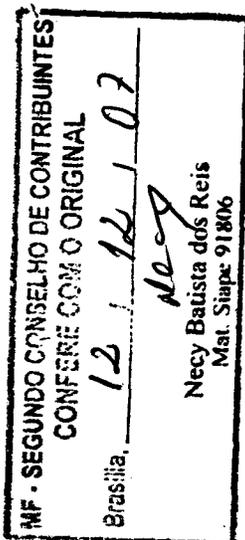




Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF-Segundo Conselho de Contribuintes
Publicado no Diário Oficial da União
de 08 / 01 / 08
Rubrica

Recorrente : SBL MÓVEIS E NEGÓCIOS LTDA.
Recorrida : DRJ em Florianópolis - SC



PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. NULIDADE. As nulidades absolutas limitam-se aos atos com vícios por incapacidade do agente ou que ocasionem cerceamento do direito de defesa.

ATOS PRIVATIVOS DE CONTADOR. O Auditor Fiscal da Receita Federal, no exercício de suas funções, está habilitado a realizar auditoria nos livros contábeis e fiscais dos contribuintes, sendo inaplicável a legislação que restringe esta atividade aos contadores com registro no Conselho Regional de Contabilidade-CRC.TÍTULO.

LOCAL DE LAVRATURA. A Peça Infracional deve ser lavrada no local de apuração da irregularidade, assim entendida a Região Fiscal da contribuinte, na qual está inclusa a repartição fiscal.

MANIFESTAÇÃO PRÉVIA DO CONTRIBUINTE ANTES DA AUTUAÇÃO. Plenamente válido o lançamento no qual consta a descrição dos fatos e enquadramento legal, correspondente, que ensejaram a autuação, tendo sido assegurado ao contribuinte o direito da ampla defesa no momento oportuno, conforme determinado pelas regras legais que regem o Processo Administrativo Fiscal.

Preliminares rejeitadas.

ARBITRAMENTO DO LUCRO. Tratando-se de matéria estranha ao litígio não se deve dela conhecer.

Recurso não conhecido

MULTA QUALIFICADA. Presente o requisito doloso na ação do agente cujo objetivo era evitar o pagamento de tributo devido é devida a multa qualificada.

PROVAS. Os registros contábeis fiscais da contribuinte constituem provas nas quais pode ser baseado o trabalho fiscal, cabendo ao contribuinte, caso haja erro na sua escrituração, comprová-lo por meio de documento hábil.

Recurso negado.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por SBL MÓVEIS E NEGÓCIOS LTDA.

1384



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 12/10/07
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. SIAPE 91806

2ª CC-MF
Fl.

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

ACORDAM os Membros da Quarta Câmara do Segundo Conselho de Contribuintes, por unanimidade de votos: I) em rejeitar a preliminar de nulidade; II) em não conhecer do recurso, quanto à matéria estranha ao litígio; e III) em negar provimento ao recurso, na parte conhecida.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.

Henrique Pinheiro Torres
Henrique Pinheiro Torres
Presidente
Nayra Bastos Manatta
Nayra Bastos Manatta
Relatora

Participaram, ainda, do presente julgamento os Conselheiros Jorge Freire, Rodrigo Bernardes de Carvalho, Júlio César Alves Ramos, Airton Adelar Hack e Leonardo Siade Manzam.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12/12/05
Necy Batista dos Reis
Mat. SIAPE 91806

2º CC-MF
Fl.

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

Recorrente : SBL MÓVEIS E NEGÓCIOS LTDA.

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em Florianópolis/SC, que a seguir transcrevo:

Trata-se de autos de infração mediante os quais exige-se contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins e contribuição para o programa de integração social – Pis, nos valores abaixo discriminados, anos-calendário 2001, 2002 e 2003, acrescidos de multa de ofício de 75% (setenta e cinco por cento) ou 150% (cento e cinquenta por cento), conforme o caso, além de juros de mora (fls. 561 a 596):

Descrição	Principal	Multas	Juros	Total
Cofins	70.572,75	95.354,48	49.291,58	221.218,81
Pis	29.143,20	30.074,39	15.293,95	74.511,54
Total	105.715,95	125.428,87	64.585,53	295.730,35

Da ação Fiscal

As informações a seguir foram obtidas do "Termo de Verificação Fiscal – PIS E COFINS", fls. 587 a 595, parte integrante dos autos de infração.

