



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
TERCEIRA CÂMARA**

Processo n° 13603.001069/2006-15
Recurso n° 138.233 Voluntário
Matéria COFINS E PIS
Acórdão n° 203-13.776
Sessão de 04 de fevereiro de 2009
Recorrente LONAX INDÚSTRIA BRASILEIRA DE LONAS LTDA.
Recorrida DRJ-BELO HORIZONTE/MG

ASSUNTO: OUTROS TRIBUTOS OU CONTRIBUIÇÕES

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

Descabe a arguição de nulidade quando se verifica que o auto de infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação de regência.

O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade dos procedimentos as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

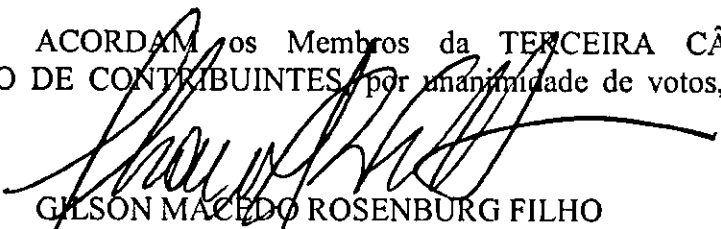
As alegações constantes da impugnação devem ser acompanhadas de provas suficientes que as confirmem.


A multa de ofício de 150% é aplicável sempre que presentes os elementos que caracterizam, em tese, os crimes tipificados nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

ACORDAM os Membros da TERCEIRA CÂMARA do SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso.


GILSON MACEDO ROSENBURG FILHO
Presidente


ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA
Relator

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Emanuel Carlos Dantas de Assis, Odassi Guerzoni Filho, Jean Cleuter Simões Mendonça, José Adão Vitorino de Moraes, Luciano Pontes de Maya Gomes (Suplente) e Luis Guilherme Queiroz Vivacqua (Suplente).

Relatório

Trata-se de Recurso Voluntário contra o acórdão da DRJ de Belo Horizonte - MG que manteve o Auto de Infração lavrado contra a recorrente relativo a cobrança do PIS e da Cofins devida supostamente pela insuficiência de recolhimento da contribuição em relação aos períodos de janeiro de 2003 a dezembro de 2004.

Notem que o Auto de Infração consignou representação para fins penais em razão da falta de informação ou informação a menor dos débitos em DCTF, o que também ensejou a multa qualificada de 150%.

A decisão recorrida foi vazada nos seguintes termos, *verbis*:

Assunto: Outros Tributos ou Contribuições

Período de apuração: 01/01/2003 a 31/12/2004

Descabe a argüição de nulidade quando se verifica que o auto de infração foi lavrado por pessoa competente para fazê-lo e em consonância com a legislação de regência.

O Mandado de Procedimento Fiscal é instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos da fiscalização, não implicando nulidade dos procedimentos as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento.

As alegações constantes da impugnação devem ser acompanhadas de provas suficientes que as confirmem.

No seu Recurso Voluntário “salienta-se que, em momento algum como se verifica inclusive do Termo de Verificação Fiscal, foram emitidos os termos de prorrogação do prazo de validade do primeiro MPF emitido, ademais, todos os demais MPF's Complementares emitidos, ocorreram em momento muito posterior da data de vencimento daquele, em total desconformidade com a legislação tributária pátria haja vista que em momento algum foi lavrado os termos que prorrogaram o prazo do MPF que deu início ao procedimento fiscal, que por sua vez também não incluiu em seus termos os tributos IRPJ, IRRF, CSLL, PIS e COFINS, embora estes também tenham sido fiscalizados” (fl. 2.437).

Ainda em relação aos Mandados de Procedimento Fiscal, sustenta que as sucessivas prorrogações se deram se a cientificação do sujeito passivo, como exigido pelo § 2º do art. 13 da Portaria nº 3007/2001.

No mérito sustenta ter havido boa-fé quando da aquisição dos produtos cujos créditos do PIS/Cofins não-cumulativo lhe foram glosados, aduzindo não poder ser penalizada por tal glosa, vez que quando das aquisições realizou consulta junto ao SINTEGRA, que atestavam a regularidade formal dos seus fornecedores.

