MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº	13433.000408/2005-56
Recurso nº	148.431 Voluntário
Matéria	COFINS
Acórdão nº	103-23.346
Sessão de	23 de janeiro de 2008
Recorrente	EMPERCOM EMPRESA DE MONTAGEM E SERVIÇOS GERAIS
Recorrida	4ª TURMA/DRJ-RECIFE/PE

Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Exercício: 2003

Ementa:
FALTA DE RECOLHIMENTO DA COFINS
Apurados, através de procedimento de ofício, valores devidos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, que não haviam sido declarados ou confessados pela contribuinte é procedente a autuação, com a aplicação da multa de ofício.

MULTA QUALIFICADA
Não comprovado o evidente intuito de fraude, não prospera a aplicação da multa qualificada. A fraude se consuma no fato gerador do tributo e não em momentos posteriores, tais como a ausência de declaração, ou a declaração a menor do tributo, etc.. E, esses fatos não atingem o fato gerador do tributo, que é o objeto do tipo.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interpostos por EMPERCOM EMPRESA DE MONTAGEM E SERVIÇOS GERAIS LTDA.

ACORDAM os membros da TERCEIRA CÂMARA DO PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, REJEITAR as preliminares e, no mérito, por maioria de votos, DAR provimento PARCIAL ao recurso para reduzir a multa de ofício ao percentual de 75% (setenta e cinco) por cento, vencidos os Conselheiros Antônio Bezerra Neto e Luciano de Oliveira Valença (Presidente), que negaram provimento, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado.

LUCIANO DE OLIVEIRA VALENÇA
Presidente

ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE
Relator

FORMALIZADO EM: 18 ABR 2008

Participaram, ainda, do presente julgamento, os Conselheiros Leonardo de Andrade Couto, Márcio Machado Caldeira, Guilherme Adolfo dos Santos Mendes, Antonio Carlos Guidoni Filho e Paulo Jacinto do Nascimento.

Relatório

Versa o presente processo acerca de Recurso Ordinário, interposto contra decisão que considerou procedente o lançamento de COFINS, cujos fatos foram descritos pela fiscalização da seguinte forma:

Autos de Infração da Contribuição para o PIS e COFINS – anos calendário 2002 e 2003.

Em razão da falta de recolhimento das contribuições incidentes sobre o faturamento nos anos calendário de 2002 e 2003, promoveu-se também os lançamentos da Contribuição para o PIS e da COFINS, mediante a lavratura de autos de infração, com base nas receitas brutas mensais levantadas a partir das notas fiscais de prestação de serviços (meses de outubro a dezembro/2002) e do Livro razão apresentado pela contribuinte.

Assim, o Auto de Infração da Contribuição para o PIS foi formalizado no **PROCESSO Nº 13433.000409/2005-09** e o Auto de Infração da COFINS no **PROCESSO Nº 13433.000408/2005-56.**

A empresa foi excluída do SIMPLES, através do Ato Declaratório Executivo nº 09, de 10/10/2002, o qual foi considerada procedente conforme Acórdão DRJ/REC nº 5.926, de 12/09/2003, encontrando-se o processo nº 13434.000050/2002-17 em fase de julgamento no Conselho de Contribuintes.

Apesar de excluída do SIMPLES, a contribuinte efetuou a entrega de Declarações Anuais Simplificadas relativas aos anos calendário de 2002 e 2003, quando já se encontrava sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. Estava, portanto, obrigada à entrega de DIPJ e DCTF, assim como à manutenção da escrituração comercial, à elaboração de demonstrações financeiras e à confecção do LALUR, já que não fez opção pelo regime do Lucro Presumido através do pagamento do imposto de renda correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano.

A contribuinte foi intimada mediante o Termo de Início de Fiscalização em 14/04/2005 e, posteriormente, reintimada em 27/05/2005 a apresentar a sua escrita comercial (Livros Diário, Razão e Balancetes), as demonstrações Financeiras e o Livro LALUR, além dos livros e notas fiscais de serviços relativos ao estabelecimento filial e as DIPJ e DCTF, todos referentes ao período de outubro/2002 a dezembro/2003.

