

CC01/C07
Fls. 1
276



MINISTÉRIO DA FAZENDA
PRIMEIRO CONSELHO DE CONTRIBUINTES
SÉTIMA CÂMARA

Processo nº 10120.007844/2005-91
Recurso nº 154.732 Voluntário
Matéria IRPJ E OUTROS/SIMPLES - Exs: 2001 a 2002
Acórdão nº 107-09.619
Sessão de 05 de fevereiro de 2009
Recorrente ASSUNÇÃO QUEIROZ COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA.
Recorrida 2ª TURMA/DRJ-BRASÍLIA/DF

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte – Simples

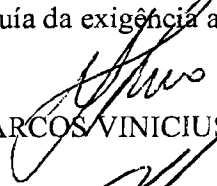
Ano-calendário: 2000, 2001

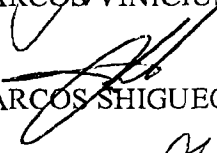
Ementa: PENALIDADE – MULTA DE OFÍCIO – AGRAVAMENTO.

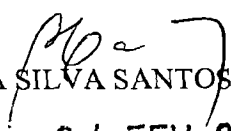
Se a contribuinte não apresenta qualquer livro ou documento de sua escrituração requeridos pela fiscalização e se não apresenta justificativa sobre a falta de atendimento às intimações, correta a aplicação da multa de ofício agravada, nos termos do disposto no § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por, ASSUNÇÃO QUEIROZ COMÉRCIO DE COMPUTADORES LTDA.

Acordam os Membros da Sétima Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, nos termos do relatório e voto que passam a integrar o presente julgado. Designado para redigir o voto vencedor a Conselheira Albertina Silva Santos de Lima. Vencido o Conselheiro Marcos Shigueo Takata (Relator) que excluía da exigência a multa agravada.


MARCOS VINICIUS NEDER DE LIMA - Presidente


MARCOS SHIGUEO TAKATA - Relator


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA - Redatora-Designada

EDITADO EM: 24 FEV 2011

Participaram, da sessão de julgamento os Conselheiros: Marcos Vinicius Neder de Lima, Valmar Fonseca de Menezes, Hugo Correia Sotero, Selene Ferreira de Moraes, Lavinia Moraes de Almeida Nogueira Junqueira, Marcos Shigueo Takata, Albertina Silva Santos de Lima e Carlos Alberto Gonçalves Nunes.

Relatório

Contra a recorrente foram lavrados os autos de infração de fls. 79 a 120, formalizando lançamentos de ofício do crédito tributário abaixo discriminado, relativo aos períodos de apuração encerrados de 31/03/2000 a 31/12/2001, apurado a partir de omissão de receitas e diferenças de recolhimentos efetuados a menor sob a sistemática do Simples, incluindo juros de mora calculados até 30/11/2005, multa proporcional de 75% sobre as insuficiências de recolhimento e multa qualificada majorada para 225% sobre a omissão de receitas:

- Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica - IRPJ	39.520,76
- Contribuição para o Programa de Integração Social - PIS	39.520,76
- Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL	78.656,95
- Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins	161.122,26
- Contribuição para a Seguridade Social - INSS	242.976,76

De acordo com a descrição dos fatos dos autos de infração, os lançamentos decorrem de procedimento fiscal que constatou o cometimento das seguintes infrações: (a) nos anos-calendário de 2000 e 2001, a recorrente apresentou à SRF Declaração Anual Simplificada (Simples) consignando faturamento inferior ao informado à Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás em Declaração Periódica de Informações, estando o tributo e contribuições sobre os valores omitidos sendo exigidos de ofício, com penalidade qualificada e agravada; e (b) nos mesmos anos-calendário foram constatadas insuficiências de recolhimento dos valores declarados à SRF, estando as diferenças sendo lançadas com multa proporcional de 75%.

No que concerne à qualificação e ao agravamento da penalidade sobre as receitas omitidas, é destacado que a conduta sistemática da recorrente, confessando à SRF em dois anos-calendário consecutivos valores sempre aquém dos declarados ao Fisco Estadual, reclama a aplicação da multa de ofício de 150% prevista no art. 44, inciso II, da Lei 9.430/96, a qual foi majorada para 225%, de conformidade com o § 2º. do mesmo artigo, em face de a recorrente, após intimada e reintimada, não haver apresentado qualquer livro ou documento de sua escrituração requerido pela fiscalização, nem justificado o porquê da falta de atendimento às intimações.

Por entender o fisco que o expediente de continuamente omitir receitas, mediante apresentação de declarações inverídicas, configura, em tese, crime contra a ordem tributária capitulado nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/90, o fato foi comunicado ao Ministério Público Federal, de acordo com o § 7º do art. 1º. da Portaria SRF 326/2005.

Cientificada das exigências por via postal em 22/12/2005 (AR colado à fl. 156), a recorrente impugnou os autos de infração em 17/01/2006, conforme impugnação acostada às fls. 192 a 204, contestando o procedimento fiscal com as alegações a seguir enfocadas.