Nesse sentido, sustenta que a glosa dos seus créditos seja o equivalente a cobrar o PIS e a Cofins com base na “aquisição de mercadorias e serviços e não com base no auferimento de receita, que é efetivamente a sua hipótese de incidência .

Aduz que não possui a integralidade dos comprovantes de pagamentos das mercadorias que lhe geraram crédito em face de acidente ocorrido na empresa e devidamente comprovado por boletim de ocorrência, razão pela qual passou a comprovar a regularidade das aquisições por “amostragem”.

Por fim pugna pela inconstitucionalidade da multa agravada, que teria caráter confiscatório, para em seguida resumir sua pretensão recursal nos seguintes termos:


“ – seja cancelado o lançamento de ofício efetuado via o presente Auto de Infração, cujo cancelamento se faz, por corolário, imperioso;

- seja anulada exigência do PIS e a conseqüente aplicação de penalidade;

- seja reconhecido o direito da Recorrida em se creditar dos valores relativos ao PIS;

- seja considerada inconstitucional a multa aplicada” (fls. 2.464).

É o relatório.



Voto

CONSELHEIRO ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA, Relator

O recurso satisfaz os seus requisitos de admissibilidade, razão pela qual dele conheço.

As matérias postas pela contribuinte no seu recurso voluntário são idênticas as expressas na sua Manifestação de Inconformidade. Tendo em vista que todos os pontos reiterados no Recurso Voluntário já foram enfrentados pela decisão recorrida e considerando que a fundamentação ali expressa coincide com o entendimento deste Relator, pede-se vênia para aqui se adotar integralmente tal fundamentação, *verbis*:

"De plano, registre-se que o contribuinte, basicamente, limita suas razões de defesa ao questionamento do Mandado de Procedimento Fiscal(MPF)) e respectiva nulidade do lançamento; à glosa das notas fiscais inidôneas com as responsabilidades decorrentes e à aplicação da multa qualificada.

O impugnante alega nulidade do lançamento em função de falha na prorrogação do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF).

Esclareça-se que a ação fiscal se revestiu de todas as formalidades exigidas no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972, a seguir transcrito:

"Art. 10. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e conterá obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

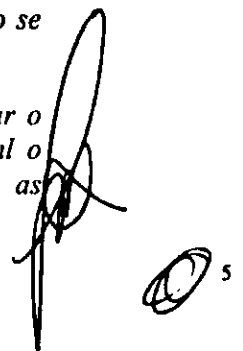
IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula."

Cabe ressaltar que o art. 59 do Decreto nº 70.235, de 1972 especifica como hipóteses de nulidade os atos e termos lavrados por pessoa incompetente e os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa, as quais não se aplicam ao presente procedimento fiscal.

Argumenta o interessado que o procedimento fiscal, ao extrapolar o período autorizado para sua conclusão sem prorrogação da qual o contribuinte tenha sido devidamente cientificado, afrontou as



disposições do art. 13 da Portaria SRF nº 3.007, de 26 de novembro de 2001.

Entretanto, ao contrário do alegado, pode-se constatar que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) nº 06.1.01.00-2005-00163-2 foi devidamente prorrogado até 16/08/2006, consoante informações disponíveis no sítio da Secretaria da Receita Federal (<http://www.receita.fazenda.gov.br>; fl. 05). Não prospera, assim, a alegação da defesa, segundo a qual a autoridade administrativa competente não estaria autorizada. Observa-se ainda que o contribuinte foi cientificado da autuação dentro do citado período, em 26/07/2006.

Dispõe a Portaria SRF nº 3.007, de 2001, em seu art. 13, que "a prorrogação do prazo de que trata o artigo anterior poderá ser efetuada pela autoridade outorgante, tantas vezes quantas necessárias, observadas, em cada ato, o prazo máximo de trinta dias". Referido artigo, em seu § 1º, esclarece que "a prorrogação de que trata o caput far-se-á por intermédio de registro eletrônico efetuado pela respectiva autoridade outorgante, cuja informação estará disponível na Internet, nos termos do art. 7º, inciso VIII." Destarte, não há que se admitir o argumento da defesa, segundo o qual o referido MPF não fora prorrogado ou se o fora, o contribuinte não tomara ciência de tal prorrogação.

