



**MINISTÉRIO DA FAZENDA
CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS
TERCEIRA SEÇÃO DE JULGAMENTO**

CÓPIA

Processo nº 15889.000288/2009-98

Recurso nº

Resolução nº 3101-000.247 – 1ª Câmara / 1ª Turma Ordinária

Data 18 de julho de 2012

Assunto Solicitação de Diligência

Recorrente ESTRUTURAS METALICAS BAPTISTELLA LTDA

Recorrida FAZENDA NACIONAL

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos.

Acordam os membros do Colegiado, por unanimidade de votos, em converter o julgamento em diligência, nos termos do voto do relator.

Henrique Pinheiro Torres - Presidente

Corintho Oliveira Machado - Relator

Participaram do presente julgamento os Conselheiros Henrique Pinheiro Torres, Luiz Roberto Domingo, Rodrigo Mineiro Fernandes, Vanessa Albuquerque Valente e Corintho Oliveira Machado.

Relatório

Adoto como parte de meu relato, o quanto reportado pelo *decisum a quo*:

Versa o presente processo sobre auto de infração (fls. 2/8), mediante o qual é exigido da contribuinte acima identificada crédito tributário relativo à multa por falta de entrega do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (Dacon), relativo aos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, no valor de R\$ 86.153,68.

Ciente do lançamento, a contribuinte ingressou com impugnação (fls. 74/111) na qual solicita o cancelamento da exigência tributária, sob as seguintes alegações, em resumo:

Não poderá prosperar a ação fiscalizadora já que não está alicerçada em princípios que regem a sua exatidão, liquidez e certeza, pois o fato apurado pelo fisco é muito confuso e se baseia exclusivamente em arquivos magnéticos, não confrontando na sua análise fiscal outros documentos, tais como Razão, balanço, pagamentos, extratos bancários, estoques, conhecimentos rodoviários etc., ou seja, seu levantamento é superficial, pois está divorciado de documentos contábeis essenciais para precisar a exatidão dessas diferenças, ferindo os princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência e verdade material, devendo ser anulado, pois se o fato apurado pelo fisco é dado por inexistente, inexiste o fato gerador do tributo, desse modo não pode prevalecer a obrigação tributária (Código Tributário Nacional – CTN, art. 113, §1º).

Configura caso de nulidade, pois pressupõe que, ao ensejo do lançamento original, houve modificação na indicação de motivos e enquadramento, e, na medida em que eles são alterados, significa que ou a lei invocada não era aplicável ao caso, ou o fato descrito inicialmente não era o previsto na lei, indicando que o lançamento original estava viciado por ilegalidade ou falta de tipicidade.

Não houve qualquer tipo de prejuízo para a Administração Tributária, seja porque as informações ficaram zeradas pela compensação. Ainda que Dacon tivessem sido entregues à fiscalização com dados incompletos (que não é o caso), a multa se mostra completamente confiscatória e desproporcional, merecendo ser totalmente cancelado o auto de infração, com fulcro no CTN, art. 156, IX.

Os elementos essenciais da norma jurídica tributária não estão claramente delineados no auto de infração, tendo que se apegar ao princípio da verdade material, pois a Constituição Federal (CF), art. 5º, LV, assegura aos litigantes em processo administrativo o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

À luz do art. 142 do CTN, em qualquer hipótese, a prova da ocorrência do fato gerador do tributo está a cargo do Fisco, e a circunstância de ele expedir um ato administrativo de exigência tributária, que pressupõe a ocorrência do fato gerador, não torna a alegação dessa ocorrência coberta pela presunção da legitimidade, nem inverte o ônus da prova.

O indício somente serve como prova indireta se a sua ocorrência não permitir senão a hipótese da ocorrência do fato a ser provado. Se for /2012 por CORINTHO OLIVEIRA MACHADO, Assinado digitalmente em 04/09/2012 por HENRIQUE PINHEIRO TORRE

S

Impresso em 06/09/2012 por RECEITA FEDERAL - PARA USO DO SISTEMA

possível a alegação de que poderia não ter ocorrido o fato a ser provado (ainda que haja toda probabilidade de que ele tenha de fato acontecido), não se estará diante de uma prova indireta, mas de uma mera presunção.

No caso em tela, a ocorrência do fato que motivou o lançamento é apenas possível erro formal, já que fora objeto de compensação pelas Dcomp constantes nos autos, portanto não é provável, menos ainda, certa.

A exigência está baseada em presunção simples, donde tem-se por não provado o fato alegado. Se a prova de sua ocorrência cabia ao Fisco, então a presunção, por parte do aplicador da lei, revela uma inversão do ônus da prova contrária à lei e, por isso, deve ser afastada, não se sustentando a pretensão.

O auto de infração é nulo desde seu início por não atender os requisitos para sua lavratura, isto porque não permite ao contribuinte precisar exatamente a infração cometida, vedando o pleno exercício ao seu direito ao contraditório e ampla defesa. A ausência da descrição do fato de forma clara e precisa impossibilita a ampla defesa.

A “Descrição da Infração Averiguada”, tal como apresentada, e os documentos juntados ao auto de infração são insuficientes para se estabelecer ao certo se o fiscal realmente constatou se houve a venda de mercadorias sem notas fiscais ou se apenas em razão da não escrituração das notas fiscais de entrada presumiu a venda sem notas fiscais.

A decisão prolatada pelo fiscal revela-se uma total insegurança quanto ao enquadramento dos fatos descritos nos dispositivos geradores das respectivas obrigações, sequer arrolando que o contribuinte autuado compensou seus créditos de IPI alicerçados no art. 11 da Lei (sic).

Não pode ser punida com o mesmo rigor imputado a quem descumpre totalmente a obrigação acessória. Erros formais sanáveis de maneira alguma podem gerar novo pagamento de tributo, mas, sim, apenas uma multa de caráter educativo, proporcional à infração cometida, nunca tomando como base de cálculo o valor de todas as suas operações, como quer a pretensão fiscal.

Não pode uma simples multa repulsora (sic) de um vício formal, integrante do adimplemento de uma obrigação acessória, vir a assumir caráter confiscatório. É de se notar que os Tribunais Superiores possuem julgados condenando veementemente a aplicação de multas pelo descumprimento de obrigações acessórias, mormente quando não houve comprovação de prejuízo para o Fisco.

O Supremo Tribunal Federal (STF) sufragou a orientação de que a limitação ao poder de tributar estende-se às multas decorrentes de obrigações tributárias, ainda que elas não tenham natureza de tributo.

Evidencia-se a confusão cometida pelo Fisco, a colher de maneira equivocada os elementos fáticos, supostamente ensejadores da autuação fiscal, uma vez que houve cumprimento da obrigação acessória e

aplicou uma multa excessiva, que em tese, pela doutrina e jurisprudência, fere o princípio da razoabilidade e legalidade.

É indevido o presente auto de infração, que se deu em razão da PER/Dcomp, que se deu ao creditamento de IPI adquirido de comerciante (50%), na forma do art. 165, do Regulamento do IPI, aprovado pelo Decreto nº 4.544, de 26 de dezembro de 2002 (RIPI/2002) – , e do art. 11 da Lei nº 9.779, de 1999.

Tais dispositivos legais demonstram a excessiva glosa do referido tributo, que fora objeto da compensação do próprio IPI, PIS e Cofins dos exercícios de 2005/2006/2007 e 2008, oriundos do saldo PER/DComps transmitidas em 2004.

A presente pretensão fiscal não pode prosperar, pois o entendimento do agente fiscal aniquilou a hierarquia das leis, ratificado pela doutrina e jurisprudência, devendo ser anulado o auto de infração.

“Os períodos abrangidos pela referida fiscalização demonstra a exigência fiscal, os valores exigidos dizem respeito a débito supostamente remanescente do saldo credor de IPI no período de 04/2002 a 12/2007.”

A PER/DComp que originou a consolidação dos créditos tributários ocorreu no segundo semestre de 2004, e o referido mandado de procedimento fiscal (MPF) fora expedido em 02/12/2008, ou seja, 6 meses após o prazo prescricional de 5 (cinco) anos da realização do fato gerador (envio da DComp).