- DA DECADÊNCIA PARCIAL



Afirmando que a aplicação da multa qualificada é absolutamente improcedente, por não restar comprovado, de forma cabal e irrefutável, prática de conduta dolosa, como será adiante demonstrado, aduz que não há se falar, quanto à decadência, da causa excludente da regra nuclear constante na parte final do § 4º do art. 150 do CTN (dolo, fraude ou simulação). Assim, como o fato gerador do Simples é mensal e os tributos a ele inerentes são da modalidade de por homologação, não resta dúvida de que os valores lançados anteriormente a dezembro de 2000 já foram alcançados pelos efeitos da decadência, posto que houve, *in casu*, o transcurso do prazo de cinco anos, tendo como marco inicial a data da ocorrência do fato impositivo e como termo final a data de 22/12/2005, quando notificado o lançamento.

Citando o Acórdão nº 108-07.793, do Primeiro Conselho de Contribuintes, conclui que os valores lançados de janeiro a novembro de 2000 não que ser exonerados, porque já alcançados pelos efeitos irreversíveis do instituto da decadência tributária.

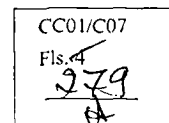
- DA APURAÇÃO COM BASE EM INFORMAÇÕES DO FISCO ESTADUAL

Relata que foi intimada a apresentar seus livros contábeis e fiscais; todavia, a documentação inerente, mais precisamente o Livro Caixa, não se encontrava em seu poder, mas do próprio Fisco Federal (que em conjunto com a Polícia Federal, em cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão, o havia retirado da sede da empresa). Então, os autuantes procederam ao levantamento da base de cálculo das exações a partir dos valores de planilhas eletrônicas fornecidas pelo Fisco Estadual.

Tal procedimento, contudo, é equivocado e afronta a legislação de regência: a uma, que o motivo do arbitramento foi dado pelos próprios fiscais, porque em data pretérita haviam apreendido os livros Caixa da contribuinte; e, a duas, porque os dados registrados nas planilhas fornecidas pelo fisco estadual, supostamente cópias de DPI, são hábeis apenas e tão-somente para levantamento da base de cálculo do ICMS e não de IRPJ, CSLL, PIS, Cofins e INSS, porque tais exações possuem fatos geradores distintos, ou seja, nem tudo que é fato gerador do ICMS é, necessariamente, dessas demais espécies tributárias.

De fato, os elementos constantes de informações prestadas ao Estado são adequados para lançamento do ICMS, o qual incide sobre qualquer saída de mercadoria (transferência, demonstração, retorno em devolução, industrialização por encomenda, etc.), e não do tributo e contribuições do Simples, o que, por si só, inviabiliza qualquer prova de base de cálculo e, conseqüentemente, de omissão de receitas. É que a receita bruta (e/ou faturamento mensal) há de ser entendida como aquela aferida a partir dos livros contábeis e pela somatória das notas fiscais emitidas, ou, ainda, com base em levantamentos específicos, tal qual preconiza a legislação de regência.

Imperativo salientar que existe um tratamento distinto no que se refere ao conhecimento ou não da receita. No presente caso, onde a receita bruta é desconhecida, tal diferença assume vital importância, visto que a legislação fiscal estabelece critérios para apuração da base de cálculo. A exemplo disto, o art. 51 da Lei 8.981/95, consolidado no art. 535 do RIR/99 (aprovado pelo Decreto 3.000/99), dispõe que o lucro, quando não conhecida a receita bruta, será determinado através de procedimento de ofício, mediante a utilização de uma das oito alternativas de cálculo que enumera, onde será aplicada aquela mais favorável ao contribuinte, em obediência ao princípio da interpretação benigna (art. 112 do CTN). Ressalte-se que o termo "conhecer", ali empregado, significa não pairar dúvidas.



A propósito, apesar de tais regras referirem-se ao IRPJ e à CSLL, as mesmas são aplicadas subsidiariamente aos demais tributos em questão, nos casos em que o faturamento seja desconhecido. Aliás, em entendimento exarado em processo de consulta, o próprio Fisco Federal já se manifestou no sentido de que o fato de haver extravio de documentos, que inviabilize a determinação da base de cálculo no ano-calendário, implica o arbitramento do lucro e do valor do PIS e da Cofins. Destarte, para apuração do tributo devido, no presente caso, deverá ser adotada uma das alternativas enumeradas no art. 535 do RIR/99; é justamente por isso que existe o critério alternativo, constituindo-se em presunção legal que obviamente se sobrepõe à presunção simples ou a meras ilações.

Alerta que os critérios previstos em lei para cada situação têm como fundamento restringir a atuação discricionária do servidor público (Auditor Fiscal) e dar maior garantia ao contribuinte contra atos ilegais ou ilegalmente praticados. Destaca que notável relevância tem as decisões administrativas neste sentido, proferidas através de acórdãos em recurso voluntário, providos por unanimidade de votos, pelo Primeiro Conselho de Contribuintes, cujas ementas transcreve.