Decorrido o prazo fixado na última reintimação, a contribuinte apresentou os livros contábeis e talonários de notas fiscais de prestação de serviços referentes ao ano calendário de 2003; quanto ao ano calendário de 2002, não foi apresentada a escrita contábil, o que implicou na impossibilidade de se efetuar a apuração do lucro real no último trimestre daquele ano, pela falta dos Livros Diário, Razão e LALUR.

A fiscalização adotou, então, os seguintes procedimentos:

- com base no Livro Razão do ano de 2003 e nas notas fiscais de prestação de serviços apresentadas pela contribuinte referentes aos últimos três meses de 2002, foi efetuado o levantamento de suas receitas no período de outubro/2002 a dezembro /2003, as quais

superam em muito os valores declarados nas Declarações Anuais Simplificadas dos referidos anos calendário;

- foram apurados os valores das retenções do IRRF sobre as receitas, a partir de informações extraídas de sistema da SRF alimentado pelas DIRF apresentadas pelas fontes pagadoras;

- não foram identificados recolhimentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativamente aos anos de 2002 e 2003, ocorrendo apenas recolhimentos do SIMPLES, coincidentes com os valores declarados nas declarações simplificadas.

Constatando-se que a fiscalizada, obrigada à tributação com base no lucro real, não possuía escrituração regular referente ao ano calendário de 2002, a Autoridade Autuante procedeu ao arbitramento dos lucros da mesma, relativos ao último trimestre do ano calendário de 2002, com fundamento no art. 530, inc. III, do RIR/99 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999). A fiscalização tomou como base de cálculo para o arbitramento de ofício os valores da receita bruta conhecida, correspondente aos serviços faturados nas respectivas notas fiscais.

A Autoridade Autuante efetuou o lançamento do IRPJ sobre o lucro arbitrado através do competente auto de infração, tendo sido deduzidas as retenções do imposto de renda ocorridas, de acordo com o apurado a partir das DIRF apresentadas pelas fontes pagadoras.

Auto de Infração – CSLL: CSLL sobre o Lucro Arbitrado.

Como reflexo do Auto de Infração do IRPJ sobre o lucro arbitrado, lavrou-se também o Auto de Infração para lançamento da CSLL devida no último trimestre do ano calendário de 2002, tomando por base as mesmas receitas.

Assim, a fiscalização procedeu aos lançamentos constantes nos Auto de Infração – IRPJ: Arbitramento do Lucro (Receitas Operacionais - atividade não imobiliária – Prestação de Serviços Gerais) e Auto de Infração – CSLL: CSLL sobre o Lucro Arbitrado, formalizados neste **PROCESSO Nº 13433.000407/2005-10**.

Os lançamentos tributários do IRPJ, CSLL, Contribuição para o PIS e COFINS contemplaram a aplicação da multa qualificada de 150%, prevista no inciso II do art. 44 da Lei nº 9.430/96, em razão de estar configurado em cada caso o evidente intuito de fraude pelo fato de constar nas Declarações Anual Simplificada valores de receita significativamente inferiores às efetivamente auferidas.

A Decisão recorrida está assim ementada:

"Assunto: Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins

Ano-calendário: 2002

Ementa: EXCLUSÃO DO SIMPLES DE OFÍCIO.

Tendo sido excluída de ofício do sistema integrado, através de ato declaratório executivo, a contribuinte que optar de não apresentar impugnação contestando tal exclusão estará definitivamente excluído.

A pessoa jurídica excluída do SIMPLES sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas.

FALTA DE RECOLHIMENTO DA COFINS.

Apurados, através de procedimento de ofício, valores devidos da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social, que não haviam sido declarados ou confessados pela contribuinte é procedente a autuação, com a aplicação da multa de ofício.

MULTA DE OFÍCIO – QUALIFICADA.

Nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis, será aplicada à multa de ofício de 150%.

PAGAMENTOS EFETUADOS A TÍTULO DE SIMPLES. COFINS.

Quando da exigência de ofício da COFINS, devem ser considerados os recolhimentos proporcionais relativos aos dois tributos efetuados para os mesmos períodos de apuração pela sistemática unificada do Simples.

Lançamento Procedente em Parte"

A recorrente, aduz, em preliminar, o cerceamento do direito de defesa, em razão do "...julgamento antecipado da lide..." e pela ausência de oportunidade "...para corroborar o protesto pela produção de prova pericial e aquisição de documentos...".