Da inaptidão da inscrição do CNPJ da fiscalizada

Em 17/05/2005, constatou-se que no endereço da fiscalizada funcionava, em realidade, uma filial da empresa Mill Indústria de Serras Ltda., CNPJ nº 01.307.688/0002-20, desde 29/08/2002, motivo pelo qual a ciência dos atos e termos processuais deu-se sempre de forma pessoal, ao representante legal da pessoa jurídica, senhor Airton José Seminotti, CPF nº 274.188.550-87.

Em 25/05/2005, foi notificado o responsável pela pessoa jurídica SBL Móveis e Negócios Ltda. acerca da constatação acima referida e, na mesma oportunidade, foi a contribuinte intimada para, no prazo de cinco dias, informar o efetivo endereço de funcionamento da empresa, além de outros elementos. Em 30/05/2005, a contribuinte apresentou alguns livros contábeis/fiscais e outros documentos, e pediu prorrogação de prazo para atendimento das demais exigências fiscais, sem, contudo, prestar informação sobre o endereço de funcionamento da empresa, informação esta que, segundo agente fiscal, independia de qualquer esforço para ser produzida, já que poderia ter sido apresentada de pronto (fl. 104 e 443).

Em 06/06/2005, o senhor Airton José Seminotti prestou depoimento, reduzido a termo (fls. 446 e 447), afirmando que a empresa SBL estava situada na Av. João Pedro Arruda nº 2.651, no município de Lages/SC. No citado endereço, foi localizado apenas um barracão, contendo alguns móveis acabados e partes de móveis, inexistindo no local qualquer maquinário, conforme Termo de Constatação Fiscal (fl. 463). O representante da pessoa jurídica informou sobre a existência de outro barracão, sito na Av. João Pedro Arruda nº 2.550, fundos. Neste local foram encontrados alguns componentes de móveis e maquinário fora de uso.

AS



Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COMO ORIGINAL
Brasília, 12, 12, 07
Necy
Necy Batista dos Reis
Mat. S/ape 91806

2º CC-MF
Fl.

Junto às Centrais Elétricas do Estado de Santa Catarina – Celesc verificou-se a inexistência consumo de energia elétrica por parte da pessoa jurídica SBL Móveis e Negócios Ltda., desde fevereiro de 2001, pelo que se concluiu que as atividades da pessoa jurídica estavam paralisadas (470 a 488).

Diante dos fatos acima descritos, concluiu o agente fiscal pela inexistência de fato da pessoa jurídica, conforme Representação Fiscal de fls. 464 e 465, já que não possuía patrimônio e capacidade operacional necessários à realização de seu objeto, desde março de 2.001. Assim sendo, por meio do Ato Declaratório Executivo nº 29, de 14/07/2005, e com base nos autos do Processo Administrativo nº 13984.000723/2005-47, foi declarada a inaptidão do CNPJ nº 02.408.522/0001-52, da empresa SBL Móveis e Negócios Ltda. (ou Guaíba Móvel Indústria e Comércio de Artefatos de Madeira Ltda.) e ineficazes, para fins Tributários, os documentos por ela emitidos a partir de 1º/03/2001 (fl. 466 e 467).

Das irregularidades constatadas

Do exame da documentação apresentada e do resultado das diligências efetuadas, foram constatadas as seguintes irregularidades a seguir descritas.

Falta de pagamento de Cofins e Pis – Multa de ofício de 75%

A apuração de falta de pagamento da Cofins e da Contribuição para o Pis, nos anos-calendário de 2001, 2002 e 2003, foi efetuada a partir do cotejo entre as operações registradas nos Livros Registro de Saídas e Livros Registro de Apuração do ICMS (venda de produção do estabelecimento, revenda de mercadorias e industrialização efetuada para outras empresas) com as informações consignadas nas Declarações de Débitos e Créditos Tributários Federais – DCTF. Das receitas obtidas dos livros fiscais foram excluídos os valores admitidos pela legislação. A multa de ofício aplicada foi de 75% (setenta e cinco por cento).

Falta de pagamento de Cofins e Pis – registro de vendas a empresas comerciais exportadoras sem comprovação ou em desconformidade com as respectivas notas fiscais – Multa de Ofício de 150%

Do confronto das operações atribuídas como sendo destinadas a empresas comerciais exportadoras, registradas nos livros fiscais (Código Fiscal de Operações e Prestações – CFOP 5.86 e 6.86), com as notas fiscais apresentadas pela fiscalizada, verificou-se as seguintes discrepâncias:

nos meses de janeiro, fevereiro e julho de 2001, vendas para a empresa Thoratex Com. Exp. e Imp. Ltda., cujas notas fiscais indicavam CFOP 5.11, 6.11 e 7.11;

nos meses de agosto, novembro e dezembro de 2001, notas fiscais escrituradas como vendas a comerciais exportadoras que referiam-se, em verdade, a vendas para duas filiais da empresa Casas Bahia Comercial Ltda., CNPJ nº 59.291534/0207-88 e 59.291.534/0283-39;

falta de apresentação das Notas fiscais nº 12, 13, 14, 17, 18, 30, 1560, 1984 e 2542, todas registradas como vendas a comerciais exportadoras.