Ademais, cabe registrar que, além do campo adequado no MPF destinado à ciência do contribuinte ou responsável (fl. 1), constam informações atinentes à expedição do citado MPF, evidenciando a autenticidade do referido documento, a competência que foi dada à autoridade administrativa incumbida de proceder a fiscalização e a segurança que o sujeito passivo teve em confrontar todos os dados do aludido MPF perante a unidade local da Secretaria da Receita Federal. Consoante tais informações, em caso de dúvida, o contribuinte ou responsável poderia ter entrado em contato com o chefe da equipe de fiscalização, Mário Hermes Soares Campos, na Av. José Faria da Rocha, 5531 – Eldorado - Contagem, além de verificar a exatidão das informações contidas por intermédio da Internet, mediante a utilização do código informado e do CNPJ/CPF do contribuinte/responsável objeto do procedimento fiscal originário, no sítio da Secretaria da Receita Federal. Observa-se, assim, que foram colocadas à disposição do contribuinte todas as informações necessárias à transparência e segurança da ação fiscal, mormente no tocante à sua autenticidade e prorrogação. Portanto, se dúvidas pairassem sobre a prorrogação do MPF, poderia o contribuinte ter acessado o endereço da SRF na Internet e obtido as informações por ele almejadas.

Sendo assim, comprovado que a autoridade fiscal estava acobertada por Mandados de Procedimentos Fiscais válidos, não se vislumbra nenhuma irregularidade no procedimento fiscal.

Em adição, cumpre salientar que o Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) é um instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais relativos aos tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal. O

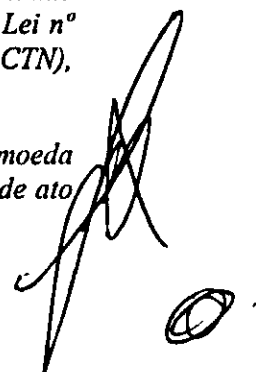


MPF foi disciplinado pela Portaria SRF nº 1.265, de 22 de novembro de 1999, estando, atualmente, compilada na Portaria SRF nº 3.007, de 2001, com as alterações das Portarias SRF nº 1.238, de 31 de outubro de 2002 e nº 1.468, de 06 de outubro de 2003. O referido mandado consiste em uma ordem administrativa, emanada de dirigentes das unidades da Receita Federal para que seus auditores executem as atividades fiscais, tendentes a verificar o cumprimento das obrigações tributárias por parte do sujeito passivo. Sendo, portanto, o MPF um instrumento interno de planejamento e gerência das atividades de fiscalização, praticado por autoridade competente (Coordenador, Superintendente, Delegado ou Inspetor, conforme o caso) e dirigido ao Auditor Fiscal da Receita Federal (AFRF), eventuais irregularidades verificadas no seu trâmite, ou mesmo na sua emissão, não têm o condão de invalidar o Auto de Infração decorrente do procedimento fiscal relacionado. Portanto, tratando-se os eventuais vícios relativos ao uso do MPF de meras irregularidades formais, sabe-se que estas, quando supríveis, não podem elidir a atividade regrada e obrigatória do lançamento de ofício.

Registre-se que a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, que dispõe sobre o processo administrativo em geral, no âmbito da administração pública federal, ressalva em seu art. 69 que "os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-se-lhes apenas subsidiariamente os preceitos desta lei". Assim sendo, o processo administrativo de determinação e exigência dos créditos tributários federais continua a reger-se pelo Decreto nº 70.235, de 1972 e alterações posteriores, o qual, em seu art. 14, estabelece que a impugnação da exigência instaura a fase litigiosa do procedimento. Nesse sentido, a Lei nº 9.784, de 1999, em seu art. 55, preconiza que, "em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração" e o Decreto nº 70.235, de 1972, por sua vez, em seu art. 60, orienta que "as irregularidades, incorreções e omissões diferentes das referidas no artigo anterior não importarão em nulidade e serão sanadas quando resultarem em prejuízo para o sujeito passivo, salvo se este lhes houver dado causa, ou quando não influírem na solução do litígio".

Com respeito às alegações de que não foi comunicado oficialmente sobre eventual prorrogação da data de encerramento dos procedimentos fiscais e que, de acordo com o parágrafo único do art. 16 da Portaria SRF nº 3.007, de 2001, cumpre esclarecer que o regramento acerca do Mandado de Procedimento Fiscal não se sobrepõe à atividade vinculada e obrigatória a que estão submetidos os agentes tributários. A obrigatoriedade do lançamento tributário, sob pena de responsabilidade funcional, constatada irregularidade cometida pelo sujeito passivo da obrigação tributária, deflui da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), arts. 3º e 142, parágrafo único, conforme transcrição a seguir.