Afirma que os valores tributáveis discriminados no auto de infração estão completamente dissonantes com os valores efetivamente devidos, conforme balanços patrimoniais da impugnante, em razão da base de cálculo do tributo devido ter sido alargada e - que a aplicação da multa de 150% sobre os valores apurados deve ser ressaltada, em vista da inconsistente alegação de que a impugnante estava com o intuito de fraudar o fisco.

É o relatório.

Voto

Conselheiro ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, Relator

O recurso preenche as condições para a sua admissibilidade.

Dele conheço.

O objeto do presente processo é o auto de infração da COFINS, referente aos fatos geradores de 10/2002 a 12/2003, decorrentes da apuração de falta de recolhimento desta contribuição.

A recorrente suscita, em preliminar, o cerceamento do direito de defesa.

Compulsando os autos, verifico não ter razão a recorrente. O processo seguiu passo a passo as normas processuais determinadas pelo Decreto 70.235/72.

O exame dos autos denota que a recorrente foi intimada e reintimada a apresentar os documentos solicitados pela fiscalização, tendo atendido somente a parte daquelas intimações.

Sua impugnação e recursos denotam o total entendimento dos fatos e a sua defesa foi e está sendo exercida com respeito a todas as garantias legais existentes.

Diante desse quadro, rejeito a preliminar suscitada.

A autuação decorreu do fato da recorrente, inobstante já haver sido excluída do SIMPLES, haver efetuado a entrega de Declarações Anuais Simplificadas relativas aos anos calendário de 2002 e 2003, quando já se encontrava sujeita às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas, o qual já foi julgado por este Conselho, tendo sido mantida a exclusão da empresa do SIMPLES.

Estava, portanto, obrigada à entrega de DIPJ e DCTF, assim como à manutenção da escrituração comercial, à elaboração de demonstrações financeiras e à confecção do LALUR, já que não fez opção pelo regime do Lucro Presumido através do pagamento do imposto de renda correspondente ao primeiro período de apuração de cada ano.

A contribuinte foi intimada mediante o Termo de Início de Fiscalização em 14/04/2005 e, posteriormente, reintimada em 27/05/2005 a apresentar a sua escrita comercial (Livros Diário, Razão e Balancetes), as demonstrações Financeiras e o Livro LALUR, além dos livros e notas fiscais de serviços relativos ao estabelecimento filial e as DIPJ e DCTF, todos referentes ao período de outubro/2002 a dezembro/2003.

Decorrido o prazo fixado na última reintimação, a recorrente apresentou os livros contábeis e talonários de notas fiscais de prestação de serviços referentes ao ano calendário de 2003; quanto ao ano calendário de 2002, não foi apresentada a escrita contábil, o

que implicou na impossibilidade de se efetuar a apuração do lucro real no último trimestre daquele ano, pela falta dos Livros Diário, Razão e LALUR.

A fiscalização adotou, então, os seguintes procedimentos:

- com base no Livro Razão do ano de 2003 e nas notas fiscais de prestação de serviços apresentadas pela contribuinte referentes aos últimos três meses de 2002, foi efetuado o levantamento de suas receitas no período de outubro/2002 a dezembro /2003, as quais superam em muito os valores declarados nas Declarações Anuais Simplificadas dos referidos anos calendário;

- foram apurados os valores das retenções do IRRF sobre as receitas, a partir de informações extraídas de sistema da SRF alimentado pelas DIRF apresentadas pelas fontes pagadoras;

- não foram identificados recolhimentos de IRPJ, CSLL, PIS e COFINS relativamente aos anos de 2002 e 2003, ocorrendo apenas recolhimentos do SIMPLES, coincidentes com os valores declarados nas declarações simplificadas.

Constatando-se que a fiscalizada, obrigada à tributação com base no lucro real, não possuía escrituração regular referente ao ano calendário de 2002, a Autoridade Autuante procedeu ao arbitramento dos lucros da mesma, relativos ao último trimestre do ano calendário de 2002, com fundamento no art. 530, inc. III, do RIR/99 (Decreto nº 3.000, de 26 de março de 1999). A fiscalização tomou como base de cálculo para o arbitramento de ofício os valores da receita bruta conhecida, correspondente aos serviços faturados nas respectivas notas fiscais.