Considerando que a contribuinte registrou vendas destinadas ao mercado interno como sendo destinadas a empresas comerciais exportadoras, deixaram as correspondentes receitas de ser tributadas pela Cofins e pela Contribuição para o Pis. O autuante, entendendo que não houve simples erro de fato, concluiu pelo evidente intuito de fraude,

1301 4



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 12, 07
<i>Ne Cj</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siapc 91806

2º CC-MF
Fl.

aplicando a multa de ofício mais gravosa, no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento).

Da representação fiscal para fins penais

Ao final dos trabalhos, foi elaborada representação fiscal para fins penais, formalizada por meio do Processo Administrativo nº 13984.001671/2005-26.

Da Impugnação

Inconformada com o feito fiscal, a contribuinte apresentou, em 23/01/2006, por meio de procurador (instrumento fl. 627), a impugnação de fls. 602 a 626, aduzindo, em síntese, que:

os autos de infração foram lavrados fora do estabelecimento da empresa, violando disposição contida no art. 10 do Decreto nº 70.235, de 1972;

a vistoria de livros mercantis, livros fiscais, bem como dos respectivos documentos que originaram os correspondentes registros, está condicionada ao fiscal que possui habilitação como Contador, junto ao Conselho Regional de Contabilidade – CRC/SC, na data da prática desses atos;

de acordo com a legislação vigente, o agente fiscal, antes de autuar, deve intimar o contribuinte, por escrito, na pessoa do seu representante legal, a prestar os esclarecimentos necessários, fixando prazo razoável para atendimento, sem o que resta latente a nulidade dos autos de infração, por cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa;

em que pese não ser, aqui, a via mais adequada para atacar as irregularidades praticadas, mormente ao cancelamento do CNPJ da impugnante, não restou assegurado o direito ao contraditório e à ampla defesa no Processo nº 13984.000723/2005-47;

a autoridade fiscal jamais poderia ter declarado a inaptidão da inscrição do CNPJ e a ineficácia – para todos os efeitos tributários – dos documentos emitidos pela impugnante desde 1º/03/2001, posto que a aplicação retroativa de norma tributária só é possível se for em benefício do contribuinte;

se fato o “ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 29, DE 14 DE JULHO DE 2005” tivesse, efetivamente, validade (eficácia), em novembro de 2005 o CNPJ da impugnante já deveria ter sido cancelado, o que acabou não acontecendo (vide certidão em anexo);

se fato o “ATO DECLARATÓRIO EXECUTIVO Nº 29, DE 14 DE JULHO DE 2005”, NÃO PASSA-SE DE MEDIDA ARBITRÁRIA, A Impugnante teria sido intimada da sua existência, bem antes do dia 19 de janeiro de 2006 (Última quinta-feira), quando da solicitação de cópia integral do processo (requerimento de 17/01/06 – terça-feira);

se a impugnante tivesse encerrado suas atividades em fevereiro de 2001, não teria consumido energia elétrica nos anos de 2002, 2003, 2004 e 2005, conforme faturas da Celesc em anexo;

se de fato tivesse havido o cancelamento do CNPJ em 14/07/2005, jamais as autuações poderiam ter sido emitidas contra a impugnante, posto que já sem personalidade jurídica;

em face de sua prejudicialidade, pela via reflexiva, deve o Ato Declaratório Executivo nº 29, de 14/07/2005, ser declarado nulo;

1384



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12 / 12 / 07
<i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806

2º CC-MF
Fl.