"Art. 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato



ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

“Art.142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, (...)

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional”.

A limitação trazida pela norma administrativa, portanto, não desonera o agente fiscal da atividade obrigatória e vinculada do lançamento, sob pena, inclusive, de responsabilização administrativa, conforme Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, in verbis:

“Art. 10 - Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no artigo 1º, dessa Lei, notadamente: (...)

X - Agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda (...)

Art. 11 - Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e, notadamente: (...)

II - retardar ou deixar de praticar indevidamente, ato de ofício.”

No mesmo sentido é o entendimento do Egrégio Conselho de Contribuintes, conforme ilustram as ementas a seguir transcritas:

“MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - MPF - A atividade de seleção do contribuinte a ser fiscalizado, bem assim a definição do escopo da ação fiscal, inclusive dos prazos para a execução do procedimento, são atividades que integram o rol dos atos discricionários, moldados pelas diretrizes de política administrativa de competência da administração tributária. Nesse sentido, o MPF tem tripla função: a) materializa a decisão da administração, trazendo implícita a fundamentação requerida para a execução do trabalho de auditoria fiscal, b) atende ao princípio constitucional da cientificação e define o escopo da fiscalização e c) reverencia o princípio da personalidade. Questões ligadas ao descumprimento do escopo do MPF, inclusive do prazo e das prorrogações, devem ser resolvidas no âmbito do processo administrativo disciplinar e não têm o condão de tornar nulo o lançamento tributário que atendeu aos ditames do art. 142 do CTN. (Ac. 1º CC nº 107-06820, sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Martins Valero)”

“NULIDADE - INOCORRÊNCIA - MANDADO DE PROCEDIMENTO FISCAL - O MPF constitui-se em elemento de controle da administração tributária, disciplinado por ato administrativo. A eventual inobservância da norma infra-legal não pode gerar nulidade no âmbito do processo administrativo fiscal. (Ac. 1º CC nº 108-07079, Sessão de 22/08/2002, Relator Luiz Alberto Cava Maceira)”

“MPF - O Mandado de Procedimento Fiscal é mero instrumento interno de planejamento e controle das atividades e procedimentos fiscais, não implicando nulidade dos procedimentos fiscais as eventuais falhas na emissão e trâmite desse instrumento. (Ac. nº 105-14070, Sessão de 19/03/2003, Relator Nilton Pess)”

“PRELIMINAR - NULIDADE - MPF - É de ser rejeitada a nulidade do lançamento, por constituir o Mandado de Procedimento Fiscal elemento de controle da administração tributária, não influenciando na legitimidade do lançamento tributário (Ac. nº 106-12941, Sessão de 16/10/2002, Relator Luiz Antonio de Paula).”

“NORMAS PROCESSUAIS - VÍCIO A ENSEJAR A DECRETAÇÃO DA NULIDADE DO LANÇAMENTO - O vencimento do prazo do Mandado de Procedimento Fiscal (MPF) não se constitui hipótese legal de nulidade do lançamento. Recurso de ofício provido, determinando que, ultrapassada a preliminar de nulidade do lançamento, deve a autoridade julgadora a quo continuar o julgamento do mesmo quanto ao seu mérito (Ac. nº 201-76449, Sessão 19/09/2002, Relator Gilberto Cassuli).”

Assim, não há que se falar que o procedimento fiscal desobedeceu aos ditames da Portaria SRF nº 3.007, de 2001, aos quais os servidores públicos devem inarredável e espartana obediência.

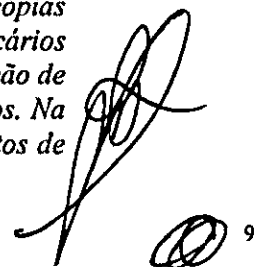
Ex positis, incabível albergar a tese de extinção do mandado de procedimento fiscal, por decurso de prazo, a nulidade dos procedimentos fiscais e, em decorrência, a nulidade do auto de infração, proposta pelo contribuinte.