A autoridade autuante efetuou o lançamento do IRPJ sobre o lucro arbitrado através do competente auto de infração, tendo sido deduzidas as retenções do imposto de renda ocorridas, de acordo com o apurado a partir das DIRF apresentadas pelas fontes pagadoras.

No caso da COFINS, em razão da exclusão da, ora recorrente, do SIMPLES, a empresa ficou sujeita aos recolhimentos da COFINS e da Contribuição para o PIS como as demais pessoas jurídicas.

A fiscalização constatou a falta de recolhimento destas contribuições, através da constatação de diferenças entre o valor escriturado e o declarado/pago e constituiu os Autos de Infração da **COFINS – PROCESSO Nº 13433.000408/2005-56** e da CONTRIBUIÇÃO PARA O PIS – PROCESSO Nº 13433.000409/2005-09. Foram utilizadas como base de cálculo para a apuração destas contribuições a receita bruta constante nas notas fiscais de prestação de serviço emitidas pela contribuinte e no Livro Razão, não havendo qualquer erro na base de cálculo apurada e já corrigida pela decisão de primeira instância.

Destarte, como o auto de Infração foi lavrado de acordo com a legislação não existe qualquer afronta aos princípios constitucionais da capacidade contributiva e da proibição de utilizar tributo para confisco.

Sobre a possibilidade de anexação posterior de provas e o requerimento de perícia, deve ser observada a legislação que rege a matéria, ou seja, o art. 16 do Decreto nº 70.235/1972, cabendo observar que todos os elementos necessários à verificação dos fatos que cercam a presente autuação estão devidamente anexados ao processo, não havendo por via de conseqüência necessidade da perícia aventada pela recorrente.

Quanto ao agravamento da multa, entendo que o mesmo não pode prosperar, senão veja-se.

A justificativa para o majoração da multa de lançamento de ofício foi, segundo a autuante "...em razão de estar configurado em cada caso o evidente intuito de fraude pelo fato de constar nas Declarações Anual Simplificada valores de receita significativamente inferiores às efetivamente auferidas.".

Entretanto, os autos demonstram que não ficou caracterizado o nexo causal, a relação de causa e efeito nos crimes tributários previstos no diploma legal acima citado, ou seja, a intenção dolosa de reduzir tributo devido ou de anulá-lo, mediante a prática de ato ou omissão fraudulenta, falseando a verdade para ludibriar ou enganar a Fazenda Pública.

Isso porque a fraude se consuma no fato gerador do tributo e não em momentos posteriores, tais como a ausência de declaração, ou a declaração a menor do tributo, etc., tais fatos não atingem o fato gerador, que é o objeto do tipo.

Partindo-se da premissa albergada no nosso ordenamento jurídico, no sentido de que quem acusa tem o dever de provar, e de que ninguém pode ser acusado sem provas e sem que lhe seja dado o direito de opor-se e apresentar prova em contrário, impõe-se à exigência de que cabe a autoridade fiscal apresentar as provas, irrefutáveis, da conduta configurada na lei.

Neste sentido, a lei exige que o intuito de fraude e sonegação seja evidente, que aflore com tal clareza que não se possa suscitar dúvidas acerca da má fé nos atos praticados, com o inequívoco propósito de violar a lei. Ademais, os fundamentos dos lançamentos, cujas multas foram agravadas, residem basicamente na presunção legal, fato que apenas transfere o ônus da prova para a contribuinte, assim, a prova de fraude é ônus do acusador.

Não fosse assim, não ficou comprovado nos autos o evidente intuito de fraude definido nos artigos. 71, 72 e 73, da Lei n. 4.502/64, como, também, não há nos autos qualquer indício de que tenha havido o intuito de fraude, nos moldes definidos em lei, na conduta da, ora recorrente, que foi a de fazer constar nas Declarações Anual Simplificada valores de receita significativamente inferiores às efetivamente auferidas.

Diante de tal traçado, dou provimento ao recurso para reduzir a multa de lançamento de ofício da COFINS, ao seu patamar normal de 75%.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar a preliminar suscitada, e no mérito, dar parcial provimento ao recurso para reduzir a multa de lançamento de ofício agravada, ao seu patamar normal de 75%.

Sala das Sessões, em 23 de janeiro de 2008

ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE