faz-se necessário apreciar a questão relativa à tempestividade do recurso voluntário, uma vez que fora lavrado, efetivamente, o termo de perempção às fls. 113 do processo.

O prazo para apresentação do recurso voluntário, nos termos do art. 33, Decreto nº 70.235/72, é de trinta dias contados da intimação. No caso, a autoridade preparadora entendeu que a data da intimação deu-se em 22/09/98, sendo a data fatal para apresentação do recurso dia 22/10/98. Por isso, lavrado o Termo de Perempção.

Ocorre, no entanto que, tanto o carimbo dos Correios, constante do Aviso de Recebimento (fls. 112, v.) como a declaração, também dos Correios, acostada aos autos às folhas sem número, declaração esta trazida pela empresa na manifestação de 18/09/98, pela qual se insurge contra a perempção, atestam que a Recorrente foi intimada, na realidade, em 23/09/98, sendo o Recurso Voluntário protocolado no último dia de seu prazo.

Diante disso, conheço do recurso voluntário por tempestivo e por cumprir as exigências legais para apreciação.

Quanto ao mérito, cabe ressaltar que o presente processo administrativo contém questões de fato e de direito que impõem o pronto julgamento da lide, pois atinentes à estrutura normativa do crédito tributário e à penalidade.

Desta forma, permito-me cindir o voto em dois pontos principais cuja metodologia sistemática por si só se justificará.

Em relação ao crédito tributário principal mantido, pela decisão singular, cabe ressaltar que o mesmo foi objeto de recolhimento, conforme se verifica pelo Documento de Arrecadação de Receitas Federais - DARF, juntado aos autos às fls. 87, em data anterior ao julgamento, fato que depõe contra a própria exigibilidade do crédito e que deveria ter sido objeto da decisão singular, quando da análise do processo. Melhor dizendo, se o crédito tributário foi pago, sua exigibilidade foi plenamente cumprida.

Se assim, não faz mais parte deste processo tal crédito uma vez que extinto o crédito e, por consequência a lide com o pagamento (art. 151 do Código Tributário Nacional).

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

De outro lado, em relação à penalidade aplicada com fundamento no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, cabe ressaltar que não há nos autos prova que atenda ao tipo penal tributário contra a Recorrente. Não há prova de que tenha a Recorrente agido com dolo, com o intuito de fraudar a Fazenda.

Pelo que se depura dos fatos narrados e da documentação colacionada pela fiscalização, a Recorrente é tão vítima da fraude quanto a Fazenda.

Como já tenho decidido em casos análogos, vale lembrar que a ausência da correta aplicação do tipo penal ao fato, ou a precária descrição do fato típico penal, impede a incidência da norma punitiva.

Toda norma jurídica é uma hipótese de conduta passível de ser verificada no mundo dos fatos que, se ocorrida, implica um conseqüente. Tal conseqüente, em se tratando de norma punitiva, é a aplicação de uma penalidade, no caso, pecuniária.

A penalidade aplicada tem por hipótese a ocorrência de falta de pagamento do tributo por comprovada prática de fraude na forma do disposto no art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, que dispõe:

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

- I) -
- II) cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definidos nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502 de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis."

Se assim, para que se possa concluir pela procedência da aplicação da multa, deve-se verificar se o fato típico capitulado nos artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64, realmente ocorreram e se há, nos autos, prova incontestada dessa ocorrência.

Dispõem os artigos 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502/64:

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



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

- I) - da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, sua natureza ou circunstância materiais;
- II) - das condições pessoais de contribuintes, suscetíveis de afetar a obrigação tributária principal ou o crédito tributário correspondente;

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 deferir o seu pagamento;

Art. 73. Conluio é o ajuste doloso entre duas ou mais pessoas naturais ou jurídicas, visando qualquer dos efeitos referidos nos arts. 71 e 72.

Como é possível perceber da leitura dos dispositivos legais acima, que orientam a aplicação do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, o traço característico das três figuras antijurídicas é o dolo, ou seja, o intuito de, pela ação ou a omissão, retardar ou impedir a ocorrência do fato gerador ou o seu conhecimento pelo fisco.

No caso, não só ficou caracterizado que a Recorrente não agiu com dolo, tanto que pela documentação que carrou ao processo, fica patente que foi vítima da ação de outrem, como também não houve a tentativa da ocultação do fato gerador. Isso fica claro pela constatação de que o fato gerador foi plenamente conhecido pela Fazenda; o que foi forjado pelo agente criminoso foi a comprovação do pagamento.