não pode o Fisco, existindo escrituração regular, deixar de cumprir o seu dever de investigação analítica dos fatos concernentes à base de cálculo primária, socorrendo-se, direta e imediatamente, do mecanismo de arbitramento;

só é legítimo o arbitramento do lucro se a escrituração não existir, não for apresentada ao Fisco ou contiver vícios, erros ou deficiências que a tornem imprestável para determinar o lucro real ou presumido ou revelar evidentes indícios de fraude;

acusa-se a impugnante de não terem sido exibidos alguns documentos, mas nada restou provado em desabono à contribuinte; nenhum levantamento específico foi efetuado na empresa, em contraditório pleno; nenhum estouro de caixa foi encontrado; nenhum passivo fictício foi positivado; nenhum depósito bancário da empresa foi produto de omissão de vendas;

as autuações nada mais são do que mero arbitramento fiscal unilateral, fora do contraditório pleno a que se refere o art. 148 do Código Tributário Nacional – CTN;

presumiu-se, criou-se a ficção de existirem tributos a serem satisfeitos (IRPJ, CSLL, Pis, Cofins etc), mas não se demonstrou quais as datas precisas em que, efetivamente, ocorreram, ou seja, sem prova efetiva da ocorrência do fato gerador, in casu o lucro real, não podem os agentes do Fisco, por meio de ilações e devaneios, partirem para o arbitramento;

encontrando-se a escrituração da impugnante na forma das leis comerciais e fiscais, e não padecendo de vícios insanáveis que porventura a tornasse imprestável, nas palavras do próprio agente fiscal, a mesma jamais poderia ter sido desconsiderada;

a escrita contábil faz prova a favor do contribuinte dos fatos nela registrados e comprovados por documentação hábil, segundo sua natureza, ou assim definido em preceitos legais, sendo que cabia à autoridade administrativa a prova da falsidade dos fatos nela registrados;

parecer de auditoria independente, firmado pelo contador Antônio Renato Dellandrea, CRC/SC 010163/0-7, atesta que as demonstrações financeiras e a escrituração contábil da empresa representam adequadamente a posição patrimonial em 31/12/2002, de acordo com os princípios fundamentais de contabilidade geralmente aceitos;

há necessidade de revisão do “Demonstrativo de Omissão de Receita – Vendas a Comerciais Exportadoras”, ano-calendário de 2001, eis que de acordo com a documentação anexa, resta certo que as operações lastreadas nas notas fiscais nº 1435, 1380, 1384, 1394, 1408, 1434, 1447, 1457, 1462, 1721 e 1984, referem-se, sem exceção, a exportação de mercadorias;

já no ano-calendário de 2002, no que se refere às notas fiscais tidas como de nº 12, 13, 14, 17, 18 e 30, convém declarar que a impugnante implantou novo sistema informatizado na contabilidade e algumas notas fiscais foram emitidas a título de teste, com números fictícios, posto que jamais representaram vendas de mercadorias e, na verdade, referem-se a exportações, e levam, respectivamente, os seguintes números: 002533 (12 – teste), 002536 (13 – teste), 002537 (14 – teste), 002542 (17 – teste), 002541 (18 – teste) e 002565 (30 – teste);

quanto às vendas realizadas no mercado interno, mais propriamente para as Casas Bahia Comercial Ltda., CNPJ nº 59.291.534/0207-88, convém registrar que procede o aponte do agente fiscal; contudo, tratando-se de mero erro de fato, posto que referidas vendas restaram registradas como se fossem vendas externas, quando, na verdade, o

ABY 6



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília,	12, 12, 07
Necy Baústa dos Reis Mat. Siapc 91806	

2º CC-MF
Fl.

foram ao mercado interno, e não tendo havido prejuízo ao erário federal em face da errônea contabilização, não há que se falar em fato gerador, muito menos em aplicação de multa;

É o relatório..”.

A autoridade julgadora de primeira instância manifestou-se por meio do Acórdão nº 07-8.930, julgando procedente em parte o lançamento, exonerando as parcelas relativas às vendas à Thoratex Com. Exp. E Imp. Ltda, e à Nota Fiscal nº 2542.

A contribuinte tomou ciência do teor do referido Acórdão em 08/12/06, e, inconformada com o julgamento proferido interpôs, em 09/01/07, recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes no qual apresenta as mesmas razões de defesa da inicial.

É o relatório.

12/11



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 12, 07
<i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. Siape 91806

2ª CC-MF
Fl.

VOTO DA CONSELHEIRA-RELATORA NAYRA BASTOS MANATTA

O recurso interposto encontra-se revestido das formalidades legais cabíveis, merecendo ser apreciado.

As regras sobre nulidades, no Decreto nº 70.235, de 1972, estão contidas basicamente em três artigos, e muito se assemelham às contidas no vigente Código de Processo Civil. São as seguintes as normas em comento:

Art. 59. São nulos:

I - os atos e termos lavrados por pessoa incompetente;

II - os despachos e decisões proferidos por autoridade incompetente ou com preterição do direito de defesa.