Frisa, ainda, que o Poder Judiciário Pátrio não aceita a prática ora adotada pelo Fisco, ou seja, valer-se dos registros pertinentes ao ICMS, para, embasando-se somente neles, arbitrar o lucro da empresa, conforme acórdão transcrito a seguir:

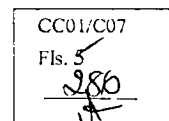
LUCRO ARBITRADO - SÚMULA 182 DO TFR - ILEGALIDADE - Não pode o fisco valer-se de extratos bancários, ou da escrituração e registros pertinentes ao ICM, para, embasando-se neles arbitrar o lucro da empresa (Ac. nº 90.01.16065-4-RO, de 05/11/90, do TRF da 1ª Reg. - Editora Rezenha Tributária, Jurisprudência Judiciária, Livro III, pág. 159), citado na obra RIR/2000 da FISCOsoft Editora pág. 818.

A partir das informações fornecidas pelo fisco estadual, poderia sim o fisco federal promover investigação para, com as suas próprias provas, apurar a receita bruta ou o faturamento mensal da empresa, mas nunca para proceder ao arbitramento, mesmo porque a prova emprestada pelo fisco estadual deve ser trabalhada a ponto de oferecer ao fisco federal a certeza não só do nascimento da obrigação tributária, mas também sobre o montante tributável. Este entendimento encontra-se materializado nas ementas de vários Acórdãos de lavra do Egrégio Conselho de Contribuintes, dentre as quais as que reproduz.

Lembra, ademais, que na situação em apreço o que houve foi a não apresentação do livro Caixa em decorrência de atos praticados pelo próprio fisco, que possui em seu poder aludido livro, obtido em cumprimento de Mandado de Busca e Apreensão; logo, tal medida é odiosa, vez que foram os próprios fiscais que deram causa ao arbitramento. Não havendo, *in casu*, receita bruta ou faturamento mensal conhecido, vez que não foram colacionadas as notas fiscais de venda nos autos, nem foi feito levantamento específico de estoque ou qualquer outro procedimento previsto em lei para aferir a receita, certamente não haverá certeza quanto ao montante apurado, razão pela qual os lançamentos não podem subsistir.

- DA MULTA QUALIFICADA

Sob o argumento de que como os valores declarados pela recorrente à SRF, por meio de declarações anuais simplificadas relativas aos períodos de 2000 e 2001, são inferiores aos valores declarados para a Secretaria da Fazenda do Estado de Goiás, através de DPI, os fiscais deram conta da prática de crime, em tese, contra a ordem tributária, tipificado nos arts.



1º e 2º, da Lei 8.137/90, razão pela qual agravaram a multa de ofício em 150%, nos termos do inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96.

Este raciocínio, contudo, não pode prevalecer, eis que o argumento expendido pela autoridade lançadora, para justificar a qualificação da multa, não se conforma com a legislação de regência e, por conseguinte, vai de encontro ao entendimento jurisprudencial expendido pelo C. Conselho de Contribuintes. Entendimento esse, aliás, já pacificado pela E. Câmara Superior de Recursos Fiscais, conforme demonstra uma de suas mais recentes decisões a respeito do tema:

MULTA AGRAVADA DE 150% - LEI 9430/96, ART. 44, II - NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DO DOLO - A hipótese prevista no art. 44, II, da Lei 9430/96, deve ser interpretada restritivamente, e aplicada somente nos casos em que tenha ficado demonstrado pela fiscalização que o contribuinte agiu dolosamente. O retardamento ou redução do imposto a pagar, mesmo reiteradamente, por si só não corresponde à hipótese legal. (Acórdão nº CSRF/01-05.054).

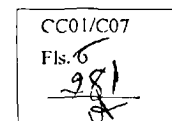
De fato, mesmo que tivesse ocorrido o retardamento e/ou a redução dos tributos supostamente devidos, bem assim a falta de apresentação ou a apresentação de declarações inexatas, mesmo em situações reiteradas, o que não é o caso dos autos, não seria suficiente para, por si só, caracterizar o tipo penal descrito nos arts. 1º e 2º, da Lei 8.137/90 e, por consequência, ensejar a aplicação da penalidade prevista no art. 44, II da Lei 9.430/96, uma vez que não restou demonstrado, de forma cabal e irrefutável, que a recorrente tenha agido dolosamente. Para a situação da qual a recorrente é acusada, qual seja, a prestação de informações inexatas, a própria Lei 9.430/96, em seu art. 44, I, já prevê multa específica, que é justamente aquela de 75%.

Assim, a persistir o entendimento que para a situação em comento a multa aplicável, caso o lançamento fosse procedente, seria aquela prevista no inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, isto certamente representaria negar validade ao contido no inciso I do mesmo dispositivo legal, tornando-o inócuo, pois a multa a ser lançada, em qualquer situação onde houvesse pagamento a menor, falta de declaração ou declaração inexata, seria sempre a de 150%, e nunca a de 75% prevista no inciso I do mencionado dispositivo legal.