A Fazenda Pública já decaiu do direito de constituir o crédito tributário relativamente a este período, uma vez que este crédito já foi tacitamente homologado após o transcurso do prazo de cinco anos a que se refere o CTN, art. 150, § 4º.

Como aponta o auto de infração, a multa aplicada é de 75%, incidentes sobre a diferença tributada, quando o principal já se encontra atingido pela decadência. A multa se revela excessiva.

Requereu seja “admitido e anulado o presente recurso administrativo”.

A DRJ em RIBEIRÃO PRETO/SP considerou a Impugnação Improcedente, ementando o acórdão assim:

Assunto: Obrigações Acessórias

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

MULTA POR FALTA DE ENTREGA DA DECLARAÇÃO.

É devida a multa no caso de falta de entrega da declaração no prazo estabelecido.

Assunto: Processo Administrativo Fiscal

NULIDADE.

Não há que se cogitar de nulidade do lançamento quando observados os requisitos previstos na legislação que rege o processo administrativo fiscal.

INCONSTITUCIONALIDADE/ILEGALIDADE. ARGÜIÇÃO.

A autoridade administrativa é incompetente para apreciar argüição de inconstitucionalidade/ilegalidade de lei.

Assunto: Normas Gerais de Direito Tributário

Ano-calendário: 2005, 2006, 2007

DECADÊNCIA. MULTA POR FALTA DE ENTREGA DO DACON.

Tratando-se de lançamento de ofício, o termo inicial da decadência ocorre no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

MULTA. CARÁTER CONFISCATÓRIO.

A vedação ao confisco pela Constituição Federal é dirigida ao legislador, cabendo à autoridade administrativa apenas aplicar a multa, nos moldes da legislação que a instituiu.

Impugnação Improcedente.

Crédito Tributário Mantido.

Discordando da decisão de primeira instância, a interessada apresentou recurso voluntário, fls. 129 e seguintes, onde a título de preliminares, diz que a previsão legal de multa não condiz com o princípio da proporcionalidade; no mérito, diz que há carência de provas, porquanto inexistentes as bases de cálculo utilizadas no auto de infração; aponta o caráter confiscatório da multa; e por fim, requer aplicação da retroatividade benigna, uma vez que a Lei nº 11.941/2009 atenuou os percentuais da multa aplicada.

Ato seguido, a Repartição de origem encaminhou os presentes autos para apreciação do órgão julgador de segundo grau.

Relatados, passo a votar.

Voto

Conselheiro Corintha Oliveira Machado, Relator.

Conheço do recurso voluntário interposto às folhas 129 e seguintes, porque tempestivo e atendidos os demais requisitos para sua admissibilidade.

Tratam os autos deste processo, conforme relatado, de exigência de crédito tributário relativo à multa por falta de entrega do Demonstrativo de Apuração de Contribuições Sociais (Dacon), relativo aos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, no valor de R\$ 86.153,68. A multa aplicada teve como base percentual dos valores apurados pela auditoria-fiscal, e que estão sendo discutidos nos autos de outro expediente administrativo, litígio concernente aos autos de infração de PIS e COFINS, processo nº 15889.000286/2009-07, o qual está sob os cuidados da Delegacia da Receita Federal de Julgamento em RIBEIRÃO PRETO/SP, e que é precedente jurídico para a aferição das bases de cálculo deste lançamento.

Por conseguinte, a solução deste contencioso carece de instrução da decisão definitiva daqueles outros autos (processo nº 15889.000286/2009-07), que consubstanciam questão prejudicial a este. Nessa moldura, voto pela conversão do julgamento do recurso voluntário em diligência à repartição de origem para que a autoridade competente:

(1) aguarde o julgamento definitivo na esfera administrativa do processo que cuida do mencionado lançamento de PIS e COFINS; e

(2) instrua os autos do presente processo administrativo com o resultado do julgamento definitivo do processo administrativo nº 15889.000286/2009-07.

Posteriormente, após facultar à recorrente oportunidade de manifestação quanto ao resultado da diligência, providenciar o retorno dos autos para este colegiado, para julgamento.

Sala das Sessões, em 18 de julho de 2012.

CORINTHO OLIVEIRA MACHADO