No que se refere à glosa de notas fiscais inidôneas geradoras de crédito de PIS e Cofins, diz o contribuinte que se demonstrada a efetiva concretização no mundo real das atividades ali descritas, é perfeitamente aceitável e admitida, sendo descabida a tentativa fazendária de se responsabilizá-lo por fatos que não deu causa.

Diz, também, que tais fatos são provados por diversos comprovantes de pagamento, efetuados das mais diversas formas, porém não estarão todos demonstrados, haja vista que sofreu terrível atentado, com a perda de diversos documentos, tais como comprovantes de pagamento de seus fornecedores.

Ressalte-se que o contribuinte tentou comprovar vários pagamentos com a juntada de documentos, entre eles de faturas, recibos e cópias de cheques. Contudo, não atendeu ao Termo de Intimação, do qual tomou ciência em 13/12/2005 (fls. 179/218) e não apresentou provas de efetivo pagamento das notas fiscais glosadas.

Segundo esse termo o contribuinte deveria apresentar comprovação do efetivo pagamento de todas as operações realizadas com as empresas sob suspeição, por intermédio da apresentação de cópias microfilmadas de cheques, cópias de DOC, boletos bancários autenticados, comprovação de transferência bancária, comprovação de depósito em conta corrente e demais documentos hábeis e idôneos. Na mesma oportunidade foi exigida a apresentação dos conhecimentos de



transporte das mercadorias adquiridas das empresas relacionadas na intimação, bem como a comprovação do efetivo pagamento dos fretes por meio da entrega de documentos hábeis e idôneos.

Quanto à alegação de que perdeu documentos fiscais com o desabamento, é conveniente lembrar que, de acordo com o Laudo Pericial, tal fato ocorreu em 22/03/2004 e o auto de infração contempla os períodos de 2003 e 2004, não tendo o contribuinte apresentado comprovantes dos efetivos pagamentos nem para os fatos gerados após março de 2004.

Portanto, a empresa não comprovou com documentos hábeis a efetividade das operações realizadas correspondentes às notas fiscais inidôneas.

Nos próximos parágrafos serão analisados os documentos trazidos aos autos pelo contribuinte, que tentou comprovar os pagamentos e rebater as questões referentes às notas fiscais inidôneas utilizadas para gerar crédito da contribuição.

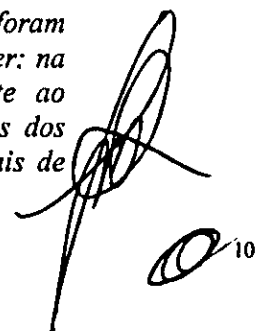
As planilhas de apuração do PIS de 01/2003 a 12/2003 (fls. 1556/1567), de 04/2002 a 12/2002 (fls. 1568/1576) e de 01/2004 a 12/2004 (fls. 1578/1589) não possuem maiores explicações, e não consideraram as glosas fiscais inidôneas, não deduziram os valores de IPI das notas de entrada e não levaram em conta a dedução dos valores decorrentes da aquisição dos bens do Ativo Imobilizado.

Em fls. 1590, foi juntada a cópia do Termo de Verificação Fiscal, onde o autuante relaciona algumas notas fiscais e comunica da impossibilidade legal do creditamento efetuado pela empresa, por se tratar de ativo imobilizado. O contribuinte apresentou cópias das notas fiscais (fls. 1591/1596) correspondentes ao crédito da contribuição referentes às aquisições do ativo imobilizado, sem, no entanto, apresentar qualquer argumento que possa ser aceito para a consideração desse crédito.

Em Fls. 1597/1608, juntou cópias de Consultas Pública ao Cadastro do Estado de São Paulo – SINTEGRA, que por si não torna o emitente de uma nota inidônea em pessoa jurídica idônea.

Em fls. 1609/1612, cópia do requerimento ao Delegado de Polícia Civil de Sarzedo – MG, pedindo a juntada de relação de perdas ao processo de registro da ocorrência do desabamento acontecido no dia 23/03/2004 em suas instalações, conforme ocorrência 9431 do 2º BBM. Os comprovantes de pagamento poderiam ter sido encontrados nos extratos bancários, por exemplo.