A suposta irregularidade praticada tem seu ponto na informação a menor das receitas constantes nas DPI daquelas constantes das declarações de rendimentos, o que, caso fosse verdade, não viria a representar uma modalidade de infração fraudulenta, mas simplesmente um caso de declaração inexata (como, aliás, atesta o próprio fiscal na descrição dos fatos) para a qual, conforme dito, o próprio art. 44, I, da Lei 9.430/96, determina a aplicação da multa de 75%.

A ação dolosa restaria caracterizada se houvesse sido constatada, nos autos, a distorção ilícita das formas jurídicas, que se materializaria com a falsidade ideológica ou material (falta de emissão de notas fiscais; notas fiscais "frias", calçadas e etc.). Isto, contudo, não ocorreu, posto que todas as notas fiscais foram emitidas corretamente e os livros fiscais estavam devidamente escriturados e, como mencionado alhures, em poder do próprio Fisco.

Os dispositivos legais a que se refere o inciso II do art. 44 da Lei 9.430/96, têm um elemento em comum: o dolo. Portanto, para se agravar a multa, necessariamente tem que



estar presente, de forma inequívoca, a figura dolosa. Pois bem, situações opostas ao caso concreto, estão aqueles em que são emitidas notas fiscais calçadas, notas fiscais frias, etc., onde a vontade livre e consciente do contribuinte em ilidir o Fisco é patente. Naqueles casos, não restam dúvidas, é perfeitamente cabível a aplicação da multa majorada de 150%.

Todavia, no presente processo, não restou comprovado que a contribuinte tenha agido dolosamente; logo, a acusação de cometimento de crime contra a ordem tributária não pode persistir, devendo, destarte, ser reduzida a multa de ofício para o seu percentual normal, isto é, de 150% para 75%, na forma disciplinada pelo art. 44, I, da Lei 9.430/96. Além do mais, o lançamento em questão foi levado a efeito com base em presunção simples, posto que os valores foram apurados com base em informações prestadas pelo fisco estadual (extratos eletrônicos de supostas DPI), o que evidencia o caráter presuntivo da presente autuação.

Assim, estando o lançamento ancorado em simples presunção, não há que se falar em penalidade qualificada, mormente porque tal procedimento, até mesmo pela sua fragilidade, vez que os fatos não foram apurados de forma minuciosa, não comporta a acusação de cometimento de crime, em tese, contra a ordem tributária e, por conseguinte, a formulação de Representação Fiscal para Fins Penais. Neste sentido tem decidido o Conselho de Contribuintes (Acórdãos nºs 104-19333, de 13/05/2003, 104-19342, de 13/05/2003 e muitos outros), sendo esta, a propósito, a orientação interna da própria SRF, emanada da Nota Cofis/GAB/2005/00142, que tem como fundamento a presunção legal autorizada de renda ou proventos; logo é perfeitamente aplicável à situação presente, pois se tal orientação vale para a presunção legal, com maior razão valerá para a presunção simples.

Considerando que a suposta infração foi apurada com base em presunção simples, como demonstrado amiúde, descabida a aplicação da penalidade qualificada.

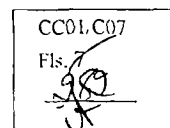
- DA MAJORAÇÃO DA MULTA

A multa foi majorada em 225% em razão de a contribuinte, regulamente intimada, não ter apresentado seus livros fiscais, em especial o livro Caixa, único a que estava obrigada, já que é optante pelo Simples. Cumpro esclarecer, todavia, que a recorrente, em um passado recente, sofreu ação de busca e apreensão, da qual resultou a apreensão de grande quantidade de documentos fiscais e mercadorias, o que a deixou impossibilitada de prestar maiores esclarecimentos, já que livros, documentos e apontamentos foram retirados, pela polícia federal em conjunto com os fiscais da Receita Federal, sem que lhe fossem devolvidos até a presente data. E isto, aliás, foi comunicado informalmente aos fiscais autuantes que, muito estranhamente, deixaram de fazer qualquer menção ao fato em seu relatório fiscal.

Desse modo, a teor do que dispõe § 2º do art. 19 do Decreto-lei 3.470/58, com redação dada pela MP 2.158/2001, art. 71, descabe o agravamento da multa de ofício, por ter a contribuinte deixado de supostamente atender a intimação. Veja-se:

Art. 19. Omissis.

§ 2º Não enseja a aplicação da penalidade prevista no art. 44, §§ 2º e 5º, da Lei nº 9.430, de 1996, o desatendimento a intimação para apresentar documentos, cuja guarda não esteja sob a responsabilidade do sujeito passivo, bem assim a impossibilidade material de seu cumprimento.



Assim, afirma não restar dúvidas de que a multa guerreada não pode subsistir, devendo ser cancelada por evidente carência de suporte fático autorizativo.

