



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTE
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Recurso nº : 155.547
Matéria : COFINS - Ex(s): 2003 a 2005
Recorrente : FRUTAB FRUTOS DA BAHIA LTDA.
Recorrida : 1ª TURMA/DRJ-SALVADOR/BA
Sessão de : 28 de março de 2007
Acórdão nº : 103-22.943

NULIDADES. PROVA EMPRESTADA. PRESUNÇÃO. AMOSTRAGEM. ARBITRAMENTO. A obtenção, pelo Fisco Federal, junto ao Fisco Estadual, das declarações prestadas pelo contribuinte não constitui prova emprestada, não passando de intercâmbio de informação, no âmbito da Administração.

Não se baseia em presunção ou em amostragem o lançamento que tributa omissão de receita apurada a partir do confronto da escrituração contábil com a escrituração fiscal. O arbitramento do lucro não diz respeito ao lançamento da COFINS, cuja base de cálculo é a receita bruta.

MULTA. QUALIFICAÇÃO. AGRAVAMENTO. DESCABIMENTO. Descabe a aplicação da multa qualificada, face à inexistência do evidente intuito de fraude, requisito legal para a sua incidência.

Descabe o agravamento da multa, quando o contribuinte presta os esclarecimentos que lhe foram solicitados.

Recurso provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por FRUTAB FRUTOS DA BAHIA LTDA.

ACORDAM os Membros da Terceira Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos, REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, DAR provimento PARCIAL ao recurso, para reduzir as multas de lançamento *ex officio* ao seu percentual normal de 75% (setenta e cinco por cento), nos termos do relatório e voto que integram o presente julgado.


CANDIDO RODRIGUES NEUBER
PRESIDENTE


PAULO JACINTO DO NASCIMENTO
RELATOR



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Acórdão nº : 103-22.943

FORMALIZADO EM: 25 MAI 2007

Participaram ainda, do presente julgamento, os Conselheiros: ALOYSIO JOSÉ PERCÍNIO DA SILVA, MÁRCIO MACHADO CALDEIRA, FLÁVIO FRANCO CORRÊA, ALEXANDRE BARBOSA JAGUARIBE, ANTONIO CARLOS GUIDONI FILHO e LEONARDO DE ANDRADE COUTO.

A handwritten signature in black ink, consisting of several loops and a long tail, positioned to the right of the list of names.



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Acórdão nº : 103-22.943

Recurso nº : 155.547
Recorrente : FRUTAB FRUTOS DA BAHIA LTDA.

RELATÓRIO E VOTO

Conselheiro PAULO JACINTO DO NASCIMENTO - Relator

Adoto o relatório de fls. 784, da lavra da ilustre Conselheira da 4ª Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, Nayra Bastos Manatta, à qual este processo foi inicialmente distribuído, que leio.

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, merecendo ser conhecido.

A nulidade do lançamento pela ilicitude da utilização de prova emprestada, pelo emprego de presunção não prevista em lei e pela falta de autorização para o arbitramento, argüida em preliminar e o descabimento da qualificação e do agravamento da multa, ventilado no mérito, são as únicas matérias do recurso.

Equivoca-se a recorrente quando na menção feita pela autoridade autuante de que as receitas de vendas constantes nas DMAs, feitas com base no livro de Registro e Apuração do ICMS, são superiores aos valores escriturados no Livro Razão, no qual foram escrituradas apenas as receitas de vendas da matriz, se omitindo as receitas dos estabelecimentos filiais, enxerga a utilização de prova emprestada.

Com efeito, para a doutrina processual prova emprestada é aquela que, produzida num processo, seja por documento, testemunhas, confissão, depoimento pessoal ou exame pericial, é trasladada para outro, no qual aproveitada, por meio de certidão extraída do processo de origem.

Assim, a obtenção, pelo Fisco Federal, junto às Secretarias de Fazenda



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Acórdão nº : 103-22.943

Estaduais, da DMA – Declaração e Apuração Mensal do ICMS, não constitui prova emprestada, não passando de intercâmbio de informação no âmbito da Administração Pública, expressamente permitido pelo inciso II, do § 1º e pelo § 3º, acrescentados ao art. 198 do CTN pela Lei Complementar 104/01, que dispõem:

“Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades.

§ 1º. Excetua-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

...

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º. O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo”.

Equivoca-se, por igual, a recorrente quando afirma que a omissão de receita foi apurada por presunção e por amostragem.

Na verdade, conforme se colhe do Relatório de Verificação Fiscal, no ano-calendário de 2002, a omissão de receitas restou caracterizada pelo confronto do Livro Razão com o Livro Registro e Apuração de ICMS, o qual demonstrou que a recorrente somente escriturou as receitas de vendas da matriz, omitindo as receitas das filiais; e, nos anos-calendário de 2003 e 2004, a receita bruta foi apurada com base nas informações prestadas pela recorrente aos fiscos estaduais, através das DMA-Declaração e Apuração do ICMS, não se tratando, portanto, de lançamento por presunção, mas sim lançado em prova documental incontestada, produzida pela própria recorrente, que retrata as vendas efetivamente realizadas, apenas parcialmente



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Acórdão nº : 103-22.943

registradas na contabilidade, evidenciando a flagrante omissão de receitas praticada.