Em fls. 1613/1619, cópia de requerimento à DRF – Contagem – MG comunicando que por motivo de desabamento de parte de suas dependências, conforme faz ver o boletim de ocorrências nº 9431 do Corpo de Bombeiro – 2º BBM, ocorrido em 22/03/2004, foram destruídos parte de sua documentação contábil/financeira a saber: na área administrativa toda a movimentação bancária referente ao período de 01/01/2002 a 22/03/2004, notas fiscais de entradas dos períodos de 01/01/2002 a 22/03/2004, vias fixas de notas fiscais de



saidas, série única do nº 0001 ao nº 002763, e na área de produção além, da danificação dos maquinários, também houve uma perda de aproximadamente 3.300 toneladas de matéria prima. Esse requerimento não pode servir de motivo para a não apresentação de comprovantes de pagamento aos fornecedores.

Em fls. 1668/1674, o contribuinte juntou novamente o requerimento acima.

De 1620/1678, são cópias de comunicações aos órgãos fazendários e outros documentos referentes ao desabamento.

Em fls. 1679/1681, o autuado juntou cópia do Termo de Intimação, de 13/01/2006, no qual foi pedido ao autuado a comprovação do efetivo pagamento (cópias microfilmadas de cheques, cópias de DOC, boletos bancários autenticados, comprovação de transferência bancária, comprovação de depósito em conta corrente e demais documentos hábeis e idôneos) das operações que deram origem à emissão das notas fiscais glosadas. Anexo a esse termo, foi encaminhado à empresa o Demonstrativo de Emissão e Prorrogação de MPF (fls. 1682).

Em fls. 1685/1900, o contribuinte juntou cópias de duplicatas "quitadas" e respectiva relação, cópias de cheques de pagamentos efetuados e recibos. Conforme observação do contribuinte (fls. 1687), os pagamentos aos fornecedores de matéria-prima reciclável, sempre foram feitos em espécie. Esses documentos não comprovam o efetivo pagamento a fornecedor.

Em fls. 1901/1964, foram juntados os documentos referentes ao Laudo da Polícia Civil, sobre o desabamento na empresa.

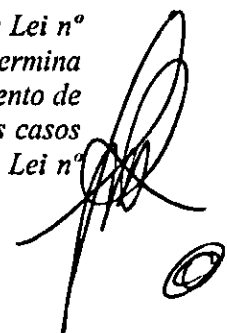
Em fls. 1967/2004, foi juntada a impugnação ao lançamento da Cofins.

Em fls. 2005/2391 foram juntados os documentos de impugnação da Cofins, contendo, praticamente, os mesmos elementos juntados à de PIS.

Assim, o autuado não apresentou comprovações dos efetivos pagamentos das operações que deram origem à emissão das notas fiscais glosadas.

Em relação à multa de ofício, observam-se argumentos fundamentalmente alegando a indevida aplicação da multa de 150%, haja vista que concretizou as operações e não é de sua responsabilidade atos de terceiros. Referida cominação feriu uma série de princípios constitucionais consagrados. Esclareça-se, assim, que a interessada em nenhum momento questiona os valores lançados a título da contribuição em comento. Portanto, não questiona a base de cálculo tampouco a alíquota que lhe foram imputadas.

A multa de ofício qualificada está prevista no art. 44, inc. II da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996. Esse dispositivo legal determina que será aplicada multa qualificada (150%), quando do lançamento de ofício, sobre a totalidade ou a diferença do imposto devido, nos casos de evidente intuito de fraude definidos 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.

Os arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 1964, assim dispõem:

"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 tributária principal ou 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 diferir o seu pagamento.

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

Por sua vez, o conceito de dolo encontra-se no inc. I do art. 18 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, ou seja, crime doloso é aquele em que o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo.

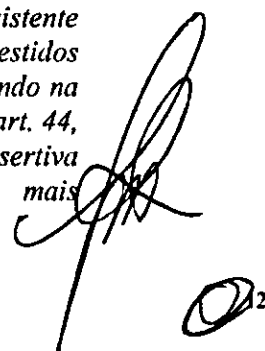
A lei penal brasileira adotou, para a conceituação do dolo, a teoria da vontade. Isso significa que o agente do crime deve conhecer os atos que realiza e a sua significação, além de estar disposto a produzir o resultado deles decorrentes.

Em outras palavras, pode-se dizer que os elementos do dolo, de acordo com a teoria da vontade, são: vontade de agir ou de se omitir; consciência da conduta (ação ou omissão) e do seu resultado; e consciência de que essa ação ou omissão vai levar ao resultado (nexo causal).