O acórdão da 2ª Turma da DRI de Brasília decretou a improcedência total da impugnação, e foi ementada nos seguintes termos:

Assunto: Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e das Empresas de Pequeno Porte - Simples
Período de apuração: 31/03/2000 a 31/12/2001 Ementa:

DECADÊNCIA.

Incabível invocar o prazo de caducidade previsto no art. 150, § 4º, do CTN, diante de infração cometida com evidente intuito de fraude.

APURAÇÃO COM BASE EM DECLARAÇÃO PRESTADA AO FISCO ESTADUAL.

É válido o lançamento formalizado com base em declaração prestada pelo sujeito passivo ao fisco estadual, mormente porque dela se pode extrair a base de cálculo das exações.

MULTA QUALIFICADA.

A prática de declarar ao fisco, por períodos sucessivos, parcela ínfima da receita auferida, ocultando o efetivo valor da obrigação tributária principal, constitui fato que evidencia intuito de fraude e implica qualificação da multa de ofício, além de formalização de representação fiscal para fins penais.

MULTA AGRAVADA.

Cabível o agravamento se o sujeito passivo não comprova que os livros e documentos requeridos teriam sido objeto de alegada apreensão, justificando o desatendimento das intimações.

No acórdão *a quo*, a preliminar de mérito de decadência foi repelida sob triplice motivação. Como a conduta informa evidente intuito de fraude, não seria aplicável o prazo decadencial do art. 150, § 4º, do CTN. Por ser lançamento de ofício, efetivado com base no art. 149, V, do CTN (omissão ou inexactidão do sujeito passivo no cumprimento da atividade que caracteriza o lançamento por homologação), o termo inicial do prazo decadencial se deslocaria para o definido no art. 173, I, do CTN. Por fim, o último fundamento é o de que, para as contribuições da seguridade social (CSL, PIS, COFINS e INSS), o prazo decadencial seria de dez anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o art. 45, I, da Lei 8.212/91.

Também, é afastada a alegação da recorrente de que se está diante de uso indevido de prova emprestada, pois, a bem ver, o caso é de confissão de dívida da recorrente, obtida do ente federativo estadual por força de convênio com a União, com base no art. 199 do CTN.

CC01/C07
Fls. 8
283
JA

E, para a manutenção da multa agravada, repudia o argumento da recorrente de que o Livro Caixa não fora apresentado ao autuante por ter sido apreendido pela Polícia Federal em ação conjunta com a Receita Federal, em mandado de busca e apreensão, pois, a recorrente se limita a tal afirmação em trazer aos autos documento que comprove tal afirmação, como o Termo de Apreensão.

O recurso voluntário fundamentalmente reitera as razões deduzidas na peça impugnatória.

É o relatório.

Voto Vencido

Conselheiro – MARCOS SHIGUEO TAKATA, Relator.

O recurso é tempestivo e atende aos demais requisitos de admissibilidade. Dele, pois, conheço.

Princípio com as considerações sobre a preliminar de mérito, *i.e.*, a decadência parcial articulada pela recorrente relativa aos fatos geradores ocorridos março de 2000 a novembro de 2000, na medida em que o lançamento se aperfeiçoara em 22/12/05.

Como visto no relatório, o decisório *a quo* afastou a preliminar de mérito de decadência sob triplice motivação. Como a conduta informa evidente intuito de fraude, não seria aplicável o prazo decadencial do art. 150, § 4º, do CTN. Por ser lançamento de ofício, efetivado com base no art. 149, V, do CTN (omissão ou inexatidão do sujeito passivo no cumprimento da atividade que caracteriza o lançamento por homologação), o termo inicial do prazo decadencial se deslocaria para o definido no art. 173, I, do CTN. Por fim, o último fundamento é o de que, para as contribuições da seguridade social (CSL, PIS, COFINS e INSS), o prazo decadencial seria de dez anos, contado do primeiro dia do exercício seguinte ao que o lançamento poderia ter sido efetuado, conforme o art. 45, I, da Lei 8.212/91.

O último fundamento na qual se ampara o acórdão de origem não pode ser acolhido, em face de o STF já haver pacificado a matéria quanto à decadência de contribuições sociais da seguridade social, ao decretar a inconstitucionalidade do art. 45, I, da Lei 8.212/91, vez que tais contribuições são espécie do gênero tributo, sujeitas, pois, à disciplina do CTN. E o entendimento do STF foi objetivado na Súmula Vinculante nº 8:

Súmula Vinculante nº 8

São inconstitucionais os parágrafo único do artigo 5º do Decreto-lei 1569/77 e os artigos 45 e 46 da Lei 8.212/91, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

Por conseguinte, na conformidade da Súmula Vinculante nº 8 do STF, do art. 103-A da Constituição Federal¹ e do art. 2º, *caput* e § 1º, da Lei 11.417/06², o argumento de do

¹ Art. 103-A. O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua

decisório *a quo* de que seria aplicável o prazo decadencial do art. 45, I, da Lei 8.212/91 não colhe sucesso.