Dos fatos descritos na peça exordial, não decorre a conclusão de que a Recorrente tenha agido com dolo, nem há provas nos autos que a Recorrente tenha tido participação no ato delituoso. Diante do que fora apurado, é certo que, se a Recorrente tivesse concorrido para o ato, importaria, por parte da fiscalização, uma minuciosa análise dos fatos, caracterização dos mesmos e, por conseguinte, capitulação no âmbito do tipo do art. 73, primeiramente, e art. 72, na seqüência.

De outro lado, o fato tipo previsto como fraude, sonegação e conluio, para fins do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96, não é, na realidade, capitulável com os fatos descritos, pois aqueles são dirigidos para a ocultação do fato



MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

gerador e não para a falsificação do comprovante do pagamento. O fato gerador do imposto foi devidamente declarado pela importação, e a Fazenda tinha conhecimento e condições de verificar se o numerário devido a título de imposto fora recolhido e ingresso em suas receitas.

Hector Villegas, in Direito Penal Tributário, Ed, da Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 1974, ensina que:

"Com base na 'Tipicidade', emanção direta e necessária do princípio da legalidade, os modos de proceder do infrator, dos quais decorrem as punições, devem estar precisamente pré-delimitados na lei, por meio de figuras típicas que os caracterizem. Essas figuras devem, de forma completa, descrever os fatos mercedores de sanção, com a indicação de todos os seus elementos próprios, assim desempenhando a função de modelos na configuração, sob o ponto de vista descritivo, das condutas que se inserem, ou não, em algum dos círculos fechados e descontínuos do punível.

Observa Soler não ser suficiente a mera existência de lei prévia, já que esta deve reunir certas peculiaridades, definindo concretamente uma ação, e traçando uma figura fechada em si mesma, na qual se conheça não somente a conduta nela compreendida, senão também aquelas por ela não alcançadas."

Nesse prisma não se pode dizer que a conduta caracterizada na descrição do lançamento é a descrita na norma jurídica indicada. Nem tão pouco há provas nos autos de que a Recorrente tenha praticado um dos atos "precisamente pre-delimitados na lei, por meio de figuras típicas que os caracterizem", na forma dos artigos 71, 72 ou 73, da Lei nº 4.502/64.

Aliás, em relação à necessidade de a peça acusatória fiscal descrever e comprovar os fatos que ensejam a incidência da norma tributária ou da norma penal tributária, vale lembrar das lições de Paulo Celso B. Bonilha, em sua obra "Da Prova no Processo Administrativo Tributário"(Ed. Dialética, São Paulo, 1997, 2ª edição), que, ao tratar do ônus da prova na relação processual tributária, conclui:

"Se é verdade que a conformação peculiar do processo administrativo tributário exige do contribuinte impugnante, no início, a prova dos fatos que afirma, isto não significa, como vimos, que, no decorrer do processo, seja de sua incumbência toda a carga probatória. Tampouco a presunção de legitimidade do ato de lançamento dispensa a Administração do ônus de provar os fatos de

MINISTÉRIO DA FAZENDA
TERCEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

RECURSO Nº : 119.912
ACÓRDÃO Nº : 303-29.280

seu interesse e que fundamentam a pretensão do crédito tributário, sob pena de anulamento do ato."

O que se viu no transcorrer destes autos foi a contínua afirmação, por presunção de fraude da contribuinte, mas não se comprovou que ela agira em conluio com o agente delituoso, para forjar a prova do pagamento dos tributos.

Diante desses argumentos, não pode prosperar a exigibilidade da penalidade imposta pela falta de comprovação do dolo fraudulento da Recorrente e, inclusive porque, ao final, o que se verifica é que a Recorrente foi tão vítima da ação criminosa quanto a Fazenda.

Diante desses argumentos, julgo pelo NÃO CONHECIMENTO do Recurso no que se refere à matéria do lançamento tributário principal, uma vez que fora objeto de parcelamento, e DOU PROVIMENTO ao Recurso Voluntário para excluir a penalidade aplicada nos termos do art. 44, inciso II, da Lei nº 9.430/96.

Sala das Sessões, em 22 de março de 2000


NILTON LUIZ BARTOLI - Relator