No caso vertente, verificou-se a intenção do contribuinte de impedir o conhecimento por parte da autoridade fiscal da efetiva base de cálculo da contribuição através de notas fiscais inidôneas.

Dessa forma, enquadra-se o autuado no art. 44, inc. II da Lei nº 9.430, de 1996, e conseqüentemente é devida a aplicação da multa qualificada de 150%.

Nas circunstâncias, a Fiscalização carrou aos autos consistente conjunto de evidências e indícios veementes, suficientemente revestidos dos caracteres de gravidade, precisão e concordância, convergindo na direção de que houve realmente intuito de fraude nos termos do art. 44, inc. II da Lei nº 9.430, de 1996. Os aspectos que denotam tal assertiva estão minudentemente transcritos no auto de infração, mais precisamente no Termo de Verificação Fiscal.



A defendente, ao imputar ao feito a pecha de confiscatório, suscita que o procedimento teria, supostamente, afrontado o princípio constitucional da vedação ao confisco.

Porém, de plano, cumpre considerar que, sob o aspecto formal, o feito não merece reparos haja vista que está em perfeita conformidade com o disposto no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972.

Mister, então, considerar, mais uma vez, que não compete à autoridade administrativa apreciar a argüição e declarar ou reconhecer a inconstitucionalidade de lei, pois essa competência, a teor do art. 102 da Constituição Federal de 1988, foi atribuída em caráter privativo ao Poder Judiciário.

A mais abalizada doutrina sustenta que toda atividade da Administração Pública passa-se na esfera infralegal e que as normas jurídicas, quando emanadas do órgão legiferante competente, gozam de uma presunção de constitucionalidade, bastando sua mera existência para inferir a sua validade.

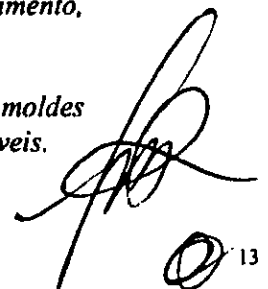
Vale dizer que, inovado o sistema jurídico com uma norma emanada do órgão competente, ela passa a pertencer ao sistema, cabendo à autoridade administrativa tão-somente velar pelo seu fiel cumprimento até que seja expungida do mundo jurídico por uma outra superveniente ou por Resolução do Senado da República publicada posteriormente à declaração de sua inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

Como, no caso concreto, essas hipóteses não ocorreram, as normas inquinadas de inconstitucionais pela impugnante continuam válidas, não sendo lícito à autoridade administrativa abster-se de cumpri-las e nem declarar sua inconstitucionalidade, sob pena de violar o princípio da legalidade, na primeira hipótese, e de invadir seara alheia, na segunda.

Ademais, o princípio insculpido na Constituição Federal de 1988, da vedação ao confisco, antes de mais nada, é dirigido ao legislador. Tal princípio orienta a elaboração legislativa, que deve observar a capacidade contributiva, bem como não pode dar ao tributo a conotação de confisco. Não observados tais princípios, a lei deixa de integrar o mundo jurídico, por inconstitucional. Porém, uma vez positivada a norma, é dever da autoridade fiscal aplicá-la sem perquirir acerca da justiça ou injustiça dos efeitos que gerou.

Isso posto, deve ser levado em consideração, ainda, que o lançamento é atividade plenamente vinculada à lei, não estando ao livre alvedrio do agente lançar ou não lançar o crédito tributário ou escolher a oportunidade de lançá-lo. A propósito, o parágrafo único do art. 142 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional – CTN), dispõe que é vinculada e obrigatória a atividade de lançamento, sob pena de responsabilidade funcional do agente público.

É de se presumir, portanto, que a lei aprovada nos moldes constitucionais tenha estabelecido multas dentro de limites aceitáveis.



Ante o exposto, encaminho meu voto no sentido de:

- a) rejeitar a preliminar de nulidade;*
- b) julgar procedente o lançamento, com multa de ofício de 150% e dos juros moratórios”.*

Pelo exposto, rejeito o Recurso Voluntário e mantenho na íntegra a decisão recorrida.

É como voto.

Sala das Sessões, em 04 de fevereiro de 2009.


ERIC MORAES DE CASTRO E SILVA 