O segundo fundamento do acordo *a quo* também não pode ser abonado. Tratando-se de lançamento por homologação, e porquanto não se detecta falta de pagamento parcial do tributo de fatos geradores ocorridos até novembro de 2000, o fato de o lançamento se fundar no art. 149, V, do CTN, *i.e.*, diante da comprovação de omissão ou inexatidão por parte da recorrente, não autoriza, por si, a aplicação do prazo decadencial conforme o art. 173, I, do CTN. Ou seja, o citado suporte fático, por si, não desloca o termo *a quo* do prazo decadencial para o primeiro dia do ano subsequente ao o lançamento poderia sido efetuado, conforme o art. 173, I, do CTN. A aplicação desse preceito tem lugar, no quadro exposto, se a hipótese for de “fraude, dolo ou simulação”, segundo soa a parte final do § 4º do art. 150 do CTN.

O primeiro fundamento invocado pelo decisório *a quo* é que justifica o afastamento da decadência parcial, se o caso em dissídio capitular a hipótese de fraude ou simulação, nos termos do art. 150, § 4º, parte final, do CTN. Se há ou não a tipificação dessa hipótese a questão será apreciada adiante, de forma que a preliminar de mérito de decadência parcial será rejeitada ou não, conforme, respectivamente, o juízo seja de ocorrência de fraude ou simulação, ou não.

A recorrente alega que os valores declarados nas DPI são inidôneos para instruir e, assim, comprovar a falta de pagamento de IRPJ, CSL, PIS e COFINS no regime do Simples federal, pois os fatos geradores desses tributos são distintos dos de ICMS, para cuja exigência se presta as referidas DPI.

Infirmo esse argumento. Os valores declarados nas DPI correspondem ao faturamento mensal, *leia-se*, o qual representa a receita bruta da venda de mercadorias. Ora, o faturamento mensal assim posto corresponde à base de cálculo do IRPJ, da CSL, do PIS e da COFINS no regime do Simples federal em que se aplica uma alíquota “bruta”. Como as receitas de aplicações financeiras e os ganhos de capital são tributados separadamente no regime do Simples federal, quanto ao I.R., a exigência sob o regime do Simples com base nos valores declarados nas DPI pode representar até menos do que o valor total devido, por não incluírem as mencionada receitas, para as quais se aplicam as alíquotas próprias para fins do I.R.: no período da autuação, alíquota de I.R.F. de 20% para receitas financeiras de aplicações de renda fixa, e de 10% relativo às receita em fundos de investimentos em ações; alíquota de I.R. mensal de 20% sobre receitas de aplicações de renda variável, exceto com ações em mercado à vista de bolsa ou balcão organizado – 10%; e alíquota de I.R. de 15% sobre ganhos de capital.

publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei.

2º Art. 2º O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, editar enunciado de súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma prevista nesta Lei.

§ 1º O enunciado da súmula terá por objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão.

CC01/C07
Fls. 10
989

Quando muito, o que pode haver é o descasamento temporal entre o faturamento mensal declarado e o faturamento mensal conforme o regime de caixa, pois o regime do Simples federal permite a adoção do regime de competência ou de caixa – o que não sequer foi suscitado pela recorrente.

Segue disso tudo que o argumento ora enfrentado não pode ser agasalhado..

A recorrente alega que, quando muito, deveriam ser aplicadas as regras previstas para o arbitramento do art. 535 do RIR/99, sendo aplicável a alternativa de arbitramento mais favorável ao contribuinte, em obediência ao princípio da interpretação benigna (art. 112 do CTN). Tal argumento também impõe ser repellido.

Sucede que o autuante não excluiu a recorrente do regime do Simples federal, vale dizer, não aplicou o art. 14, II ou V, da Lei 9.311/96 (art. 23, II e V, da L.N. 355/03). Nessa linha, não aplicou as hipóteses que autorizam o arbitramento, conforme o art. 47 da Lei 8.981/95, reproduzido no art. 530 do RIR/99. O que fez o autuante foi identificar omissão de receitas, que, conforme o art. 24, *caput*, da Lei 9.249/95 a exigência tributária seguirá o regime a que estiver submetido o contribuinte. Além disso, o arbitramento a ser feito nos moldes do art. 535 do RIR/99, invocado pela recorrente, é destinado às hipóteses de desconhecimento da receita bruta. E o caso não é de desconhecimento da receita bruta, como já deduzimos acima.

Por tais razões não se acomoda a alegação em comentário articulada pela recorrente.