§1º. A nulidade de qualquer ato só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.

§2º. Na declaração de nulidade, a autoridade dirá os atos alcançados e determinará as providências necessárias ao prosseguimento ou solução do processo.

§3º. Quando puder decidir o mérito a favor do sujeito passivo a quem aproveitaria a declaração de nulidade, a autoridade julgadora não a pronunciará nem mandará repetir o ato ou suprir-lhe a falta.

Art. 60. 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.

Art. 61. A nulidade será declarada pela autoridade competente para praticar o ato ou julgar a sua legitimidade.

Da análise dos dispositivos, depreende-se que as nulidades absolutas cingem-se aos atos com vícios por incapacidade do agente ou que ocasionem cerceamento do direito de defesa. De outra sorte, é de se aplicar o princípio da salvabilidade do processo - artigo 60 - por medida de economia processual e, por conseguinte, com vantagem ao Erário e à contribuinte.

No caso vertente, a autuada argüiu a nulidade da Peça Infracional o fato de não ser a agente fiscal que o lavrou cadastrada no Conselho de Contabilidade, incorrendo, desta feita, no exercício ilegal da profissão, por ter efetuado atividade relativa a exame de escrita ou revisão contábil, atividades estas específicas de contabilista.

Segundo o Prof. Hely Lopes Meirelles, na sua obra *Direito Administrativo Brasileiro - Editora Malhados - 19ª edição - São Paulo, os órgãos públicos "são centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais, através de seus agentes, cuja atuação é imputada à pessoa jurídica a que pertencem"*.

Estes agentes são todas as pessoas físicas incumbidas do exercício de alguma função estatal.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 estatui:



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 12/12/07	2ª CC-MF Fl.
Necy Batista dos Reis Mat. S/ape 91806	

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (...)

Com base nisso, a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 (Regime Jurídico Único), detalha as normas atinentes à matéria, donde se conclui que o concurso público habilita o seu agente à função por ele exercida, dentro dos ditames restritos da lei.

Em que pese os princípios norteadores que promovem a habilitação do exercício da profissão de contador e a existência de órgão próprio para desempenhar as funções reguladoras desta categoria profissional; não há qualquer ligação jurídica entre as atividades inerentes ao fisco e as do profissional de contabilidade.

No âmbito da Secretaria da Receita Federal, é o Auditor Fiscal do Tesouro Nacional o agente incumbido de verificar o cumprimento das obrigações tributárias, consoante o que dispõem o Decreto-Lei nº 2.225, de 10 de janeiro de 1985, e o art. 7º da Lei nº 2.354, de 29 de novembro de 1954, transcritos no art. 950 do RIR/1994, *verbis*:

Art. 950. A fiscalização do imposto compete às repartições encarregadas do lançamento e, especialmente, aos Auditores-Fiscais do Tesouro Nacional, mediante ação fiscal direta, no domicílio dos contribuintes.

Com a edição da Medida Provisória nº 1.915, de 29 de junho de 1999, o cargo passou a ser denominado de Auditor Fiscal da Receita Federal – AFRF. Cabe salientar que a investidura no cargo de AFRF somente ocorre após a aprovação em concurso público (art. 37, inciso II, da Constituição Federal de 1988, e art. 5º da Medida Provisória nº 1.915, de 1999, ou art. 3º das suas reedições). As atribuições inerentes ao cargo estão descritas no art. 6º desse ato legal, dentre as quais destaca-se a de executar procedimentos de fiscalização, objetivando verificar o cumprimento das obrigações tributárias pelo sujeito passivo, praticando todos os atos definidos na legislação específica.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da Lei nº 5.987, de 1973, releva observar que a análise da legalidade ou constitucionalidade de uma norma legal está reservada exclusivamente ao Poder Judiciário, não cabendo à autoridade administrativa pronunciar-se a respeito.

Portanto, não pode ser acatada a tese de incapacidade do agente fiscal, já que inexistente qualquer impedimento legal ao autuante de efetuar, no exercício das suas funções, auditoria fiscal nos registros contábeis da empresa, pois o provimento de seu cargo ocorreu através de concurso público e em conformidade com os ditames legais.



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
CONFERE COM O ORIGINAL
Brasília, 12, 12, 01
<i>Necy</i> Necy Batista dos Reis Mat. SIAPE 91806

2º CC-MF
Fl.