No que pertine à alegação de que o lançamento se fez por amostragem, improcede igualmente, haja vista que a referência a ele feita pela autoridade lançadora teve por objetivo deixar claro que a análise das DMAs, demonstra que estas foram feitas com base no Livro de Registro e Apuração do ICMS, sem que isto signifique que a apuração da omissão de receita se fez por amostragem. O que se apurou por amostragem, e não podia ser diferente, vez que nem todos os Livros de Registro de Apuração de ICMS foram entregues, foi que as DMAs refletem as vendas registradas nos Livros de ICMS exibidos à fiscalização.

No tocante ao questionamento acerca da licitude e motivação do arbitramento do lucro, ao argumento da inexistência da autorização do Chefe da Fiscalização exigida pela Portaria COFIS nº 10/1982, essa matéria é estranha ao presente processo, vez que nele não houve arbitramento de lucro, dado que a base de cálculo da COFINS é a receita bruta da pessoa jurídica.

Diante disso, inacolho a tríplex motivação apontada como causa de nulidade do lançamento e, de conseqüência, rejeito a preliminar suscitada.

Por outro lado, para manter a multa qualificada de 150% relativa ao ano-calendário de 2002, se louvou a decisão recorrida na seguinte argumentação:

"... verifica-se que a interessada protelou a entrega e atendeu apenas parcialmente à solicitação de livros e documentos, documentação essa que demonstraria que os valores de vendas escrituradas no Livro Razão não correspondiam ao total de vendas realizadas, tentando evitar a caracterização da omissão de receitas praticada, que resultou em falta de recolhimento das contribuições sociais, cujos créditos tributários foram constituídos no item I do auto de infração do presente processo, estando assim configurada a sonegação, relativa ao ano-calendário de 2002, pelo intuito de burlar o fisco para evitar que ele tivesse conhecimento das vendas registradas nos livros fiscais e que não estavam contabilizadas".



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Acórdão nº : 103-22.943

Enquanto isso, para afastar a mesma multa em relação ao ano-calendário de 2004, disse o julgador:

“... a multa qualificada foi aplicada em razão da falta de apresentação dos livros contábeis e fiscais, entretanto cabe razão à impugnante pois apenas esse fato não caracteriza a ocorrência da sonegação prevista no art. 71, da Lei nº 4.502, de 1964.

A referida conduta não evidencia por si só a sonegação, pois a intenção de impedir o conhecimento por parte da autoridade fazendária da ocorrência do fato gerador só restaria caracterizada por atos praticados especificamente para evitar o pagamento do tributo devido, não relacionados com o atendimento à fiscalização e que viessem a ser detectados no curso da ação fiscal.

A falta de apresentação dos livros e documentos à fiscalização tem como conseqüências o arbitramento do lucro e a conseqüente apuração da falta de recolhimento de IRPJ e de contribuições sociais nessa forma de tributação”.

Ora, a conduta da recorrente consistente na não apresentação integral dos livros e documentos fiscais, não variou de um exercício para outro, foi a mesma em todos os exercícios fiscalizados, como relatado pela autoridade autuante e reconhecido pela autoridade julgadora.

Fere a lógica que uma mesma conduta, no ano-calendário de 2002, configure sonegação e enseje a aplicação da multa qualificada e, nos anos-calendário de 2003 e 2004, não evidencie sonegação e tenha como conseqüência única o arbitramento do lucro.

Dessarte, assim como nos anos-calendário de 2003 e 2004, descabe, no ano-calendário de 2002, a multa qualificada, face à inexistência do evidente intuito de fraude, requisito legal para a sua incidência.

Descabe, igualmente, o agravamento da multa, justificado pelo autuante



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUENTES
TERCEIRA CÂMARA

Processo nº : 13558.000827/2005-81
Acórdão nº : 103-22.943

por ter a contribuinte atendido parcialmente as solicitações referentes aos anos-calendário de 2002 e 2003 e não ter atendido as solicitações relativas ao ano-calendário de 2004, gerando grande mora na verificação do crédito tributário e ônus à Administração Pública para apurar os tributos devidos.

Ocorre que, a teor do art. 44, § 2º, alínea "a", da Lei nº 9.430/96, o agravamento da multa tem lugar no caso de não atendimento pelo sujeito passivo de intimação para prestar esclarecimento.

Ora, do Relatório de Verificação Fiscal de fls. 713/718 se colhe que as intimações para prestar esclarecimentos dizem respeito, unicamente, ao ano-calendário de 2003, se pedindo, na primeira, que a contribuinte explique o funcionamento das contas que compõem o custo e, na segunda, que esclareça as divergências entre os balancetes e o Livro Razão, ambas respondidas às fls. 68 e 132, respectivamente, não merecendo prosperar o agravamento da multa.

Pelas razões expostas, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade do lançamento e, no mérito, dar provimento parcial ao recurso para reduzir a multa de lançamento de ofício ao percentual de 75%.

Sala das Sessões - DF, 28 de março de 2007

PAULO JACINTO DO NASCIMENTO