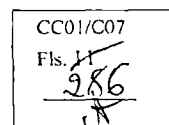
Sobre a questão de ser defeso o uso de prova emprestada para amparar a autuação, observo o seguinte. Com base em convênio firmado entre a União e o ente político estadual, nos termos do art. 199 do CTN, as informações das declarações prestadas pelo contribuinte ao ente estadual podem ser obtidas pela União, por meio de seu órgão, a Receita Federal. Nestes termos, o uso das informações prestadas pela recorrente ao ente estadual, no caso, das DPLs, não constitui emprego de prova emprestada. Trata-se simplesmente de confissão de dívida da recorrente.

Se há o convênio para troca de informações, e se a autuação se pauta nos valores declarados pela recorrente ao Estado, e se esses valores declarados são justamente o faturamento mensal da recorrente, que, como já deduzido, representa a base de cálculo do Simples federal para a aplicação da alíquota “bruta”, não se trata rigorosamente de uso de prova emprestada. O que há, propriamente, é confissão de dívida da recorrente, na qual se pautou a exigência fiscal, o que é diverso de prova emprestada.

Ademais disso, ainda que se tratasse de prova emprestada, de que não se cuida, seu emprego, *in casu*, não seria defeso, na medida em que ela foi obtida de forma legal e salvaguardada à recorrente o contraditório e a ampla defesa.

A recorrente argumenta em sua impugnação e reitera em seu recurso que a não apresentação do Livro Caixa ao autuante se deu em razão de o livro não se encontrar em poder dela, pois fora apreendido pela Polícia Federal, em ação conjunta com a Receita Federal, em mandado de busca e apreensão.

Todavia, essa alegação não consta nas respostas às intimações, conforme se vê nos autos e, nas peças de defesa, a recorrente se limita a declinar tal afirmativa, sem nada trazer



aos autos, para comprovação do afirmado. Nem na impugnação, nem no recurso junta cópia de Termo de Apreensão, e sequer diz que o referido termo, se existente, teria sido extraviado e que por tal razão não juntara sua cópia nos autos. Nada trouxe aos autos a recorrente que comprovasse ou indicasse a existência de afirmação alegada. Diante disso, não se põe como prejudicial essa questão à autuação levada a efeito.

Por essa ordem de razões nego provimento ao recurso quanto ao lançamento dos tributos, reservada ainda a questão da decadência parcial a ser deslindada adiante.

Como já disse no início, a ocorrência ou não da decadência parcial demanda o juízo sobre uma questão prejudicial, qual seja, a da manutenção ou não da multa qualificada cominada à recorrente.

A prática iterativa por meses e anos de declarar valor inferior à Receita Federal do valor confessado e declarado ao ente estadual milita contra a arguição de ausência de dolo da recorrente, e pois, de que se cuida de mera declaração inexata. Tudo isso conduz à presença de dolo na conduta da corrente, e, pois, de fraude, na modalidade de sonegação. Portanto, nego provimento ao recurso quanto à multa qualificada.

Segue daí também que nego provimento ao recurso quanto à decadência parcial, pois resulta tipificada a exceção contida na parte final do § 4º do art. 150 do CTN, o que desloca o termo *a quo* do prazo decadencial nos moldes do art. 173, I, do CTN.

Contudo, não vejo razão para se manter a multa agravada para 225%, pois a sanção contra a violação do bem jurídico tutelado já foi aplicada. Isso, na medida em que a falta de apresentação do Livro Caixa não prejudicou a apuração dos tributos devidos, que foram apurados com base em omissão de receitas, e não em arbitramento, e a multa qualificada por fraude fora mantida. Não diviso, pois, a chamada tipicidade material para a aplicação do atual art. 44, § 2º, I, da Lei 9.430/96, correspondente ao art. 44, § 2º, "a", da Lei 9.430/96 vigente à época dos fatos em dissídio.

Por tal razão, sobre a questão da multa agravada para 225%, dou provimento ao recurso.

A redação do art. 44, *caput*, I e II e §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96 ao tempo dos fatos alcançados pela autuação era a seguinte:

Art. 44. Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição:

I - de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte;

II - cento e cinqüenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis.

§ 1º As multas de que trata este artigo serão exigidas:

CC01/C07
Fls. 12
287

I - juntamente com o tributo ou a contribuição, quando não houverem sido anteriormente pagos;

II - isoladamente, quando o tributo ou a contribuição houver sido pago após o vencimento do prazo previsto, mas sem o acréscimo de multa de mora;

III - isoladamente, no caso de pessoa física sujeita ao pagamento mensal do imposto (carnê-leão) na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de fazê-lo, ainda que não tenha apurado imposto a pagar na declaração de ajuste;

IV - isoladamente, no caso de pessoa jurídica sujeita ao pagamento do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido, na forma do art. 2º, que deixar de fazê-lo, ainda que tenha apurado prejuízo fiscal ao base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente;

V - isoladamente, no caso de tributo ou contribuição social lançado, que não houver sido pago ou recolhido.