Alega, ainda, a recorrente, que não foi notificada do início da ação fiscal e que o Auto de Infração foi lavrado fora do seu estabelecimento, em descumprimento ao art. 10 do Decreto nº 70.235/72.

Quando se iniciou, na empresa, o procedimento de fiscalização, a contribuinte foi cientificada, por meio da Intimação GTI nº 164/98, fl. 01, bem como intimada a apresentar a documentação necessária ao trabalho do Fisco, cumprindo, perfeitamente os requisitos prescritos na norma jurídica pertinente – art. 7º, inciso I do Decreto nº 70235/72. A simples denominação contida no termo inicial de fiscalização não é condição para invalidá-lo.

Quanto à alegação que o Auto foi lavrado fora do estabelecimento da empresa, vê-se que não houve desobediência aos ditames legais sob o ponto de vista formal, uma vez que a lei não obriga a Auditoria-Fiscal a lavrar o auto de infração no estabelecimento da contribuinte.

Nesse particular, vale trazer a lição do professor Renato Scalco Isquierdo, em publicação da Escola de Administração Fazendária do Ministério da Fazenda, de 1997, que trata do Processo Administrativo Fiscal:

Diz o artigo 10 que o auto de infração será lavrado por servidor competente, no local de verificação da falta. Na Receita Federal, competente para a lavratura do auto de infração é o Auditor-Fiscal do Tesouro Nacional. Atente-se para que a norma fala em "local da verificação da falta". A norma diz no local da verificação e não da ocorrência da falta, logo, a lavratura do auto de infração pode ser feita tanto no estabelecimento do infrator, como na repartição fiscal, ou mesmo em estabelecimento de outro contribuinte. Expressiva confirmação do que se assevera está no Acórdão nº 201-65-932/90, onde encontramos, em parte de sua ementa, o seguinte pronunciamento:

PROCESSO FISCAL I - Não é motivo de nulidade processual a preparação do Termo de Início de Fiscalização fora do estabelecimento fiscalizado, porém levado à ciência da contribuinte, a partir do qual ganhou validade. II - Não é motivo de nulidade a preparação do auto de infração fora do estabelecimento autuado, levado pronto para sua ciência. O "local da verificação da falta" (D. nº 70.235/72, art. 10) está vinculado ao conceito de jurisdição e, conseqüentemente, de competência do autuante.

Desta sorte, é de se considerar plenamente válido o Auto de Infração aqui em análise, não tendo sido ele acoimado de qualquer irregularidade que enseje a sua nulidade.

No tocante às alegações relativas à inaptidão da inscrição no CPNJ deve ser observado que as questões suscitadas pela recorrente nenhum reflexo produzem no lançamento efetuado.

Segundo dispõe a IN SRF 200, de 2002, a inaptidão da inscrição no CNPJ tem como efeito: a não obtenção de incentivos fiscais e financeiros, impedimento de participação em concorrência pública, impedimento de transacionar com estabelecimentos bancários, impedimento de transmitir a propriedade de bens imóveis, e são considerados inidôneos, não produzindo efeitos tributários em favor de terceiros interessados, os documentos emitidos pela

Necy 10



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	2º CC-MF
CONFERE COM O ORIGINAL	Fl.
Brasília, 12, 12, 07	
Necy Batista dos Reis Mat. Stpc 91806	

pessoa jurídica cuja inscrição no CNPJ haja sido declarada inapta, sendo que os valores constantes de tais documentos não podem ser utilizados para abatimentos de custos ou despesas na apuração do IRPJ ou CSLL, bem como para dedução da base de cálculo na apuração do IRPF, e, tampouco, podem ser utilizados como crédito do IPI ou para justificar qualquer outra dedução, abatimento, redução, compensação ou exclusão relativa aos tributos e contribuições administrados pela SRF.

Estes são os efeitos da inaptidão da inscrição no CNPJ de uma empresa.

Todavia, deve ser observado que a declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ não significa cancelamento da empresa ou do referido CNPJ, e não tem como consequência a exclusão da capacidade tributária passiva na hipótese de ocorrência do fato gerador de tributos e contribuições, eis que a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos e da validade jurídica dos atos praticados pelos contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (art. 118 do CTN).

Com efeito, assim dispõe o art. 126 do CTN, *in verbis*:

Art. 126. A capacidade tributária passiva independe:

I – da capacidade civil das pessoas naturais;

II – de achar-se a pessoa natural sujeita a medidas que importem privação ou limitação do exercício de atividades civis, comerciais ou profissionais, ou da administração direta de seus bens ou negócios;

III – de estar a pessoa jurídica regularmente constituída, bastando que configure uma unidade econômica ou profissional.

(grifei)

Ressalte-se que a responsabilidade por infrações, segundo dispõe o art. 136 do CTN, independe da intenção do agente ou do responsável e da efetividade, natureza e extensão dos efeitos do ato.

Ademais disto a declaração de inaptidão da inscrição no CNPJ foi formalizada em autos apartados (Processo nº 13984.000723/2005-47), e atendeu ao rito previsto no art. 37 e seguintes da IN SRF nº 200/2002: (i) foi elaborada representação por parte do AFRF, consubstanciado com os elementos que evidenciam a situação; (ii) foi acatada a representação pelo Delegado da Receita Federal com jurisdição sobre o domicílio fiscal da contribuinte; (iii) foi intimada a pessoa jurídica para, no prazo de trinta dias, regularizar sua situação ou contrapor as razões da representação; e (iv) uma vez não acatadas as razões trazidas pela interessada, foi declarada a inaptidão da inscrição no CNPJ.

No que diz respeito às razões de defesa versando sobre o arbitramento do lucro, há de se verificar que nenhuma relação traz com o lançamento em tela, razão pela qual não será tal argumento discutido no presente processo em razão de ser matéria estranha ao litígio.

Em relação às Notas Fiscais que a recorrente alega terem sido emitidas a título de teste (ano 2002: nº 12, 13, 14, 17, 18 e 30), sendo as verdadeiras as de nº 002533 (12 – teste),



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

NF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, _____	12, 12, 01
Necy Batista dos Reis Mat. Siage 91806	

2º CC-MF
Fl. _____

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

002536 (13 – teste), 002537 (14 – teste), 002542 (17 – teste), 002541 (18 – teste) e 002565 (30 – teste), todavia, tais notas fiscais foram registradas no Livro Registro de Saídas sem que tenham sido canceladas ou com qualquer outra observação de que tivessem sido emitidas a título de teste.

A mera identidade (o que só existe entre as NF 12 e 2533) não pode configurar, como ressaltou a decisão recorrida, que uma tenha sido emitida em substituição a outra, tendo sido a segunda emitida apenas a título de teste. Observa-se, por exemplo que em relação às NF 13 (teste) e 2536, 14 (teste) e 2537, as segundas foram emitidas em datas anteriores àquelas ditas como sendo de teste. Os valores também não correspondem.

Havendo erro na sua escrita fiscal caberia à recorrente trazer provas comprobatórias destes erros, o que não ocorreu.

Quanto às vendas realizadas à Casas Bahia Comercial Ltda, deve ser observado que a recorrente concorda com a autuação no que tange às contribuições, entretanto, discorda do percentual aplicado à multa de 150% (multa qualificada). No entender da empresa o fato de ter registrado tais vendas como destinadas à exportação foi mero equívoco não se constituindo dolo ou fraude, ensejadores da qualificação da multa.

No que diz respeito à aplicação da multa qualificada tem-se o art 45, inciso II da Lei nº 9430/96 especificamente determina a aplicação da multa de 150% nos casos de falta de falta de pagamento do imposto, quando a infração for qualificada, entendida aqui a qualificação quando houver pratica de sonegação, fraude e conluio, conforme estabelecido no art. 450 do RIPI/98.

Art. 45. O art. 80 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, com as alterações posteriores, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 80. A falta de lançamento do valor, total ou parcial, do imposto sobre produtos industrializados na respectiva nota fiscal, a falta de recolhimento do imposto lançado ou o recolhimento após vencido o prazo, sem o acréscimo de multa moratória, sujeitará o contribuinte às seguintes multas de ofício:

I - setenta e cinco por cento do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido ou que houver sido recolhido após o vencimento do prazo sem o acréscimo de multa moratória;

II- cento e cinquenta por cento do valor do imposto que deixou de ser lançado ou recolhido, quando se tratar de infração qualificada.

É preciso, pois, verificar se no caso concreto houve a pratica qualificadora da infração, ou seja, a sonegação, a fraude ou o conluio.

Primeiramente há de se verificar se no caso em concreto houve dolo e o evidente intuito de fraude nas ações praticadas pela recorrente, quais sejam: registrar vendas ao mercado interno como se fossem vendas destinadas à exportação e, por consequência isentas das contribuições.