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redução dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) prestar esclarecimentos; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

b) apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991, com as alterações introduzidas pelo art. 62 da Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

c) apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38. (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

Posteriormente, a Medida Provisória 303/06 alterou essa redação, mas teve sua vigência coarctada em 27/10/06, pois não fora convertida em lei, conforme o Ato Declaratório do Congresso Nacional 57/06, no exercício do art. 62, § 3º, da CF. Sobreveio a Medida Provisória 351/07 alterando novamente a redação do preceito legal em comentário, com a mesma dicção prevista pela Medida Provisória 303/06. A Medida Provisória 351/07 fora convertida na Lei 11.488/07, de modo que a atual redação do art. 44, *caput*, I, II e §§ 1º e 2º, da Lei 9.430/96 é a seguinte:

Art. 44. *Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas:*

I - de 75% (setenta e cinco por cento) sobre a totalidade ou diferença de imposto ou contribuição nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, de falta de declaração e nos de declaração inexistente;

II - de 50% (cinquenta por cento), exigida isoladamente, sobre o valor do pagamento mensal;

CC01/C07
Fls. 13
288

- a) *na forma do art. 8º da Lei nº 7.713, de 22 de dezembro de 1988, que deixar de ser efetuado, ainda que não tenha sido apurado imposto a pagar na declaração de ajuste, no caso de pessoa física;*
- b) *na forma do art. 2º desta Lei, que deixar de ser efetuado, ainda que tenha sido apurado prejuízo fiscal ou base de cálculo negativa para a contribuição social sobre o lucro líquido, no ano-calendário correspondente, no caso de pessoa jurídica.*

§ 1º. O percentual de multa de que trata o inciso I do caput deste artigo será duplicado nos casos previstos 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.

§ 2º Os percentuais de multa a que se referem o inciso I do caput e o § 1º deste artigo serão aumentados de metade, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

I - prestar esclarecimentos; (Renumerado da alínea "a" pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

II - apresentar os arquivos ou sistemas de que tratam os arts. 11 a 13 da Lei nº 8.218, de 29 de agosto de 1991; (Renumerado da alínea "b" com nova redação pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

III - apresentar a documentação técnica de que trata o art. 38 desta Lei. (Renumerado da alínea "c" com nova redação pela Lei nº 11.488, de 15 de junho de 2007)

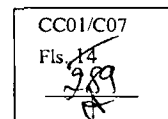
Vê-se que na atual dicção do art. 44 da Lei 9.430/96 a penalidade de multa de ofício não é mais gravosa à prevista originariamente por esse preceito, para os pressupostos de fato em dissídio. Daí dever permanecer a aplicação da multa de ofício de 150%, sob a ordem de juízo já deduzida.

É o meu voto.

Sala das Sessões - DF, em 05 de fevereiro de 2009.



MARCOS SHIGUEO TAKATA

**Voto Vencedor**

Conselheira ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA, Redatora-designada

Discordo do voto do relator apenas em relação à redução da multa de ofício, de 225% para 150%.

Transcrevo o art. 44, I e II, § 2º, “a”, da Lei 9.430/96.

Art.44.Nos casos de lançamento de ofício, serão aplicadas as seguintes multas, calculadas sobre a totalidade ou diferença de tributo ou contribuição: (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

I-de setenta e cinco por cento, nos casos de falta de pagamento ou recolhimento, pagamento ou recolhimento após o vencimento do prazo, sem o acréscimo de multa moratória, de falta de declaração e nos de declaração inexata, excetuada a hipótese do inciso seguinte; (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

II-cento e cinquenta por cento, nos casos de evidente intuito de fraude, definido nos arts. 71, 72 e 73 da Lei nº 4.502, de 30 de novembro de 1964, independentemente de outras penalidades administrativas ou criminais cabíveis. (Vide Lei nº 10.892, de 2004)

(...)

§ 2º As multas a que se referem os incisos I e II do caput passarão a ser de cento e doze inteiros e cinco décimos por cento e duzentos e vinte e cinco por cento, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997)

a) prestar esclarecimentos; (Incluída pela Lei nº 9.532, de 1997)

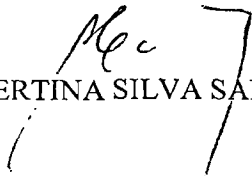
(...)

Conforme se depreende dos dispositivos legais transcritos, a legislação é clara quanto à aplicação da multa agravada. As multas de ofício de 75% ou de 150% passarão a ser 112,5% e 225%, respectivamente, nos casos de não atendimento pelo sujeito passivo, no prazo marcado, de intimação para prestar esclarecimentos.

Segundo a fiscalização, a multa de ofício foi majorada de 150% para 225%, de conformidade com o § 2º do art. 44 da Lei 9.430/96, em face de a recorrente, após intimada e reintimada, não haver apresentado qualquer livro ou documento de sua escrituração requeridos pela fiscalização e nem ter sido apresentada justificativa sobre a falta de atendimento às intimações.

Portanto, os fatos se subsumem aos dispositivos legais mencionados, devendo ser mantida a multa de ofício de 225%, negando-se provimento ao recurso voluntário.

É como voto.


ALBERTINA SILVA SANTOS DE LIMA