Vale ressaltar aqui que nas notas fiscais que ampararam as saídas destas mercadorias consta o CFOP 6.11 (vendas no mercado interno para outros Estados) ao passo que no Livro Registro de Saídas tais operações foram lançadas no CFOP 6.86 (vendas para exportação).



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES CONFERE COM O ORIGINAL Brasília, <u>12</u> / <u>12</u> / <u>07</u> Necy Batista dos Reis Mat. Sínape 91806	2º CC-MF Fl.
---	-----------------

Observe-se, ainda, que tais “equivocos” não ocorreram apenas em um único período de apuração ou em relação a uma única operação de venda. Em realidade estes “equivocos” ocorreram em três meses: agosto, novembro e dezembro/2002, num total de 33 Notas Fiscais cujos valores correspondem a percentuais entre 26% a 40% do total das vendas efetuadas pela empresa.

A conduta dolosa, por sua vez, não pode ser comprovada por documentação, pois está intimamente ligada à finalidade da conduta do agente, ao fim ao qual está relacionada, à vontade intrínseca ao ato praticado pelo agente.

A intenção de alguém não pode ser comprovada por documentos, mas sim pela consequência premeditada que os seus atos almejam obter.

Dolo é considerado quando o agente da ação efetivamente quis o seu resultado ou assumiu o risco de o produzir. Ou seja, quando há intenção de produzir o resultado que a sua ação alcançaria.

Verifica-se que toda a conduta do agente reflete o dolo, ou seja, a intenção de obter o resultado que a sua ação acarretaria. Neste sentido não se pode duvidar que o intuito de fraude nas ações praticadas pela recorrente tornou-se evidente pela prática de atos como: ocultar ou retardar o conhecimento por parte da Administração dos tributos devidos.

Tais praticas só encontram razão de ser no fato de a empresa querer retardar ou impedir o conhecimento por parte do Fisco de fato gerador do imposto.

Diante disto não há dúvida de que a intenção do agente é dolosa.

Ademais disto, a conduta da recorrente encontra-se perfeitamente tipificada na Lei nº 4.502/64, art. 71, inciso I, como sendo sonegação:

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;

Da leitura do dispositivo legal supra referido, infere-se que a conduta descrita pela norma exige do sujeito passivo, cumulativamente, os seguintes comportamentos: o dolo, ou seja, a deliberada intenção de obter o resultado que seria o reduzir o montante do imposto devido.

Não foi outra a intenção da recorrente senão a de ocultar, por meio de conduta dolosa, o valor devido a título do PIS e da Cofins.

A Lei nº 8.137/90, que dispõe sobre os crimes contra a ordem tributária, no seu art. 1º, inciso I expressamente qualifica a ação praticada pela empresa autuada como sendo crime contra a ordem tributária:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;



Ministério da Fazenda
Segundo Conselho de Contribuintes

Processo nº : 13984.001667/2005-68
Recurso nº : 138.086
Acórdão nº : 204-02.852

MF - SEGUNDO CONSELHO DE CONTRIBUINTES	
CONFERE COM O ORIGINAL	
Brasília, 12, 12, 07	
<i>Necy</i>	
Necy Batista dos Reis	
Mat. Siap: 91806	

2º CC-MF
Fl.

A conduta praticada pela recorrente enquadra-se perfeitamente no inciso II do dispositivo legal acima transcrito, qual seja: fraudar a fiscalização inserindo elementos inexatos em livro exigido pela lei fiscal visando exatamente suprimir ou reduzir contribuição social devida.

O que fez a recorrente senão impedir ou retardar a ocorrência, ou o conhecimento do fato gerador do PIS e da Cofins, fazendo constar em seus livros fiscais operações de vendas ao mercado interno como se fossem destinadas a exportação, quando nas NF que ampararam as saídas das mercadorias constava o CFOP de vendas internas, com o objetivo de evitar o pagamento do tributo devido. Ou seja, a ação da recorrente encontra-se perfeitamente tipificada no dispositivo legal retrocitado, qual seja, a sonegação.

Desta forma, não há dúvida de que a ação praticada pela recorrente constitui sonegação, enquadrada como tal na legislação de vigência, e dita pela lei como sendo um dos crimes contra a ordem tributária, devendo, por conseguinte, ser aplicada a multa qualificada.

Diante do exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares de nulidade, não conhecer do recurso em relação à matéria estranha ao litígio, qual seja: arbitramento do lucro, e, em relação às matérias conhecidas, negar provimento nos termos do voto.

Sala das Sessões, em 18 de outubro de 2007.

Nayra Bastos Manatta
NAYRA BASTOS MANATTA. //